

ANÁLISE INICIAL DE DENÚNCIA

Processo nº: 1076985

Natureza: DENÚNCIA

Relator: CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO

Data da Autuação: 25/09/2019

1. INFORMAÇÕES GERAIS

Data do Juízo de Admissibilidade: 25/09/2019

Objeto da Denúncia:

Contratação de empresa para fornecimento de software de licença de uso, para aferição, declaração e acompanhamento da arrecadação municipal do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) relativo a Instituições Financeiras e Cartórios no Município de Conceição do Mato Dentro, em atendimento às demandas da Secretaria Municipal de Fazenda

Origem dos Recursos: Municipal

Tipo de Ente Jurisdicionado: Município

Entidade ou Órgão Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de Conceição do Mato Dentro

DADOS DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO

Processo(s) Licitatório(s) nº: 151/2019

Objeto:

Contratação de empresa para fornecimento de software de licença de uso, para aferição, declaração e acompanhamento da arrecadação municipal do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) relativo a Instituições Financeiras e Cartórios no Município de Conceição do Mato Dentro, em atendimento às demandas da Secretaria Municipal de Fazenda

Modalidade: Pregão

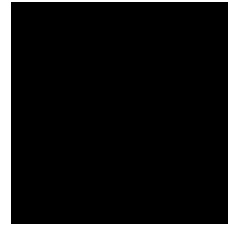
Tipo: Menor preço

Edital nº: 050/2019

Data da Publicação do Edital: 12/09/2019

2. ANÁLISE DOS FATOS DENUNCIADOS

Introdução:



Tratam os autos de denúncia, com pedido de suspensão liminar, apresentada por Sandro Pinheiro de Albuquerque, em face de supostas irregularidades no edital do Processo Licitatório nº 151/2019, referente ao Pregão Presencial nº 050/2019, que tem como objeto a “contratação de empresa para fornecimento de software de licença de uso, para aferição, declaração e acompanhamento da arrecadação municipal do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) relativo a Instituições Financeiras e Cartórios no município de Conceição do Mato Dentro, em atendimento às demandas da Secretaria Municipal de Fazenda”, fl. 09.

O valor estimado da contratação foi de R\$ 52.200,00 (cinquenta e dois mil e duzentos reais), fl. 10.

Após autuados, fl. 47, os autos foram distribuídos ao Conselheiro Cláudio Terrão, fl. 48.

Em razão das férias do relator, os autos foram redistribuídos ao Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, fl. 49, que proferiu o despacho de fls. 50/51, pela intimação do Prefeito e subscritor do edital, Sr. José Fernando Aparecido de Oliveira, para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, enviasse cópia dos documentos relativos às fases interna e externa do certame, informando o estágio em que se encontrava o procedimento licitatório em análise e, ainda, apresentasse eventuais justificativas e documentos que entendesse cabíveis acerca das alegações do denunciante.

Apresentada a manifestação e documentação de fls. 55/58 e 59/201, respectivamente, em cumprimento ao despacho de fl. 204 exarado pelo relator, esta Unidade Técnica procedeu à análise cautelar de fls. 205/213v.

Em decisão de fls. 215/218, o Conselheiro Relator indeferiu o pleito liminar referente à suspensão do certame, e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas emitiu parecer às fls. 225/226v, não tendo apresentado apontamentos complementares.

Devidamente citados, nos termos do despacho de fl. 227, os responsáveis apresentaram a defesa e documentos de fls. 235/246 e, ato contínuo, vieram os autos a esta Unidade Técnica.

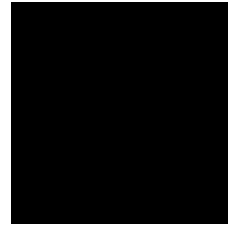
Registre-se que, em análise técnica cautelar de fls. 205/213v, esta Unidade Técnica analisou somente os apontamentos denunciados passíveis de acarretar a suspensão do certame. Assim, em que pese já tenha sido realizada a citação, serão analisados neste relatório os apontamentos restantes da denúncia para que, após nova citação, se for o caso, os autos retornem a esta Unidade Técnica para exame da defesa.

2.1 Apontamento:

Omissão do regime de execução e ausência do cronograma físico-financeiro

2.1.1 Alegações do denunciante:

O denunciante aduz a irregularidade do edital em razão da omissão do regime de execução, em descumprimento aos termos do art. 40 da Lei nº 8.666/93.



2.1.2 Documentos/Informações apresentados:

Edital do Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.1.3 Período da ocorrência: 12/09/2019 em diante

2.1.4 Análise do apontamento:

Confira-se a redação dos itens editalícios atinentes à forma de pagamento pela Administração:

- Fl. 162

XIV – DA FORMA DE PAGAMENTO E DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

14.1 - Pela prestação dos serviços da presente licitação, a CONTRATANTE efetuará o pagamento à CONTRATADA mensalmente e mediante apresentação da nota fiscal, devidamente protocolada, acompanhada do atestado de prestação de serviço emitido pela Secretaria Municipal de Fazenda.

14.2 - O pagamento será efetuado até o 10º dia útil após efetivo recebimento do objeto, sendo que a Contratada deverá encaminhar juntamente a Nota Fiscal e cópia da Ordem de Compra.

- Fl. 172:

6. PAGAMENTO E APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS:

6.1. O pagamento pela realização dos serviços será realizado mensalmente e efetuado mensalmente de acordo com a execução dos serviços e mediante apresentação das notas fiscais de prestação de serviços.

No caso do edital do Pregão Presencial nº 050/2019, não se vislumbra expressamente qual dos 04 (quatro) regimes de execução contratual se aplica ao objeto licitado, se empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa ou empreitada integral, não sendo possível, portanto, afirmar qual regime de execução a ser aplicado ao caso em tela.

A Lei nº 8.666/93, dispõe:

Art. 40. **O edital conterá** no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, **o regime de execução** e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (destaques nossos)

A Lei de Licitações prevê, também, algumas cláusulas necessárias na contratação pública:

Art. 55. **São cláusulas necessárias** em todo contrato as que estabeleçam:

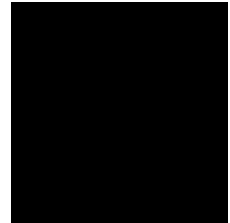
[...]

