

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Processo nº: 952.106
Natureza: Representação
Representante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Representado: Marcio Reinaldo Dias Moreira -Prefeito Municipal de Sete Lagoas,
Luiz Adolpho Vidigal Borlido – Secretário Municipal de
Planejamento, Orçamento e Tecnologia, Vinicius Barroso Andreatta
– Pregoeiro e Geraldo Donizete de Carvalho-Consultor de
Licitações e Compras.
Exercício: 2013

Tratam os presentes autos de Representação interposta pelo Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, que instaurou o Procedimento Preparatório n. 004.2014.790 por meio da Portaria n. 01/2014, no ato representado pela Procuradora Cristina Andrade Melo, em face de supostas irregularidades praticadas no Pregão Presencial n. 59/2013, apuradas na CPI nº 01/2014 (fls. 04/53), que teve por objeto a “contratação de empresa para distribuição de *link* de *internet* via fibra de cabos ópticos e acesso à *internet* via fibra óptica”, pela Prefeitura Municipal de Sete Lagoas, que nomeou como licitante vencedora a empresa HZ Telecomunicações e Informática Ltda.-ME.(fls. 01)

A presente Representação foi constituída a partir da notícia do fato n. MPMG-0672.13.000712-9, informada pela Sra. Guiomar Soares de Oliveira Neta, Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. (fls. 01)

Após análise da cópia integral do certame, enviado pela Prefeitura Municipal de Sete Lagoas, o *Parquet* identificou as seguintes irregularidades:

- Da exigência de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura com requisito de habilitação;

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

- Da ausência de indicação do valor estimado da contratação e da planilha de quantitativos e custos unitários entre os anexos do edital;
- Dos casos de inviabilidade técnica do atendimento por fibra ótica na zona rural do município;
- Da impugnação ao edital apenas por meio presencial;
- Da exigência de CND para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista;
- Da exigência de prova de quitação junto ao CREA; e
- Da cessão e da Subcontratação;

Em face ao exposto, o Ministério Público requereu: a) a citação dos responsáveis para, querendo, apresentarem a defesa; b) a intimação do Prefeito Municipal para informar se o Contrato n. 44/2013 decorrente do Pregão Presencial n. 59/2013, teve sua vigência prorrogada e, caso positivo, encaminhassem a cópia do termo aditivo e da justificativa para a prorrogação; e c) se confirmadas as irregularidades elencadas, seja aplicada multa aos responsáveis, com fulcro no disposto do art. 85, inciso II da LC 102/08, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

A referida documentação foi recebida como Representação, autuada e distribuída, conforme despacho do Conselheiro Presidente de fls. 476.

Consoante despacho de fl. 478, o Conselheiro Relator determinou à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios que examinasse os fatos representados e sobre eles se manifestasse.

É o relatório.

I DAS IRREGULARIDADES ELENCADAS (fls. 01 a 09):

a) Da exigência de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura como requisito de habilitação;

Segundo a análise (fls. 01), “os documentos juntados aos autos demonstram que a empresa RSNET Informática Ltda. ofereceu impugnação ao edital do referido certame por entender que o item **11.1.13.1** do instrumento convocatório contém exigência de habilitação sem

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

amparo legal ferindo o princípio da isonomia e prejudicando a ampla competitividade no certame”.

Foi informado ainda que, embora a empresa RSNET Informática Ltda. entendesse que não há como **exigir a aprovação de um projeto de compartilhamento de infraestrutura para a prestação de um serviço** que sequer foi licitado, consta do Parecer de fls. 201/204 encaminhado pela Prefeitura Municipal de Sete Lagoas, os fundamentos técnicos que consideram improcedentes a impugnação apresentada.

De acordo com a análise, e tomando como referência o entendimento de Marçal Justen Filho bem como a jurisprudência do TCU, a irregularidade não reside na exigência de tal documento, mas sim em sua inclusão entre os documentos a serem apresentados para habilitação dos licitantes, que não encontra amparo legal nos arts. 27 a 31 da Lei Federal n. 8.666/93.

Diante do exposto, o *Parquet* entendeu que a exigência do item **11.1.13.1** do edital em análise é onerosa para os licitantes e restringe indevidamente a competitividade no certame, e somente seria possível exigi-la apenas do licitante classificado em primeiro lugar do certame. Assim sendo, considera irregular a exigência de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura como requisito de habilitação por violar a isonomia entre os interessados. (fls. 03)

Análise

Inicialmente cabe citar a exigência contida no item **11.1.13.1** do Edital, qual seja:

***Projeto aprovado** de compartilhamento de Infraestrutura, conforme determina resolução conjunta ANEEL/ANATEL nº 001, de 24 de novembro de 1999, para uso dos Postes de Energia nesta cidade, através de contrato celebrado com a Cemig Distribuição S/A quando da utilização de rede aérea ou de Cessionária proprietária de infraestrutura de rede subterrânea, quando da prestação de serviços objeto deste Edital for realizado através deste recurso. (g.n.)*

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS 2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Consta da Resolução ANEEL nº 581, de 29/10/2002, os seguintes requisitos aplicáveis ao cumprimento do disposto no art. 5º da Resolução Conjunta ANEEL, ANATEL e ANP nº 01, de 24/11/99:

