



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

---

Processo n.: 1.076.985  
Natureza: Denúncia  
Ano de Referência: 2019  
Jurisdicionado: Município de Conceição do Mato Dentro (Poder Executivo)

Excelentíssimo Senhor Conselheiro-Relator,

1. Tratam os autos de Denúncia interposta por Sandro Pinheiro de Albuquerque, em face do Pregão Presencial n. 050/2019, Processo Licitatório n. 151/2019, deflagrado pelo Município de Conceição do Mato Dentro, tendo por 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/MG, em atendimento às demandas da Secretaria Municipal de Fazenda e conforme especificado no Termo de Referência anexo I deste edital”*, no valor global de R\$52.200,00 (f. 09).
2. Em síntese, alega o Denunciante que o Edital de Pregão Presencial n. 050/2019 padeceu das seguintes ilicitudes:
  - a) omissão do regime de execução da licitação, em afronta ao art. 40, *caput*, da Lei 8.666/1993;
  - b) irregularidade do item 3.4 do edital, uma vez que o pregoeiro não poderia ser o responsável pela decisão das impugnações;
  - c) irregularidade do item 4.2.1 do edital que “proíbe a participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial”;
  - d) irregularidade dos itens 7.2.1.3, 7.2.1.4 e 7.2.1.5 do edital, porquanto exigiria apenas certidão negativa, para fins de comprovação de regularidade fiscal, perante as Fazendas de todas as esferas;
  - e) irregularidade dos itens 7.3.2 e 7.3.3 do edital, que teriam “retirado das licitantes o direito que possuem de escolherem a forma que desejam autenticar seus documentos, de acordo com o artigo 32 da Lei de Licitações”;
  - f) omissão da regulamentação e prazo para a prestação de serviços iniciais de implantação, item 5.6 do Anexo I do edital;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

- 
- g) previsão de multa baseada no valor total do contrato, em caso de descumprimento parcial da avença, itens 12.3.1 e 12.4 do edital;
  - h) insuficiência de informações relacionadas a prestação de serviços, item 2.2 do Anexo I do edital, o que impediria a correta formulação da proposta;
  - i) irregularidade dos itens 4.1.2 e 5.5.1 do Anexo I do edital, em vista da aglutinação dos serviços de *datacenter* com licenciamento de uso do software;
  - j) irregularidade do Anexo IV do edital, modelo de proposta, por omitir a “precificação dos serviços iniciais de implantação, customizações, implementações, testes, treinamentos, etc.”;
  - k) omissão dos critérios obrigatórios de atualização financeira para os atrasos nos pagamentos em afronta ao art. 40, XIV, “c”, da Lei 8.666/1993;
  - l) carência de garantias à Administração para os casos de rescisão contratual, dada a complexidade do objeto, em inobservância ao disposto no art. 55, IX, da Lei de Licitações.
3. Ao final, requereu o Denunciante que fosse deferida a suspensão liminar do Pregão Presencial n. 050/2019 (f. 07).
4. Em conjunto com a Denúncia (f. 01/07), foram juntados os documentos de f. 08/44.
5. Na sequência, o Conselheiro-Presidente recebeu a Denúncia (f. 47), sendo os autos distribuídos à relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão (f. 48).
6. Em despacho de f. 50/51, o Conselheiro-Relator determinou a intimação do Prefeito de Conceição do Mato Dentro e Subscritor do Edital, Sr. José Fernando Aparecido de Oliveira, para que enviasse cópia dos documentos atualizados relativos às fases interna e externa do certame, inclusive ata de recebimento e abertura das propostas, informasse o estágio em que se encontrava o procedimento licitatório e, ainda, apresentasse as justificativas e documentos que entendesse cabíveis acerca das alegações do Denunciante.
7. Regularmente intimado, o responsável acostou aos autos a manifestação de f. 55/58, acompanhada da documentação de f. 59/201.
8. Na sequência, o Conselheiro-Relator (f. 204) determinou o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação - CFEL para que se manifestasse sobre os fatos noticiados, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, especialmente acerca do pedido de suspensão do certame, tendo em vista a designação de nova data (14/10/2019) para abertura das propostas. Determinou, ainda, que após apreciação da Unidade Técnica, os autos retornassem conclusos para apreciação da medida cautelar.
9. O Órgão Técnico, em exame de f. 205/214, emitiu relatório com a seguinte conclusão:

**“4 - CONCLUSÃO**

Após análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

---

### - 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 a 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 na precificação dos serviços.