II - **o regime de execução** ou a forma de fornecimento; (destaques nossos)

Dito isso, tem-se que a legislação que regula a licitação imprime obrigatoriedade de se fazer constar no edital o regime de execução, em que pese se admitir a aplicação do formalismo moderado, caso o edital traga os elementos suficientes para se aferir o regime de execução.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE LICITAÇÃO



A Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União, nos autos do Acórdão nº 1292/2003, já se manifestou nesse sentido:

Preveja no termo de contrato cláusulas que especifiquem o **regime de execução** ou a forma de fornecimento, bem como os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, e do recebimento definitivo da obra, em observância ao disposto à Lei nº 8.666/1993, especialmente os artigos 3º (escolha de proposta mais vantajosa para a Administração), conforme o art. 55, incisos II e IV da citada lei. (negrito nosso)

Ocorre que no caso em tela não se vislumbra dos autos o cronograma físico-financeiro, embora conste do edital que os pagamentos serão diferidos no prazo de 12 (doze) meses, mensalmente, mediante a prestação dos serviços licitados.

Acerca do cronograma físico-financeiro, a Lei de Licitações, art. 40, inciso XIV, alínea “b”, estabelece a obrigatoriedade de se fazer constá-la do edital:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

[...]

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

Em que pese tal dispositivo não encontre semelhante na Lei nº 10.520/2002, que regula o pregão, é aplicada subsidiariamente a esta modalidade licitatória nos termos do art. 9º da Lei do Pregão.

Acerca do cronograma físico-financeiro, o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Glaydson Santo Soprani Massaria, bem definiu, nos autos do Processo nº 837.379:

Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo que:

[...]

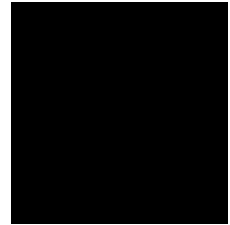
4.3. Seja determinada ao responsável pela Entidade a adoção das seguintes medidas:

[...]

b) fiel observância à Lei nº 8.666/93, especialmente os artigos 3º (escolha de proposta mais vantajosa para a Administração); 55, incisos II e IV (previsão, no termo de contrato, de cláusulas que especifiquem o regime de execução ou a forma de fornecimento, **bem como os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo**); (grifo nosso)

O referido documento é de suma importância para que a Administração Pública possa fiscalizar o andamento da obra ou serviço contratado.

Depreende-se, pois, a irregularidade do edital em face da ausência do regime de execução, bem como do cronograma físico-financeiro.



2.1.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.1.6 Critérios:

- Lei Federal nº 8666, de 1993, Artigo 6º, Alínea b, Artigo 40, *caput*, Inciso XIV, Alínea b, Artigo 55, Inciso II;
- Acórdão Tribunal de Contas da União nº 1292, Item 4.3, Colegiado Primeira Câmara, de 2003;
- Lei Federal nº 10520, de 2002, Artigo 9º;
- Parecer do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria, do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, nos autos do Processo nº 837.379.

2.1.7 Conclusão: procedência

2.1.8 Dano ao erário: não

2.1.9 Responsável:

- Nome completo: JOSÉ FERNANDO APARECIDO DE OLIVEIRA
- CPF: 03241242609
- Qualificação: Prefeito
- Conduta: Assinatura do edital, fl. 165
- Nexo de causalidade entre a conduta e o apontamento: A omissão do regime de execução aplicado ao objeto e a ausência de cronograma físico-financeiro vai de encontro aos comandos da Lei nº 8.666/1993.
- Culpabilidade: É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara.

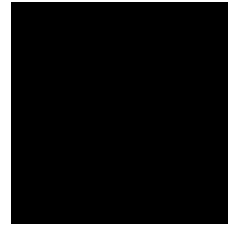
2.1.10 Medidas cabíveis:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (*caput* e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

2.2 Apontamento:

Extrapolação dos limites de competência do Pregoeiro



2.2.1 Alegações do denunciante:

O denunciante aponta a irregularidade do item 3.4 do edital, por entender que a responsabilidade do pregoeiro pela decisão de impugnações e por subscrever o edital ultrapassa os limites de sua competência, conforme prevê o inciso IV do art. 3º da Lei nº 10.520/02.

2.2.2 Documentos/Informações apresentados:

Item 3.4 Edital do Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.2.3 Período da ocorrência: 12/09/2019 em diante

2.2.4 Análise do apontamento:

Primeiramente, registre-se, desde logo, que, em relação à subscrição do edital, não assiste razão ao denunciante, visto que o Prefeito Municipal, Sr. José Fernando Aparecido de Oliveira, foi quem assinou o edital, conforme se verifica à fl. 101.

O item editalício impugnado assim prevê, fl. 153:

3.4 - As impugnações aos termos deste Edital poderão ser interpostas por qualquer pessoa no prazo de 02 (dois) dias úteis, anteriores à abertura das propostas comerciais, mediante petição dirigida ao (a) pregoeiro (a) a ser protocolada na Rua Daniel de Carvalho, 17 - Centro – município de Conceição do Mato Dentro/MG, Departamento de Licitações, devendo ser julgadas e respondidas em até 24 (vinte e quatro) horas.

O artigo 3º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, disciplina:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Por sua vez, o Decreto Estadual nº 44.786/08 prevê:

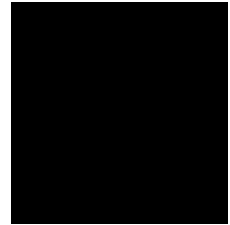
Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

I - a decisão sobre a impugnação do edital, sendo ouvido, por intermédio da autoridade competente, o setor responsável pela elaboração do edital e Termo de Referência, ou o órgão jurídico, conforme o caso;

[...]

Jair Eduardo Santana leciona¹:

¹ SANTANA, Jair Eduardo. Pregão Presencial e Eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 183.



[...] relativamente ao edital, a competência do pregoeiro é mais de intérprete, na medida em que as suas atribuições pertinentes - ou legais - são de decisão e resposta a impugnações e esclarecimentos, bem assim de recebimento, exame, exercício de retratação e decisão de recursos.