Art. 6º A solicitação de compartilhamento deve ser feita por escrito e, para permitir a análise da viabilidade do compartilhamento, conter, no mínimo, as seguintes informações e documentos:

I-nome/razão social, nº CNPJ e endereço;

II-localidades/endereços de interesse;

III-classe, tipo e quantidade de infra-estrutura que pretende ocupar;

IV-especificações técnicas dos cabos, acessórios, ferragens e equipamentos que pretende utilizar;

V-eventual necessidade de instalação de equipamentos na infra-estrutura (finalidade, especificação e quantidade);

VI-aplicação/tipo de serviço a ser prestado;

VII-cópia do ato de outorga expedido pela ANATEL (autorização/permissão/concessão), referente aos serviços a serem prestados; e

VIII-cópia do anteprojeto técnico de ocupação da infra-estrutura que pretende compartilhar, contendo previsão dos esforços mecânicos que serão aplicados e a identificação das localidades e logradouros públicos nos respectivos trajetos de interesse.

§ 1º A aprovação final do compartilhamento fica condicionada à apresentação do projeto técnico completo, inclusive com Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), a ser apresentado tão-logo haja confirmação de disponibilidade pelo Detentor.

Ressalta-se que pertinente à irregularidade apontada, somente consta no Anexo à Resolução Conjunta nº 001/99, de 24/11/99 (fls. 193):

Art. 5º O atendimento a parâmetros de qualidade, segurança e proteção ao meio ambiente estabelecidos pelos órgãos competentes, assim como de obrigações associadas às concessões, permissões ou autorizações outorgadas ou expedidas pelo Poder Concedente e de boas práticas internacionais para prestação dos respectivos serviços, não deve ser comprometido pelo compartilhamento.

Parágrafo único. Caberá à Agência reguladora do setor de atuação do Detentor **regulamentar os requisitos mínimos aplicáveis** ao cumprimento do disposto no caput deste artigo.

[...]

Art. 11 A solicitação de compartilhamento deverá ser feita formalmente, por escrito, **e conter as informações técnicas necessárias** para a análise da viabilidade do compartilhamento pelo Detentor.

§ 1º A solicitação deve ser respondida, por escrito, num prazo de até noventa dias, contado da data de seu recebimento, informando sobre a possibilidade ou não de compartilhamento. Em caso de resposta negativa, as razões do não-atendimento deverão ser informadas ao Solicitante.

§ 2º Caso o Detentor tenha a necessidade de realizar estudos técnicos especiais para avaliar a viabilidade de atendimento às condições de compartilhamento requeridas pelo Solicitante, este poderá, mediante prévio acordo, cobrar os custos a eles

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

associados, que deverão ser justos e razoáveis, desde que o contrato de compartilhamento não venha a ser formalizado.

§ 3º O compartilhamento só poderá ser negado por razões de limitação na capacidade, segurança, estabilidade, confiabilidade, violação de requisitos de engenharia ou de cláusulas e condições emanadas do Poder Concedente.

[...]

Oportuno destacar que as razões apontadas pela Prefeitura Municipal de Sete Lagoas, às fls. 201 a 204, pertinente ao questionamento da empresa RSNET, se limitou a fazer referências à legislação referente ao processo de compartilhamento de infraestrutura, quais sejam: Lei nº 9.427/96, Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 001/99, Resolução Conjunta ANEEL, ANATEL e ANP nº 002/2001, Resolução ANEEL nº 581/2002, bem como Resolução Normativa nº 63/2004 sem contudo explicitar qual dispositivo legal dispõe sobre a exigência de “projeto aprovado” previamente.

Ressalta-se que a legislação supra mencionada evidência dispositivos amplos que delega às Agências a condução da resolução administrativa de conflitos decorrentes da aplicação e ou da interpretação do próprio Regulamento Conjunto, sem contudo explicitar tacitamente as informações técnicas necessárias para a análise da viabilidade do compartilhamento pelo Detentor.

Diante do exposto, como o Administrador Público não especificou o dispositivo legal que exige o projeto aprovado na fase de habilitação, considera-se procedente a irregularidade apontada pelo Denunciante, uma vez que não encontra amparo legal nos arts. 27 a 31 da Lei Federal n. 8.666/93, nem na legislação infraconstitucional pertinente.

b) Da ausência de indicação do valor estimado da contratação e da planilha de quantitativos e custos unitários entre os anexos do edital;

Em análise efetuada no instrumento convocatório do Pregão Presencial n. 59/2013, o Parquet apontou a ausência de indicação do valor estimado da contratação e de planilha de quantitativos e custos unitários entre os anexos ao edital, que contraria o art. 7º, § 2º, inciso

**DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS**

II e art. 40, § 2º, inciso II da Lei 8.666/93, que servem de baliza para orientar no julgamento das propostas. (fls. 03)

A referida análise informou ainda sobre a existência de divergências doutrinárias, inclusive no âmbito do Tribunal de Contas de Minas Gerais, pertinente a exigência, na modalidade Pregão, da anexação do orçamento ao edital, diante da falta de previsão expressa no art. 3º, inciso I e art. 4º, inciso II da Lei 10.520/02, bem como, no disposto no art. 3º, inciso III do mesmo diploma legal, bastando sua inclusão no respectivo procedimento administrativo. (fls. 04/05)

Em face dos entendimentos defendidos nesta Corte de Contas, mais especificamente no julgamento da Denúncia n. 862.128, bem como do Projeto de Enunciado de Súmula n. 886.443, o Parquet entendeu como irregular a ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários entre os anexos ao edital, bem como irregular a apresentação, na fase interna do certame, apenas dos custos globais para os serviços contratados, sem discriminação dos custos unitários que compõem tais serviços. (fls. 05/06)

Análise:

Inicialmente cabe informar que, de fato, não se encontra pacificada a jurisprudência acerca da exigência, na modalidade Pregão, da anexação do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários ao edital. Tal fato, restou comprovado no Acórdão datado de 24/02/2016, ao Projeto de Enunciado de Súmula n. 886.443, desta Corte de Contas, que determinou o seu arquivamento, a saber:

*“Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, em conformidade com a Ata de Julgamento, diante das razões expendidas no voto do Relator, devido ao superveniente afastamento dos requisitos previstos no art. 217 do Regimento Interno, **uma vez que houve oscilação nos entendimentos desta Corte quanto ao tema abordado, em determinar o arquivamento deste projeto de enunciado de súmula.** Determinam à Assessoria de Súmula, Jurisprudência e Consultas Técnicas que continue acompanhando as deliberações acerca do tema e apresente,*

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

oportunamente, se for o caso, estudo para uniformização ou nova proposição de enunciado de súmula.”

Pertinente a ausência de indicação do valor estimado da contratação, cabe informar que para as licitações processadas pela modalidade pregão, o art. 3º, inciso III da Lei nº 10.520/02 estabeleceu que **dos autos do procedimento constarão**, dentre outros elementos, “**o orçamento** elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados”.

Por sua vez, o art. 4º, inciso III da Lei nº 10.520/02, dispõe que, “do edital constarão **todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º**, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso”, o qual não faz alusão ao orçamento estimado de preços.

Em suma, no que se refere especificamente ao orçamento estimado do futuro ajuste, essa informação **ficou restrita aos autos do processo administrativo**, não havendo na Lei nº 10.520/02, disposição que a considere, pelo menos de forma obrigatória, documento anexo do edital. (g.n.)

Isto posto, analisando os autos, constatou-se que consta às fls. 57, proposta de preços apresentada pela Fox Conexão e às fls. 64, a proposta de preços da Alfabet Tecnologia da Informação, cuja média de preços estimada, encontra-se registrada no expediente subscrito pelo Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Tecnologia, às fls. 77. Assim sendo, embora não tenha sido apresentado a proposta de preços de três empresas do ramo para representar uma projeção detalhada da futura contratação, entende-se que foram apresentados os elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, considerando os preços praticados no mercado, em atenção às disposições contidas na Lei nº 10.520/02.

Diante do exposto, consideram-se improcedentes as irregularidades apontadas.

c) Dos casos de inviabilidade técnica do atendimento por fibra ótica na zona rural do município;

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

De acordo com o Órgão Ministerial, o edital não estabelece, previamente, de forma clara e objetiva, os critérios de julgamento e aceitabilidade das propostas quanto aos casos de **inviabilidade técnica do atendimento por fibra óptica na zona rural do município**. (fls. 05)

Informa que a Prefeitura Municipal transferiu para os licitantes a obrigação de elaborar parte do projeto básico ou termo de referência, conforme comprova a resposta à impugnação apresentada pela empresa RSNET INFORMÁTICA LTDA, publicada no *site* do Município em 10/08/2013.

Aduz que se é possível para os licitantes a realização de projeto técnico alternativo caso identificada a inviabilidade de atendimento de determinada localidade por fibra ótica e também é possível a definição prévia dos custos da solução para atendimento aos propósitos do objeto licitado, tal projeto deveria ter sido elaborado pela própria Prefeitura Municipal e inserido no projeto básico ou Termo de Referência. (fls. 05v)

Em face ao exposto, o Parquet considera possível a definição prévia dos custos da solução para atendimento aos propósitos do objeto licitado elaborado pela própria Prefeitura Municipal a ser inserido no Projeto Básico ou Termo de Referência. (fls. 06)

Por fim, considera irregular a disposição do item **3.2** do Termo de Referência, bem como, a omissão da Prefeitura Municipal quanto à inclusão no Termo de Referência da solução tecnologia a ser utilizada para prestação dos serviços nos casos de inviabilidade técnica de instalação de rede ótica nas localidades da zona rural. (fls. 06)

Análise:

Pertinente à irregularidade apontada no item **3.2** do edital (fls. 15v), de fato, o Termo de Referência ao Edital – Anexo II - especificou, tão somente que em caso de inviabilidade técnica do atendimento por fibra óptica na zona rural do município que “será realizada uma

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

reunião entre o Departamento de Tecnologia da Informação e a proponente para resolução da questão e determinação de nova solução tecnológica que atenda os requisitos do objeto deste Edital.”

Cabe informar que foi detalhado Termo de Referência, itens **3.3** a **3.17**, as condições exigidas para a prestação dos serviços, o prazo de solução de problemas (item **4**), bem como a forma da prestação do serviço (itens **6.1** a **6.5**). Ademais foi especificado no item **6.2** que “a contratante pagará VALOR ÚNICO por cada localidade ao contratado, pela distribuição do link de internet nos locais e valores pré-determinados no Anexo III – Localidades, deste instrumento. Ocorre que o Anexo III do Edital (fls. 17 a 25) não consta qualquer informação referente ao Custo da Contratação ou Velocidade (Mbps) dos serviços de internet.