Também o TCU já se manifestou nesse sentido, conforme o manual “Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU²”:

Ao pregoeiro caberá, em especial:

- coordenação do processo licitatório;
- condução dos trabalhos da equipe de apoio, da sessão pública do pregão, presencial ou eletrônico, e da etapa de lances;
- **recebimento, exame e decisão das impugnações e consultas à licitação, com apoio do setor requisitante do objeto e do responsável pela elaboração do edital;**
- verificação da conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no ato convocatório;
- verificação e julgamento das condições de habilitação;
- recebimento, exame e decisão dos recursos encaminhados à autoridade competente quando for mantida a decisão;
- indicação do vencedor do pregão;
- adjudicação do objeto, quando não houver recurso;
- encaminhamento do processo devidamente instruído à autoridade superior com proposta de homologação (destaques nossos)

Portanto, verifica-se que, conforme legislação estadual, em que pese não se aplicar no âmbito dos municípios, e entendimento doutrinário, dentre as atribuições do pregoeiro, inclui-se a decisão das impugnações ao edital.

No caso, a Portaria n.º 164, de 27 de maio de 2019, fl. 84, nomeou para a função de Pregoeira a Sra. Thatiany Costa Vieira Silva.

Ante o exposto, não há que se falar em irregularidade.

2.2.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Item 3.4 do edital Pregão Presencial n.º 050/2019 - Processo Licitatório n.º 151/2019

2.2.6 Critérios:

- Lei Federal n.º 10520, de 2002, Artigo 3º, Inciso IV;
- Decreto Estadual n.º 44786, de 2008, Artigo 9º.

² Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF



- Doutrina Autor: Jair Eduardo Santana, Título: Pregão Presencial e Eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle, Editora: Fórum, Edição: 2ª, de 2008, Folha Início: 183 – 183;
- Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU, Folha 35.

2.2.7 Conclusão: improcedência

2.2.8 Dano ao erário: não

2.3 Apontamento:

Autorização de autenticações apenas através de cartório e de servidores da Administração

2.3.1 Alegações do denunciante:

Alega o denunciante a irregularidade dos itens 7.3.2 e 7.3.3 do edital, por retirarem das licitantes o direito de escolher a forma que desejam autenticar seus documentos, conforme preleciona o art. 32 da Lei nº 8.666/93.

Afirma que o edital autoriza autenticações apenas através de cartório e de servidores da Administração, sem que seja possibilitada a autenticação por publicação em órgão da imprensa oficial.

2.3.2 Documentos/Informações apresentados:

Itens 7.2.3 e 7.3.3 do edital do Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.3.3 Período da ocorrência: 12/09/2019 em diante

2.3.4 Análise do apontamento:

O edital, sobre o modo de apresentação dos documentos de habilitação, estabelece, fl. 157:

7.3.2 - A documentação também poderá ser apresentada através de cópia, produzida por qualquer processo de reprodução, autenticada por cartório competente;

7.3.3 - As autenticações poderão também ser feitas pelo(a) pregoeiro(a) membro da equipe de apoio, nos termos do artigo 32 da Lei nº 8.666/1993, no ato de abertura do envelope respectivo, desde que referidas cópias se façam acompanhar dos documentos originais, sendo estes últimos devolvidos, após a autenticação requerida, ao representante legal presente;

A Lei de Licitações tratou da matéria em exame no art. 32, *caput*:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

Em que pese a ausência de previsão expressa que permita a autenticação dos documentos de habilitação em órgão da imprensa oficial, constata-se que o item 7.3.3 determina que as autenticações poderão ser feitas “nos termos do artigo 32 da Lei nº 8.666/1993”, o que engloba



a autenticação por cartório, por servidor da administração e, inclusive, a publicação em órgão da imprensa oficial.

Consistiria em excesso de formalismo exigir que o edital repetisse a letra da Lei nº 8666/93, que é de observância obrigatória a todos os participantes de procedimentos licitatórios, estando ou não incluído nos atos convocatórios.

Ademais, registre-se que no art. 40 da Lei de Licitações não consta a obrigação de cláusula contendo a previsão de autenticação de documentos nos moldes do disposto no art. 32 da referida Lei.

Assim, entende-se que não procede o apontamento ora analisado.

2.3.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Itens 7.3.2 e 7.3.3 do edital Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.3.6 Critérios:

- Lei Federal nº 8666, de 1993, Artigo 32.

2.3.7 Conclusão: improcedência

2.3.8 Dano ao erário: não

2.4 Apontamento:

Previsão de multa baseada no valor total do contrato

2.4.1 Alegações do denunciante:

Segundo o denunciante, os itens 12.3.1 e 12.4 do edital incorrem em abusividade, por preverem multa baseada no valor total do contrato ainda que as infrações caracterizem descumprimento parcial da avença.

2.4.2 Documentos/Informações apresentados:

Itens 12.3 e 12.4 do edital do Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.4.3 Período da ocorrência: 12/09/2019 em diante

2.4.4 Análise do apontamento:

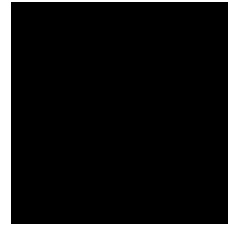
O edital prevê as seguintes sanções para os casos de descumprimento do contrato, fl. 161:

12.3 - Pelo atraso injustificado na prestação dos serviços, sujeitar-se-á o faltoso às multas de mora adiante discriminadas, a serem calculadas sobre o valor global do instrumento contratual:

12.3.1 - atraso de até 05 (cinco) dias, multa de 1% (um por cento) do valor global do Contrato, por dia de atraso na prestação do (s) serviço (s);



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE LICITAÇÃO



[...]

12.4 - Em caso de inexecução parcial do ajuste poderá ser aplicada a seguinte penalidade:

12.4.1 - multa de 5% (cinco por cento) calculada sobre o valor global do Contrato.

A Lei nº 8.666/93 dispõe sobre as multas aplicáveis aos casos de atraso injustificado na execução do contrato ou pela inexecução total ou parcial do contrato em seus artigos 86 e 87, nos seguintes termos:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.