Esta Corte de Contas, nos autos de Denúncia nº 873.399 emitiu o seguinte entendimento sobre o Termo de Referência:

Trata-se, pois, de documento que apresenta uma projeção detalhada da futura contratação, eis que aborda questões como: a definição do objeto de forma detalhada, clara e precisa; as etapas; os prazos; o valor estimado da contratação quanto ao custo unitário e global; a modalidade da licitação; metodologia a ser observada; os critérios de avaliação de qualidade do produto; forma de apresentação do produto; critérios para avaliação da habilitação dos proponentes, dentre outras.

Nos termos da legislação mineira aplicável à matéria (Decreto nº 44.786/08 –art. 4º, XX), o termo de referência deve conter **todos** os elementos necessários e suficientes à verificação da compatibilidade da despesa com a disponibilidade orçamentária, ao julgamento e classificação das propostas, à definição da estratégia de suprimento, à definição dos métodos de fornecimento ou de execução do serviço e à definição do prazo de execução do contrato.

Segundo dispõe o art. 8º, inciso II do Decreto Federal nº 3.555/2000, o Termo de Referência é: “*o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato*”.

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Do exposto, entende-se que, tomando com base na publicação do Diário Oficial Eletrônico do Município de Sete Lagoas de 10/08/2013, citado pelo Ministério Público de Contas às fls. 05v, que, de fato, foi transferido para os licitantes a obrigação de elaborar parte do projeto alternativo, caso este fosse necessário, ou seja, se fosse identificado pela licitante a inviabilidade de atendimento via cabo óptico.

Entende-se que a contratação sem realização de estudos técnicos preliminares, leva à contratação que não produz resultados capazes de atender à necessidade da administração, com consequente desperdício de recursos financeiros, pessoal, públicos que pode levar à impossibilidade de contratar, bem como, ao não atendimento da necessidade que originou a contratação. Entretanto, cabe enfatizar que a irregularidade apontada, refere-se a um fato que pode extrapolar ao “projeto” inicialmente aprovado pela Administração.

No caso do pregão sob exame, verificou-se que embora dele conste o documento intitulado termo de referência (abordando questões como o objeto, justificativa, especificação, dotação, orçamentária, pagamento, recebimento e prazo de implantação dos sistemas, fls. 118/119), assim como especificações técnicas do software a ser utilizado, fl. 17/25, não houve qualquer referência a um projeto alternativo para os casos de inviabilidade técnica do atendimento por fibra ótica na zona rural.

Por outro lado, a simulação de novas propostas para tal projeto alternativo, com base nos preços unitários apresentados pelas demais licitantes à época do certame, poderia alterar o resultado final da licitação e constituir fator que limitaria a competitividade por incorrer em aumento de despesas ao licitante. Releva salientar, ainda, que a questão suscitada pelo Parquet sequer se encontra apreciada pela jurisprudência majoritária por se ater a fatos futuros de difícil previsão.

Entende-se que não é lícito exigir dos membros da comissão de licitações que presumam a má-fé dos que irão gerenciar depois o contrato, ou que possam prever fatos que inviabilizem a sua execução. Na verdade, o normal é que a comissão preveja exatamente o contrário, que

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

alterações injustificadas e danosas não irão ocorrer, liberando-se assim para perseguir o objetivo básico da licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração, ainda que com os devidos cuidados para as armadilhas que podem surgir no processo. Isto posto, a título de garantia, o Edital estabeleceu, no item **3.5** (fls. 07) a realização, facultativa, de visita técnica dos licitantes ao Departamento de Tecnologia da Informação para ter conhecimento acerca da estrutura física e parque tecnológico do município, bem como, as condições de rescisão, resilição e resolução do contrato (item **15**) e as sanções pelo descumprimento das normas da licitação (item **17**).

Por essas razões, embora compreendendo as preocupações do Órgão Ministerial esta Unidade Técnica entende que é improcedente a irregularidade apontada.

d) Da impugnação ao edital apenas por meio presencial;

Entende o Órgão Ministerial, que é irregular o item **6.2.3** do edital por restringir apenas ao meio presencial a apresentação de impugnação, o que caracteriza flagrante restrição ao direito que qualquer cidadão possui de insurgir-se contra irregularidades no certame.

Defende que “o controle da legalidade sobre procedimentos licitatórios deve ser o mais amplo possível, não existindo óbice para que as diversas formas de impugnação (presencial, via *fac-simile* e virtual) coexistam.” (fls. 06)

Análise:

Ao disciplinar a questão da impugnação ao instrumento convocatório, cabe informar que a exigência disposta no item **6.2.3** do edital, guarda consonância com as disposições expressas no Decreto Federal nº 5.450/05, que definiu: “*Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.*”

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Entende-se que o contexto em que se verificou a ideia central do Decreto que presidiu a concepção do pregão eletrônico foi a de que, tanto quanto possível, todos os seus atos deveriam ocorrer no ambiente virtual.

Entretanto, diante da consideração de que o exercício do controle de legalidade deve ser o mais amplo possível, conclui-se que, no pregão eletrônico, as impugnações podem ser apresentadas tanto pelo meio virtual quanto pelo físico.

Ratifica este entendimento a seguinte posição do Tribunal de Contas da União:

“(...) não se defende aqui a tese de que o meio eletrônico seja o único modo de veiculação de impugnações e esclarecimentos, haja vista que tal meio pode coexistir perfeitamente com a forma tradicional. Doutrina abalizada entende que o regulamento em foco não estabelece regras formais sobre o modo de encaminhamento da impugnação e que o direito de petição do particular poderá ser exercido por qualquer via, não obrigatoriamente apenas pela Internet, não podendo a Administração se recusar a receber impugnação formulada por escrito de forma tempestiva (...)”. (TCU, Acórdão nº 2.632/2008 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, julgado em 19.11.2008.)

Assim sendo, considera-se procedente a irregularidade apontada pelo Ministério Público de Contas pertinente à “impugnação ao edital apenas por meio presencial”.

e) Da exigência de CND para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista;

Segundo o Órgão Ministerial, os itens **11.1.2** e **11.1.6** do edital exigem a apresentação de certidões negativas de débito, fornecidas pelo INSS e pela Justiça do Trabalho, extrapolando as disposições expressas no art. 27 e 29 da Lei 8.666/93. (fls. 06v)

Informa que “o legislador preocupou-se em utilizar a expressão ‘prova de regularidade’ ao invés de especificar qual o tipo de certidão deve ser apresentada”. Isto posto, conclui que: *a fase de habilitação nos certames também é regida pela objetividade, não podendo ser atribuída à Comissão de Licitação discricionariedade para avaliar se este ou aquele documento satisfaz ou não o requisito da regularidade fiscal.* (fls. 07)

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Assim, entende que deveria ser prevista no edital a possibilidade da regularidade dos licitantes com o INSS ser demonstrada também através de **certidão positiva com efeito de negativa**.

Pertinente à Justiça do Trabalho, entende que se deve considerar a prova de “regularidade trabalhista”, o que comporta a exigência de certidão positiva com efeito de negativa, sendo esta tida como prova equivalente a comprovar a regularidade da situação para com a Justiça do Trabalho, que abrange a existência de débito consentido e sob controle do credor e não somente a ‘quitação’, que é ausência de débito. Fundamenta-se no disposto no §2º do art. 642-A da CLT.

Ressalta que “restringir a habilitação somente àqueles interessados que possuam **certidão negativa de débito** fere o princípio da isonomia e priva os licitantes que se encontram sem situação de regularidade trabalhista de participarem da licitação”. Assim sendo, considera irregulares os itens do edital que admitem apenas a **certidão negativa de débitos, qual seja, itens 11.1.2 e 11.1.6**. (fls. 07)

Análise:

De fato, conforme alegado na documentação apresentada pelo Ministério Público de Contas, o Edital exigiu, na fase de Habilitação (fls. 09):

11.1.2 – Certidão Negativa de Débito (CND) fornecida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS);

[...]

11.1.6 – **Prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho**, mediante apresentação de **certidão negativa**, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 10 de maio de 1943. (Lei 12.440, de 07 de julho de 2011).

Entretanto, esta Corte de Contas, em resposta à Consulta no Processo n. 863.637, sessão de 05/09/2012, proferiu o entendimento defendendo que a *Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas* deve ser exigida para todos os processos licitatórios, e, mais:

“A exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débitos trabalhistas – CNDT, na fase de habilitação das licitações, foi instituída pela **Lei nº 12.440/2011, que alterou os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93**. Assim, a regularidade trabalhista passou a compor o rol de requisitos exigíveis na fase habilitatória, *verbis*:

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal

Já a **prova da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho far-se-á por meio de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT**, conforme dispõe o inciso V do art. 29 da Lei nº 8.666/93, *litteris*:

Art. 29. A documentação relativa à **regularidade fiscal e trabalhista**, conforme o caso, consistirá em:

(...)

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

A Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT), expedida com prazo de validade de 180 dias, tem por propósito atestar a regularidade trabalhista do interessado com relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

Assim, será expedida para os que não possuam débitos trabalhistas originários de sentenças condenatórias transitadas em julgado, proferidas pela Justiça do Trabalho, ou oriundos de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia. Do mesmo modo, será expedida certidão positiva com efeito de negativa quando verificada a existência de débitos com exigibilidade suspensa ou garantidos por penhora suficiente.

A fim de responder à primeira indagação, se a referida certidão é exigível para todos os processos licitatórios, considero plausível refletir acerca da origem da alteração consignada nos arts. 27 e 29 da Lei de Licitação.

Nesse sentido, vale lembrar que o anteprojeto que resultou no texto da Lei nº 12.440/2011, de autoria da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA - vislumbrou na CNDT um mecanismo relevante para a efetividade da regularidade trabalhista. Afinal, sendo o crédito trabalhista prioritário este deveria ter ao menos tratamento semelhante ao dado aos créditos fiscais.

O embasamento primeiro à exigência da comprovação da regularidade trabalhista é o fato de que uma empresa que se encontra em débito com as obrigações trabalhistas, além de estar infringindo a lei, tem, em tese, condições de apresentar preços mais vantajosos em relação às outras, que, por obedecerem à legislação, têm seu custo majorado, o que violaria a competitividade.