Verifica-se, tanto no caso do art. 86, atraso injustificado na execução do contrato, quanto no caso do art. 87, inexecução total ou parcial do contrato, que a multa a ser aplicada será aquela prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

Não há a fixação legal de percentuais para multa moratória (sancionatória) ou compensatória (indenizatória), devendo a Administração, na fase do planejamento da contratação, estabelecer o percentual do valor da multa com base na praxe dos contratos e orientada com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não cuidou o legislador, portanto, de criar um teto máximo para as multas assim como das questões atinentes à dosimetria, deixando a cargo da Administração, o seu estabelecimento no instrumento convocatório ou no contrato.

A única condicionante à aplicação de multa é a abertura de processo administrativo regular, em que o licitante tenha preservados os seus direitos ao contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, a atividade administrativa, mesmo dentro do campo da discricionariedade, está sujeita aos princípios gerais de direito.

Na seara das licitações, mormente em relação às sanções, há que levar em consideração o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da razoabilidade, que garante uma atuação equânime da Administração, no sentido de que os atos administrativos, mormente os sancionatórios, têm que harmonizar o interesse público à realidade dos fatos e aos demais princípios jurídicos, de tal forma que não sejam cometidas injustiças.

Do exposto conclui-se que, apesar de não haver uma dosimetria na legislação regente da matéria em tela, não pode o administrador afastar de sua atividade a observância dos princípios gerais do direito sob a justificativa de estar protegendo o interesse público.

In casu, em que pese o percentual da multa a ser aplicada incida sobre o valor global do contrato, verifica-se que, para as hipóteses em tela, trata-se de montante inferior, sendo estipulado 1% no caso de atraso de até 05 dias e 5% para a inexecução parcial, percentuais estes razoáveis e aplicáveis na prática administrativa.

Com essas observações, entende-se que este item da denúncia é improcedente.

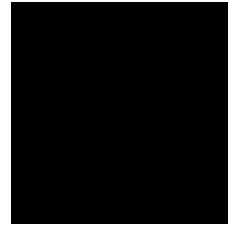
2.4.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Itens 12.3.1 e 12.4 do edital Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.4.6 Critérios:

- Lei Federal nº 8666, de 1993, Artigo 86, Artigo 87, Inciso II.

2.4.7 Conclusão: improcedência



2.4.8 Dano ao erário: não

2.5 Apontamento:

Aglutinação dos serviços de *datacenter* com o licenciamento de uso de software

2.5.1 Alegações do denunciante:

Ainda, o denunciante aponta a irregularidade dos itens 4.1.2 e 5.5.1 do Anexo I do instrumento convocatório em análise, por aglutinarem indevidamente os serviços de *datacenter* com o licenciamento de uso de *software*, que podem ser prestados por empresas diferentes.

Salienta, também, que a não permissão de subcontratação agrava a irregularidade.

2.5.2 Documentos/Informações apresentados:

Itens 4.1.2 e 5.5.1 do Anexo I do edital do Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.5.3 Período da ocorrência: 12/09/2019 em diante

2.5.4 Análise do apontamento:

Os itens impugnados assim preveem, fl. 171:

4.1.2.Proceder à análise dos valores recolhidos pelas instituições financeiras utilizando a rede mundial como ferramenta em ambiente seguro, com hospedagem em data center brasileiro, incluindo fornecimento do software, com licença específica para o levantamento dos valores não recolhidos durante os períodos de arrecadação passados, ainda não prescritos.

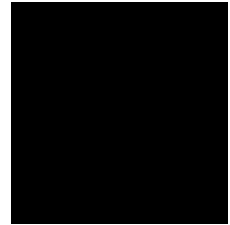
[...]

5.5.1Data Center com Alta Performance e Balanceamento de Carga -7/24 -, que detém certificação reconhecida pelos órgãos competentes para todos os critérios de Segurança Física (fogo, falta de energia, antifurto) e Segurança Tecnológica (antihackers);

No caso dos autos da Denúncia nº 1.007.605, que apresentava o mesmo apontamento ora denunciado, considerando a expertise demandada para a sua análise, a Diretoria de Tecnologia da Informação deste Tribunal se manifestou no seguinte sentido:

Do ponto de vista do procedimento licitatório, portanto, existe um ponto de atenção no momento de definir os requisitos de software e os de datacenter, para garantir o funcionamento harmônico da solução.

A título de exemplo, vamos definir o lote 1 como Locação de Sistemas de Informática e Lote 2 como Serviço de acesso on-line em datacenter. Para o lote 1, podemos ter oferta de sistemas em várias linguagens de programação (Java, .Net, PHP), mas na especificação desse lote não poderíamos exigir que o sistema seja desenvolvido/fornecido somente em uma plataforma, pois agindo dessa forma estaríamos diminuindo a competitividade do certame.



Tal raciocínio pode ser aplicado ao lote 2, onde podemos ter datacenters na plataforma Windows ou Linux, não podendo, entretanto, exigir que o datacenter atenda somente uma plataforma, ou ainda que, seja compatível com as duas plataformas, sob pena de elevar o custo total, em função do licenciamento dos softwares que vão compor o datacenter.

Em resumo, **entendemos que não é simples a logística para que a solução de licitação em lotes separados seja aplicada, uma vez que há interdependência entre os objetos em questão, o que poderia levar a uma situação potencial em que o software adquirido fosse incompatível com o datacenter contratado posteriormente ou, ainda, que a empresa vencedora do datacenter fosse contratada e mobilizada sem que o software necessário estivesse efetivamente definido.**

Com estes fundamentos, reiteramos a conclusão de que a divisão do objeto em parcelas não se comprova técnica e economicamente viável, haja vista as características específicas do objeto.

[...]

[...] cumpra-nos esclarecer que é praxe de mercado de tecnologia, as empresas de fornecimento de softwares possuem datacenters próprio para a prestação do serviço de hospedagem em razão da interdependência da solução. (destaque nosso)

Deste modo, considerando as informações prestadas pela Diretoria de Tecnologia da Informação quanto à questão do não parcelamento do objeto, entende esta Unidade Técnica que não procedem os argumentos do denunciante.