A regra privilegia, portanto, os princípios da legalidade, isonomia e da moralidade, devendo ser aplicada como padrão para todos os certames, independente do objeto da contratação.

Ademais disso, é preciso reconhecer que a diretriz adotada quanto à exigência de regularidade trabalhista pode e deve funcionar como fomento à proteção dos direitos trabalhistas.

Ainda pertinente à documentação relativa à regularidade fiscal, esta Corte proferiu emitii os seguintes entendimentos:

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS 2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

[Documentação relativa à regularidade fiscal.]

Assim como a área técnica desta Casa, entendo que a documentação relativa à regularidade fiscal consistirá, com fulcro no art. 29, III e IV, da Lei de Licitações, na **prova da regularidade com as Fazendas Públicas, Seguridade Social e FGTS**, e não na prova da inexistência de qualquer débito, como quer o Município jurisdicionado ao exigir, dos participantes, certidão negativa e de quitação de tributos. Desse modo, a Administração deve se limitar a exigir do licitante, por imperativo legal, **apenas comprovação da situação regular com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, Seguridade Social e FGTS**, pelo que considero irregulares as cláusulas editalícias sob análise. [Denúncia n. 800.679. Rel. Conselheiro Sebastião Helvecio. Sessão do dia 06/12/2012]

[...]

[Irregularidade por exigência de certidão negativa de débito e certidão de quitação a título de comprovação de regularidade fiscal.]

A unidade técnica, ponderou que “apesar da prova de regularidade fiscal, via de regra, ser expedida pelas Administrações Fazendárias Federal, dos Estados e dos Municípios, mediante emissão de documento denominado **certidão negativa de débito**, quando apurada a existência de débito resultante de acordo de parcelamento definido em processo tributário administrativo ou, de suspensão da cobrança do crédito tributário por concessão de medida liminar, o documento expedido pela Administração Fazendária sempre ressaltará tais condições, certificando, no entanto, a situação de regularidade do contribuinte. Por essas razões, é que no texto correspondente aos incisos III e IV do art. 29 da Lei n. 8.666/93, não foi expressa a exigência de apresentação de “**certidão negativa de débito**” ou “**certidão de quitação**”, mas sim, de **prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço**.” Diante do exposto, apesar do pronunciamento dos defendentes, entendo que as razões de justificativa apresentadas nesse ponto, não ensejam acolhimento, uma vez que não pode haver margem para interpretação subjetiva do edital. [Denúncia n. 811.101. Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão do dia 22/11/2012]

De acordo com Ricardo Alexandre Sampaio, in “*Lei 8.666/93 passa a permitir exigência de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas*”, emitiu o seguinte estudo:

[...]

Além de criar a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), a Lei nº 12.440/11 também alterou a Lei nº 8.666/93, que a partir do início da vigência da nova Lei, passará a exigir essa Certidão como condição para habilitação das licitantes interessadas nos procedimentos licitatórios.

De acordo com a nova redação dada ao art. 29 da Lei nº 8.666/93, “a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: V – **prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**”.

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS 2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

A alteração legal não restringiu, ao menos textualmente, a exigência de prova de regularidade trabalhista como condição de habilitação, apenas nas licitações envolvendo a contratação de serviços terceirizados em que se verificar a alocação de mão-de-obra da contratada em regime de exclusividade à Administração tomadora dos serviços.

Todavia, outra não nos parece ser a conclusão, haja vista a própria redação empregada deixar claro que a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, **conforme o caso**, consistirá na exigência da certidão que ateste a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

Ora, se essa exigência deve ser feita, **conforme o caso**, então a Lei fixou margem de discricionariedade, autorizando ao administrador avaliar, em cada situação, se é ou não o caso de exigir o dito documento.

Tratando-se de competência discricionária, deve ser exercida em vista dos fins a que a certidão negativa de débitos trabalhistas se destina. E sob esse enfoque, outra não parece ser a finalidade desse documento senão atestar a idoneidade da futura contratada no que diz respeito ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas, permitindo à Administração contratante firmar a presunção de que a contratada é uma empresa séria e que cumprirá seus deveres, o que afasta a possibilidade da responsabilização subsidiária da Administração pelo pagamento desses encargos, na forma da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, não parece ser eficaz ou mesmo necessário exigir esse novo requisito de habilitação nas licitações para compras, obras ou contratação de serviços sem dedicação exclusiva de mão-de-obra ao tomador, dada a impossibilidade jurídica, nesses casos, de se atribuir à Administração contratante a responsabilidade subsidiária trabalhista.

Importa, ainda, destacar que essas medidas somente produzirão efeitos 180 dias depois da data da publicação da Lei nº 12.440/11, ou seja, apenas a partir de janeiro de 2012.¹

Assim sendo, entende-se que não são procedentes as irregularidades apontadas nos itens **11.1.2** e **11.1.6** do Edital, apontadas pelo Ministério Público, considerando que não houve nas exigências editalícias, desvio às finalidades expressas na Lei.

f) Da exigência de prova de quitação junto ao CREA;

O Órgão Ministerial apontou em sua análise que o item **11.1.14**, bem como o subitem **11.1.14.1** exigem do licitante, o registro ou inscrição de seus responsáveis técnicos no CREA,

¹ Disponível em < <http://www.zenite.blog.br/lei-n%C2%BA-8-66693-passa-a-permitir-exigencia-de-certidao-negativa-de-debitos-trabalhistas/>> Acesso em 02/05/2017.

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

assim como a quitação anual com o Órgão, exigência esta que extrapola as disposições contidas no inciso I do art. 30 da Lei 8.666/93. (fls. 07)

Menciona várias jurisprudências do TCU assim como do TCEMG que defendem a não permissão da exigência do visto do CREA com fins de mera participação em Licitação, entendendo que o visto somente deve ser exigido quando da contratação.

Pertinente à exigência de quitação de anuidade no respectivo Conselho, por se tratar de exigência não prevista em lei, entendem que não deve ser incluída nos instrumentos convocatórios sob pena de se infringir o princípio básico da competitividade. (fls. 08)

Asseverou que “a verificação da regularidade no pagamento de anuidades é competência do respectivo Conselho Profissional, o qual, contudo, não pode transformar a competência para expedir certidões de registro ou inscrição em meio coercitivo de cobrança de débitos de anuidades dos profissionais.” (fls. 08)

Ressaltam, entretanto, ser possível que a Administração exija do licitante vencedor do certame, como requisito para assinatura do contrato e/ou autorização para a execução dos serviços, a demonstração de regularidade da anuidade do engenheiro responsável técnico perante o respectivo Conselho.

Assim sendo, considera irregular a exigência de prova de quitação junto ao CREA, contida no item 11.1.14.1 do Edital, para fins de qualificação técnica dos licitantes na fase de habilitação.

Análise:

No que tange à qualificação técnica, o art. 30, inciso I da Lei 8.666/93 delimita o rol de documentos hábeis à sua comprovação, deixando a cargo da autoridade administrativa a dosimetria acerca de quais documentos exigir, a depender da complexidade do objeto a ser contratado. Não há, contudo, permissivo para a exigência de comprovação de regularidade

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

fiscal junto a Conselhos/entidades profissionais, limitando-se a exigir tão somente o registro ou inscrição na entidade profissional competente.

O § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 disciplina quais as exigências de qualificação técnica serão permitidas, bem como, quais serão os limites impostos à Administração, vedando expressamente exigências não previstas na referida Lei.

Compulsando os autos, o Edital do Pregão Presencial nº 59/2013, assim dispôs:

11.1.14 – Registro ou inscrição de seus Responsáveis Técnicos no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, em sua plena validade, de acordo com o disposto no Inciso I do Artigo 30 da Lei nº 8.666/93, de forma a permitir conhecer o tempo de atuação do FORNECEDOR na prestação de serviços compatíveis com o objeto dessa licitação;

11.1.14.1 – Prova de regularização do(s) referidos(s) profissional(is), junto ao Conselho Regional competente, através de Certidão comprovando sua inscrição e **quitação anual com o Órgão.** (g.n.)

Nesse sentido, cumpre transcrever o comentário de JOEL DE MENEZES NIEBUHR:

(...) Ressalta-se que também é indevido exigir quitação com a entidade profissional competente. O inciso I do art. 30 da Lei 8.666/93 autoriza a exigência apenas da inscrição na entidade profissional competente. Logo, sob a égide da legalidade, o pagamento das anuidades não é condição de habilitação. Trata-se de questão interna, a ser revolvida entre a entidade profissional e a empresa ou o profissional inadimplente. A licitação não deve servir como instrumento para que as entidades profissionais exijam dos seus filiados o pagamento de anuidades.²

A respeito do tema, cumpre ainda informar o seguinte entendimento do STJ (2ª Turma. RMS nº10736/BA. Registro nº 199900208471. DJ 29 abr.2002.p. 00209):

Qualificação técnica – inscrição – necessidade

“[...] II – O art. 30, inc. I, da Lei nº 8.666/93, ao regular a habilitação dos interessados, dispõe que a qualificação técnica **se limita à apresentação de registro ou inscrição na entidade profissional competente.** Contempla-se, assim, a comprovação da aptidão da pessoa do licitante em cumprir com todas as obrigações atinentes à execução do objeto da licitação.

III – A qualificação técnica do particular licitante é pressuposto indispensável ao adimplemento de sua habilitação no certame público, uma vez que a Administração somente poderá confiar-lhe a execução do objeto da licitação, se o interessado.

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 385

**DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS**

Diante do exposto, entende este Órgão Técnico ser procedente a irregularidade atinente às exigências de comprovação seja de quitação seja de regularidade da empresa ou do profissional em conselho da entidade profissional, mediante a apresentação de certidão de quitação, por contrariar o disposto no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

g) Da cessão e da Subcontratação.

Pertinente a análise do item **14.9** do edital que veda a subcontratação do objeto contratado sem a prévia concordância da Contratante, o *Parquet* entendeu ser necessário **que seja estabelecido no edital, os parâmetros objetivos para a eventual subcontratação**. Suscitou que “a jurisprudência é firme no sentido de que a subcontratação é possível apenas dentro dos limites permitidos no ato convocatório, o qual não pode deixar de estabelecê-los de forma clara e objetiva.” (fls. 08)

Concernente à cessão do contrato, o Órgão Ministerial defende que caso haja motivo que impossibilite a execução do contrato diretamente pela empresa vencedora do certame ou caso seja apurada sua inidoneidade após a fase de habilitação, deve-se rescindir o ajuste e realizar novo procedimento licitatório. Ademais, entende que “a cessão do contrato a empresa que não participou do certame constitui burla ao dever de licitar, além de expor a Administração ao risco de receber uma prestação mal executada.” (fls. 09)

Do exposto, conclui pela irregularidade do item **14.9** do edital da licitação em referência.