Quanto ao argumento de que o edital também seria irregular em face da vedação à subcontratação, verifica-se a seguinte disposição editalícia, fls. 162/163:

XV - OBRIGAÇÕES/RESPONSABILIDADES DA CONTRATADA

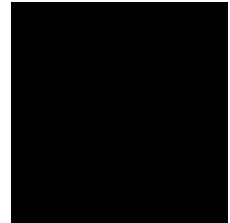
[...]

15.9. Não transferir a terceiros, por qualquer forma, nem mesmo parcialmente, as obrigações assumidas, nem subcontratar qualquer das prestações a que está obrigada, exceto nas condições autorizadas no Termo de Referência ou na minuta de contrato.

Sobre o tema, a Lei nº 8.666/1993 estabelece, *in verbis*:

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.

Segundo a lição do Tribunal de Contas da União, em sua obra “Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU”, diz que: “Subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado” (4. ed. Brasília: TCU, 2010).



Ademais, é válido ressaltar importantes aspectos da subcontratação, a conferir³:

1. A decisão acerca de sua admissão, ou não, constitui mérito administrativo;
2. A Administração deve estabelecer os limites máximos para subcontratação, quando admiti-la, sendo vedada a subcontratação total do objeto;
3. Deve ser prevista expressamente no edital e no contrato;
4. O contratado permanece responsável pelas obrigações contratuais e legais, não se confundindo com a sub-rogação prevista nos artigos 346 a 351, do Código Civil.

Nesse diapasão, verifica-se que a permissão ou não à subcontratação é decisão da Administração Pública, cabendo a ela o juízo de admissibilidade, sendo analisado oportunidade e conveniência, e, com isso, a possibilidade de viabilizar a subcontratação.

Diante de todo o exposto, esta Unidade Técnica entende que a denúncia é improcedente.

2.5.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Item 4.1.2 e 5.5.1 do Anexo I do edital Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.5.6 Critérios:

- Informações prestadas pela Diretoria de Tecnologia da Informação nos autos da Denúncia nº 1007605;
- Lei Federal nº 8666, de 1993, Artigo 72;
- Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU, Tribunal de Contas da União, de 2010.

2.5.7 Conclusão: improcedência

2.5.8 Dano ao erário: não

2.6 Apontamento:

Ausência de critérios obrigatórios de atualização financeira

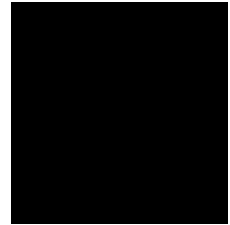
2.6.1 Alegações do denunciante:

Em breves palavras, o denunciante alega a omissão do edital no tocante aos critérios obrigatórios de atualização financeira para os atrasos nos pagamentos, em infringência aos termos da alínea “c”, do inciso XIV, do art. 40, da Lei de Licitações.

2.6.2 Documentos/Informações apresentados:

Edital do Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

³ Disponível em <https://jus.com.br/artigos/56842/subcontratacao-na-administracao-publica-possibilidades-e-limites>



2.6.3 Período da ocorrência: 12/09/2019 em diante

2.6.4 Análise do apontamento:

Dispõe a Lei nº 8.666/93 sobre o ponto questionado:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

[...]

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

[...]

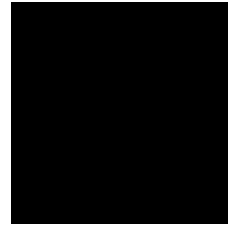
Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Verifica-se que a minuta apresentada não dispõe sobre “os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”. Mas, segundo o Tribunal de Contas da União, embora o critério de correção monetária deva estar previsto no ato convocatório, o atraso do pagamento por parte da Administração sujeita-a a preservar o valor do crédito de sua contraparte, mediante correção monetária, independentemente de previsão no edital ou no contrato, a conferir:

O atraso de pagamento por parte do Poder Público sujeita-o a preservar o valor do crédito de sua contraparte, mediante correção monetária, segundo critérios previstos no ato convocatório (art. 5º, § 1º). Tal correção incidirá, conforme previsto no art. 7º, § 7º, desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento”. [...] Averbese que a correção monetária é a simples variação numérica expressiva de um mesmo valor que permanece inalterado e tão-somente passa a ser expresso por números diferentes. [...] **Como sua justificativa obvia e impedir que o credor, por força da erosão da moeda, receba menos do que o efetivamente devido e, correlatamente, impedir que o inadimplente se enriqueça indevidamente, beneficiando-se da própria mora, o cabimento dela, em tal caso, independeria de previsão do edital ou do contrato.** [...] É claríssimo, pois, que enquanto existirem índices que oficialmente retratem o desgaste da moeda não há como fugir a correção monetária no caso de pagamentos em atraso [...] Pode-se dar o caso, ainda, de o contratado fazer jus a pagamentos decorrentes de reajustes ou de recomposições de preços, estas últimas as vezes denominadas revisões de preços. São figuras distintas entre si e completamente diversas da correção monetária. (Acórdão 474/2005 Plenário (Relatório do Ministro Relator) (destaque nosso)



No mesmo sentido, destaca-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconhece ser devida a correção monetária, por efeito *ex lege*, mesmo não havendo previsão no contrato, a conferir:

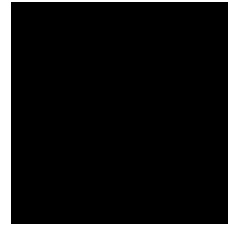
PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 884 E 886 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO. TERMO INICIAL – ART. 55, III, DA LEI 8.666/1993. [...] 3. **A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que é cabível a correção monetária a partir do vencimento da obrigação, mesmo não havendo previsão contratual a esse respeito.** Precedente. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 1148397/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 02/12/2009) (destaque nosso) TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS DIRETORIA DE JURISPRUDÊNCIA, ASSUNTOS TÉCNICOS E PUBLICAÇÕES COORDENADORIA DE TAQUIGRAFIA / COORDENADORIA DE ACÓRDÃO 7 862880_04102012/GL/gl/MN PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – CONTRATOS – EMPREITADA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – OFENSA AOS ARTS. 128, 333, I, E 460 DO CPC – DESNECESSIDADE DE REFORMA – CORREÇÃO MONETÁRIA – VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO – AUSENTE PREVISÃO CONTRATUAL – TERMO INICIAL – ART. 55, III, DA LEI 8.666/1993 – PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 211/STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS – TERMO A QUO DA INCIDÊNCIA DE JUROS – OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA – ART. 960 DO CC/1916 – SÚMULA 83/STJ. [...] 3. O termo inicial da correção monetária, nos contratos administrativos, deve se dar nos moldes previstos no art. 55, III, da Lei 8.666/1993, ou seja, entre a data do adimplemento das obrigações – tanto da contratada (medição) como da contratante (vencimento de prazo sem pagamento) e a data do efetivo pagamento. 4. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que é cabível a correção monetária a partir do vencimento da obrigação, mesmo não havendo previsão contratual a esse respeito. [...] 8. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 968.835/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009) (destaque nosso)