Análise:

A respeito da subcontratação, cabe mencionar as disposições contidas no “Manual de Boas Práticas em Licitação”, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, a saber:

“A natureza jurídica do contrato administrativo impõe a análise da subcontratação à luz da indisponibilidade do interesse público.

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS 2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

A subcontratação do contrato administrativo só é permitida se expressa e disciplinadamente prevista no edital, nos termos prescritos nos arts. 72 e 78, inc. VI, da Lei n. 8.666/93:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

[...]

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

É dever da Administração cercar-se de cautelas para evitar a ocorrência de sobressaltos na execução contratual que prejudiquem o normal desenvolvimento da atividade administrativa e, por conseguinte, a tutela do interesse público.

Marçal Justen Filho leciona:

A subcontratação será admitida nos termos e limites previstos no instrumento convocatório. Ademais, será exigida comprovação da viabilidade e satisfatoriedade da subcontratação. Ainda que não se estabeleça um vínculo direto e imediato entre a Administração e o subcontratado, deverá comprovar-se uma promessa de subcontratação e a idoneidade do possível contratado. Afinal, a subcontratação envolve riscos para a Administração Pública, os quais devem ser minimizados.⁴²

Ainda que a Administração não mantenha relação direta com o subcontratado, o dever de tutelar o interesse público e, sobretudo, de agir consoante os princípios próprios do regime jurídico administrativo, fundamenta a decisão estatal de fixar qual parte do serviço poderá ser subcontratada.

Sobre o limite da subcontratação, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG – decidiu:

[...] E, quanto à permissão de subcontratação de 30% do valor global da proposta apresentada, equivalente a quase um terço do contrato, quero crer tratar-se de concessão razoável, a permitir a formação de consórcios em percentual seguro, de molde a garantir a segurança na realização de empreendimento de tamanha magnitude, sendo certo, indiscutivelmente, que quanto maior for o número de empresas vinculadas à satisfação da concorrência, proporcionalmente maior será a possibilidade de haver atraso na entrega do complexo eletro-mecânico e eletrônico que se pretende implantar. [...] ⁴³

No mesmo sentido, a jurisprudência do TCEMG:

[...] assim como a Unidade Técnica, entendo que a Administração deve dispor adequadamente da possibilidade de subcontratação no edital e no contrato, definindo claramente seus parâmetros, quando aceitável, pela interpretação dos art. 72 e 78, inciso VI, da Lei n. 8.666/93, pelo que considero irregular a ausência, no edital de Tomada de Preços n. 001/2009, dos limites para a subcontratação ali autorizada.³

³ Disponível em: <

https://www.tce.mg.gov.br/IMG/2015/Manual%20Final_Editado_26%2001%2015%20pdf.pdf> Acesso em 28/04/2017.

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Compulsando os autos, constatou-se que não se encontra estabelecido no edital do Pregão Presencial nº 59/2017, nem consta do Instrumento Contratual nº 0172/2013, firmado entre a CEMIG Distribuição SA e a licitante, considerada vencedora - HZ Telecomunicações e Informática Ltda.-ME, os parâmetros objetivos para a eventual subcontratação.

A regra é, portanto, que a subcontratação esteja autorizada no edital e no contrato, sob pena de conduzir à rescisão do contrato, na forma do art. 76, IV da Lei nº 8.666/93.

Diante do exposto, considera-se pertinente a irregularidade apontada, em razão de não estar delimitado no Edital e/ou no instrumento contratual a fixação de parâmetros que dispõem adequadamente sobre a possibilidade de subcontratação do objeto licitado, definindo claramente os seus limites, conforme dispõe os arts. 78, IV, combinado com o art. 72, da Lei nº 8.666/1993.

II CONCLUSÃO:

Após análise dos fatos narrados e dos documentos apresentados pelo Representante, este Órgão Técnico considera, *s.m.j.*, procedentes as seguintes irregularidades: **I.a (Da exigência de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura como requisito de habilitação); I.d (Dos casos de inviabilidade técnica do atendimento por fibra ótica na zona rural do município); I.f (Da exigência de prova de quitação junto ao CREA); e I.g (Da cessão e da Subcontratação).**

Por fim, entende-se que podem ser citados o Sr. Marcio Reinaldo Dias Moreira - Prefeito Municipal de Sete Lagoas, Luiz Adolpho Vidigal Borlido – Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Tecnologia, Vinicius Barroso Andreata – Pregoeiro e Geraldo Donizete de Carvalho-Consultor de Licitações e Compras, nos termos do art. 307 da Resolução n. 12/2008, Regimento Interno desta Corte de Contas, para que apresentem as alegações que

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
2ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

entenderem necessárias às eventuais irregularidades oferecidas pelo Ministério Público de Contas.

À Consideração Superior.

2ª CFM, 02 de maio de 2017.

Esther de Almeida Fonseca

ANALISTA DE CONTROLE EXTERNO

TC 1745-8