Nesse sentido, consta da ementa do Parecer GO-111, da Advocacia-Geral da União (disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:advocacia.geral.uniao:parecer:1996-05-16;gg-111>):

O pagamento tardio e sem atualização é pagamento incompleto e representa enriquecimento ilícito do devedor relapso.

Correção monetária não constitui um plus a exigir expressa previsão legal. É apenas recomposição do crédito corroído pela inflação.

Assim sendo, este Órgão Técnico entende ser uma impropriedade a ausência no instrumento convocatório e respectivos contratos de cláusulas contendo previsão de penalidades por atraso de pagamento por parte da Administração, em razão do disposto no inciso III do art. 55 da Lei nº 8.666/93. Todavia, entende também que a Administração tem o dever moral de indenizar todas as compras, obras e serviços que, executados de boa-fé, trouxeram-lhe algum proveito,



mesmo que ausente previsão editalícia neste sentido, não ficando, portanto, a contratada no prejuízo.

Cumpre também informar a seguinte jurisprudência da Segunda Câmara desta Corte, referente ao Acórdão nº 862.880:

Nessa senda, valendo-me da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça colacionada pela CAEL, entendo que decorre das normas que regem a Administração Pública a obrigatoriedade de se atualizar monetariamente os valores devidos por esta e pagos em atraso, independentemente de previsão expressa no edital e no contrato. De toda sorte, como o § 1º do art. 5º, o § 7º do art. 7º e o inciso III do art. 55, todos da Lei 8.666/93, estabelecem a obrigatoriedade de tal cláusula no edital e nos contratos da Administração, entendo que a ausência de sua previsão nesses instrumentos configura irregularidade formal que, a meu juízo, não justificaria por si só a suspensão liminar do certame ou a aplicação de multa. Isso porque essa falha não tem o condão de cercear a competitividade do procedimento licitatório, nem de gerar potencial prejuízo ao contratado na execução do contrato.

[...]

III – VOTO

Não obstante, com fulcro no inciso II do art. 275 do Regimento Interno, determino a intimação do Secretário Municipal Adjunto de Gestão Administrativa e do Presidente da Comissão Permanente de Licitação, recomendando que, em futuras licitações visando a aquisição de produtos de Tecnologia da Informação, observem o seguinte:

a) estabeleçam expressamente na minuta do contrato, como cláusula necessária, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, em atenção disposto no § 1º do art. 5º, no § 7º do art. 7º e no inciso III do art. 55, todos da Lei 8.666/93

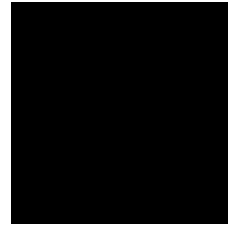
Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende que a denúncia é improcedente, mas pode ser recomendado à Administração que, nos próximos certames, estabeleça na minuta do contrato, como cláusula necessária, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, em atenção disposto no § 1º do art. 5º, no § 7º do art. 7º e no inciso III do art. 55, todos da Lei nº 8.666/93.

2.6.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.6.6 Critérios:

- Acórdão Tribunal de Contas da União nº 474, Item II, Colegiado Plenário, de 2005;
- Acórdão Superior Tribunal de Justiça nº 1148397, Item Ementa, Colegiado Segunda Turma, de 2009;
- Acórdão Superior Tribunal de Justiça nº 968835, Item Ementa, Colegiado Segunda Turma, de 2009;



- Acórdão Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nº 862880, Item Fundamentação, Colegiado Segunda Câmara, de 2012;
- Lei Federal nº 8666, de 1993, Artigo 7º, Parágrafo 7º, Artigo 5º, Parágrafo 1º, Artigo 55, Inciso III.

2.6.7 Conclusão: improcedência

2.6.8 Dano ao erário: não

2.6.9 Medidas cabíveis:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Recomendações para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas

Descrição da medida:

Pode ser recomendado à Administração que, nos próximos certames, estabeleça na minuta do contrato, como cláusula necessária, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, em atenção disposto no § 1º do art. 5º, no § 7º do art. 7º e no inciso III do art. 55, todos da Lei nº 8.666/93.

Responsável pela adoção da medida: José Fernando Aparecido Oliveira, Prefeito Municipal e subscritor do edital, fl. 165

2.7 Apontamento:

Ausência de cláusulas prevendo garantia em caso de rescisão contratual

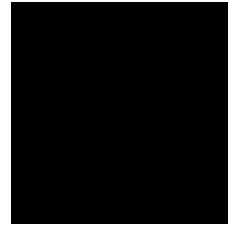
2.7.1 Alegações do denunciante:

Por fim, o denunciante aduz que, em contradição com o previsto no inciso IX do art. 55 da Lei nº 8.666/93, o ato convocatório carece de garantias à Administração para os casos de rescisão contratual, dada a complexidade do objeto.

Afirma que, por se tratar de serviço que não pode sofrer paralisação imediata, o certame deve prever regras sobre a propriedade da base de dados, a entrega dessa base em caso de rescisão, o formato e prazo para tal entrega, se essa apresentação será onerosa, se subsistirá suporte técnico após a rescisão e até ser formalizada nova contratação, se também o suporte poderá ser cobrado, etc.

2.7.2 Documentos/Informações apresentados:

Edital do Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019



2.7.3 Período da ocorrência: 12/09/2019 em diante

2.7.4 Análise do apontamento:

Inicialmente, cabível transcrever o teor do artigo 55, inciso IX, da Lei 8.666/93, o qual fundamenta o apontamento ora examinado, a saber:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

A respeito da obrigatoriedade da inscrição das cláusulas de reconhecimento de direitos da Administração nos contratos administrativos, importa mencionar o ensinamento de Marçal Justen Filho⁴:

Obrigatoriedade da inserção das cláusulas

O texto do caput do art. 55 induz à necessidade de que todo contrato administrativo contenha as cláusulas enumeradas nos diversos incisos. Porém, nem todas as hipóteses dos diversos incisos são realmente obrigatórias. Ou seja, a ausência de algumas delas descaracteriza um contrato administrativo e acarreta a nulidade da avença. **Quanto a outras cláusulas, sua presença é desejável, mas não obrigatória. São obrigatórias as cláusulas correspondentes aos incs. I, II, III, IV e VII. As demais ou são dispensáveis (porque sua ausência não impede a incidência de princípios e regra legais) ou são facultativas, devendo ser previstas de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada contrato.**

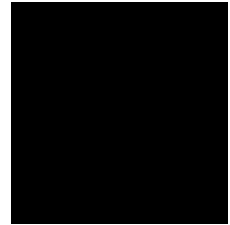
Mais ainda, determinadas cláusulas são inerentes ao contrato administrativo em sentido estrito. Assim, a ausência de sua previsão não importa impossibilidade de aplicação das competências correspondentes. Essa conclusão extrai-se dos termos do art. 58, a cujos comentários se remete. (destaque nosso)

Da explanação do ilustre doutrinador é possível depreender que é recomendável a inserção de cláusulas que assegurem os direitos da Administração quando da rescisão contratual, todavia, conforme bem elucidado, não há obrigatoriedade na sua inscrição, uma vez que a ausência delas não veda a incidência de princípios e regras gerais atinentes à matéria.

Ademais, consta no item 11.4 do Anexo VII - Minuta de Contrato de Prestação de Serviço o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa, nos termos do art. 77 da Lei nº 8.666/93, fl. 185.

Pelo exposto, não havendo obrigatoriedade na inserção de cláusula prevendo as garantias da Administração em face da rescisão, afasta-se o apontamento da denúncia a esse respeito, embora seja recomendável que, nos próximos editais, a Prefeitura de Conceição do Mato Dentro

⁴ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. São Paulo. 15ª Edição, pág. 823.



atente para as cláusulas editalícias que resguardecem os direitos daquela em benefício da continuidade do serviço público.

2.7.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Licitatório nº 151/2019

2.7.6 Critérios:

- Doutrina Autor: Marçal Justen Filho, Título: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora: Dialética, Edição: 15ª, de 2014, Folha Início: 823 - 823.

2.7.7 Conclusão: improcedência

2.7.8 Dano ao erário: não

2.7.9 Medidas cabíveis:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Recomendações para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas

Descrição da medida:

Pode ser recomendado à Administração que, nos próximos editais, atente para as cláusulas editalícias que resguardecem os direitos daquela em benefício da continuidade do serviço público.

Responsável pela adoção da medida: José Fernando Aparecido Oliveira, Prefeito Municipal e subscritor do edital, fl. 165.

3 - OUTROS APONTAMENTOS DA UNIDADE TÉCNICA

3.1 Apontamento:

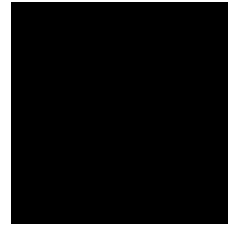
Interpretação equivocada da Lei Complementar nº 123/2006

3.1.1 Período da ocorrência: 12/09/2019 em diante

3.1.2 Análise do apontamento:

A Lei Complementar 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, prevê:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)



Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014)

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

[...]

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

[...]

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

No presente caso, verifica-se que a licitação foi, corretamente, direcionada exclusivamente às Empresas de Pequeno Porte e Microempresas, conforme se verifica à fl. 152, considerando o valor estimado da contratação de R\$ 52.200,00 (cinquenta e dois mil e duzentos reais).

Entretanto, o item 6.3 (houve um erro formal, de modo que se trata, pela ordem cronológica, de item 6.7) do edital assim estabelece, fl. 155:

6.3. Diante da restrição de participação desta licitação apenas para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Equiparados, caso não haja interessados com propostas válidas para o objeto licitado, a presente licitação deverá ser refeita com fundamento no art. 49, II da Lei Complementar nº 123/2006 c/c Art. 6º, §5º do Decreto Estadual 44.630/2007, abrindo-se o certame à ampla participação. (destaque no original)

Em cumprimento ao mencionado item editalício, verifica-se na ata do Pregão Presencial nº 050/2019, documento em anexo, o seguinte:

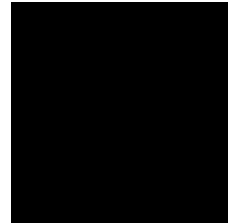
[...] o certame não acudiu nenhum interessado, por ocasião da primeira tentativa de abertura do mesmo, pelo que, segundo cláusula **6.3 do edital**, o mesmo deve ser reaberto permitindo a participação de qualquer interessado, com fulcro no art. 49, II da Lei Complementar nº 123/2006 c/c Art. 6º, §5º do Decreto Estadual 44.630/2007.

Tal previsão se mostra irregular. Acerca da questão tratada, cumpre colacionar a Resolução nº 181/2015⁵ do Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins nos autos da Consulta nº 79002/2014, da relatoria do Exmo. Conselheiro Substituto Leondiniz Gomes, sessão realizada no dia 01 de abril de 2015:

⁵ Disponível em <https://www.tce.to.gov.br/sitetce/2016-03-28-17-35-18/category/186-2015>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS
DE LICITAÇÃO



[...]

EMENTA: CONSULTA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. CONSULTA RELACIONADA ÀS RECENTES ALTERAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, INTRODUZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014, DE 07 DE AGOSTO DE 2014. APLICABILIDADE. CONHECIMENTO. RESPOSTA EM TESE. PUBLICAÇÃO.

[...]

2) Em licitações com valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou com cota de 25% exclusiva para ME/EPP (art. 48, I e III da LC nº 123/2006), poderá o edital prever que não comparecendo nenhuma destas, será permitida a participação de empresas de maior porte? Ou somente poderão participar as microempresas e empresas de pequeno porte nos certames de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?

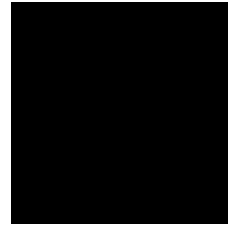
R: Nos termos do art. 48, I, da LC nº 123/2006, uma empresa que não seja ME e/ou EPP não poderá participar de uma licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte. Conforme inciso II do art. 49 da LC nº 123/2006, caso inexista o número mínimo de três ME e/ou EPP, sediadas no local ou na região, e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, consequentemente, a realização de uma licitação exclusiva com fundamento neste inciso restará justificadamente afastada, e para tanto, o edital não poderá prever que não comparecendo nenhuma ME e/ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte.

Quanto à licitação diferenciada a que alude o inc. III do art. 48 da LC nº 123/2006 (a reserva de cota de até 25% do objeto licitado), à similitude do que ocorre na esfera federal (art. 8º, § 2º, do Decreto 6204/2007), o edital poderá prever a adjudicação da cota reservada ao vencedor da cota principal, e, no caso de recusa deste, aos demais licitantes, desde que aceitem o preço oferecido pelo vencedor. Essa mesma solução poderia ser praticada em situação inversa: se não houvesse vencedor na disputa da cota principal, nada impediria que houvesse a sua adjudicação em favor da ME ou EPP melhor classificada.

3) Com fulcro no art. 49, inc. II da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006 será aplicável somente quando comparecerem, no mínimo, três empresas ME/EPP na sessão da licitação? Ou deverá a Administração durante fase interna da licitação aferir tal existência no mercado local/regional para concessão do tratamento diferenciado ainda que compareça apenas uma ME/EPP?

R: O gestor público deverá planejar-se, ainda na fase interna, para que se adiante e identifique a eventual ausência de micro ou pequenas empresas aptas a atender o objeto almejado, bem como justificar exaustivamente tal situação, nos autos do respectivo processo licitatório, a fim de evitar alegações de desrespeito à Lei Complementar nº 123/06, por parte dos órgãos de controle acerca da inobservância das novas regras estabelecidas pelo Estatuto da Microempresa. Tudo no escopo de atender aos princípios da economicidade, isonomia, impessoalidade, publicidade e supremacia do interesse público, dentre outros.

[...]



9.29. Portanto, nota-se que, caso inexistir o número mínimo de três ME e/ou EPP, sediadas no local ou na região, e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, conforme inciso II do art. 49 da LC nº 123/2006, consequentemente, a realização de uma licitação exclusiva com fundamento neste inciso restará justificadamente afastada, e para tanto, o edital não poderá prever que não comparecendo nenhuma ME e/ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte.

[...]

Pelo exposto, observa-se que o planejamento adequado na fase interna do certame é essencial para que o gestor público se adiante e identifique a eventual ausência de Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP aptas a atender o objeto almejado, e, portanto, justifique tal situação.

Sendo assim, o texto que constitui o item 6.3 do edital é irregular, considerando o inciso I do art. 48 da LC nº 123/06, alterada pela LC nº 147/2014, que trata da licitação exclusiva.

3.1.3 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Ata do Pregão Presencial nº 050/2019

3.1.4 Critérios:

- Resolução nº 181 do Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Tocantins, de 2015.

3.1.5 Dano ao erário: não

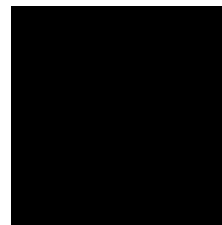
3.1.6 Responsável:

- Nome completo: JOSÉ FERNANDO APARECIDO DE OLIVEIRA
- CPF: 03241242609
- Qualificação: Prefeito
- Conduta: Assinatura do edital, fl. 165
- Nexo de causalidade entre a conduta e o apontamento: A redação do item 6.3 vai de encontro aos termos da Lei Complementar nº 123/2006.
- Culpabilidade: É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara.

3.1.7 Medidas cabíveis:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária,



operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

4 - CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

✓ Pela procedência da denúncia no que se refere aos seguintes fatos:

- Omissão quanto à regulamentação e o prazo para os serviços iniciais de implantação
- Proibição de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial
- Republicação do novo edital com mesma numeração do edital anterior referente à licitação deserta
- Exigência de certidão negativa de débito para comprovação de regularidade fiscal
- Ausência de informações e omissão da precificação dos serviços
- Omissão do regime de execução e ausência do cronograma físico-financeiro

✓ Pela improcedência da denúncia, no que se refere aos seguintes fatos:

- Extrapolação dos limites de competência do Pregoeiro
- Autorização de autenticações apenas através de cartório e de servidores da Administração
- Previsão de multa baseada no valor total do contrato
- Aglutinação dos serviços de datacenter com o licenciamento de uso de software
- Ausência de critérios obrigatórios de atualização financeira
- Ausência de cláusulas prevendo garantia em caso de rescisão contratual

✓ Indício de irregularidade nos seguintes fatos apurados por esta Unidade Técnica:

- Interpretação equivocada da Lei Complementar nº 123/2006

5 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- a citação dos responsáveis para apresentar suas razões de defesa, no prazo de até 15 (quinze) dias, tendo em vista os indícios de irregularidade apurados (caput do art. 307 do Regimento Interno do TCEMG);
- recomendar ao gestor público que, nos próximos editais:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE LICITAÇÃO



- consigne expressamente nos editais vindouros o regime de execução do objeto a ser contratado, de modo a elidir quaisquer questionamentos nesse particular aspecto;
- estabeleça na minuta do contrato, como cláusula necessária, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, em atenção disposto no § 1º do art. 5º, no § 7º do art. 7º e no inciso III do art. 55, todos da Lei nº 8.666/93;
- atente para as cláusulas editalícias que resguardecem os direitos da Administração em benefício da continuidade do serviço público.

Belo Horizonte, 17 de março de 2020

João Luís Mindêllo Navarro
Analista de Controle Externo
Matrícula 31221