### 5 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- a intimação do responsável para, no prazo de até 05 (cinco) dias, comprovar a suspensão da licitação, sob pena de sanção nos termos do art. 85, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 (§2º do art. 264 do Regimento Interno do TCEMG)

Considerando não ter ocorrido a sessão de abertura do processo licitatório em análise, agendada para 14 de outubro de 2019, esta Unidade Técnica sugere pela suspensão do Procedimento Licitatório nº 1514/2019, referente ao Pregão presencial nº 050/2019, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Conceição do Mato Dentro, uma vez presentes os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

O perigo de dano consiste na possibilidade de prosseguimento da licitação, sem que haja as devidas correções no instrumento convocatório, de modo que afaste eventuais empresas interessadas, obstaculizando a busca pela melhor oferta pela Administração Pública.

A probabilidade do direito, outro requisito necessário para suspensão do procedimento licitatório, está caracterizada nos autos em razão das irregularidades aqui apontadas e analisadas.

Assim, prosseguindo o procedimento licitatório com as referidas ilegalidades, existe o potencial de resultar na inabilitação indevida de licitantes, restringindo o caráter competitivo do certame.

Nessa hipótese há o risco, inclusive, de lesão ao erário, uma vez que, ante as ilegalidades elencadas, não será observada a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, pois, não necessariamente a Prefeitura Municipal de Conceição do Mato Dentro contrataria o serviço pelo melhor preço, visto que as cláusulas ora analisadas restringem a participação de licitantes capazes de cumprir com os serviços licitados.

Registre-se que, considerando a complexidade da matéria e a exiguidade do prazo para análise determinado pelo Relator, bem como a previsão de abertura das propostas para o dia 14/10/2019, esta Unidade Técnica analisou os pontos da denúncia passíveis de suspensão do certame, de modo que, após decisão a ser prolatada pelo Conselheiro Relator, podem os autos retornar para análise dos demais apontamentos da denúncia.”



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

10. Na sequência, retornaram os autos conclusos ao Conselheiro-Relator, que, em juízo perfunctório, não vislumbrou irregularidades capazes de justificar a suspensão do certame, tampouco razão suficiente, fundada em probabilidade do direito e em perigo da demora, para suspendê-lo, de tal modo que indeferiu a liminar requerida pelo Denunciante. No mesmo despacho, determinou que fossem cientificados do teor da decisão os Srs. Sandro Pinheiro de Albuquerque, Denunciante, e José Fernando Aparecido de Oliveira, atual Prefeito do Município de Conceição do Mato Dentro (f. 215/218).
11. Em manifestação preliminar de Peça n. 08, este Ministério Público de Contas entendeu não ser necessário apresentar apontamentos complementares ao relatório do Órgão Técnico e concluiu pela citação do Sr. José Fernando Aparecido de Oliveira, Prefeito do Município de Conceição do Mato Dentro, e da Sra. Isabete Pires Figueiredo, Secretária Municipal de Fazenda e Subscritora do Termo de Referência, a fim de que apresentassem defesa sobre os apontamentos da Denúncia e do relatório da Unidade Técnica.
12. Regularmente citados, os referidos agentes apresentaram a defesa e documentos de f. 235/246.
13. Na sequência, os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação - CFEL, que, em exame de Peça n. 10, expôs a seguinte conclusão:

**“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



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

- 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:
  - 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.”

14. Diante da manifestação da Unidade Técnica, na qual houve o apontamento de novas irregularidades no edital do Pregão Presencial n. 050/2019, o Conselheiro-Relator, com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa, determinou nova citação do Sr. José Fernando Aparecido de Oliveira, Prefeito de Conceição do Mato Dentro, e das Sras. Isabete Pires Figueiredo, Secretária Municipal de Fazenda, e Thatiany Costa Vieira Silva, Pregoeira (Peça n. 11).
15. Citados, os responsáveis acostaram aos autos a manifestação de Peça n. 22 do SGAP.
16. Em seguida, à Peça n. 25, a CFEL encaminhou os autos à 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal, visto que foi firmado o contrato decorrente do aludido pregão. A 3ª CFM emitiu relatório de Peça n. 44, com a seguinte conclusão:

**“3. CONCLUSÃO**

Em face do exposto, esta Unidade Técnica se manifesta da seguinte maneira:

**Pela Procedência dos seguintes Apontamentos:**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

2.1. Omissão do regime de execução e ausência do cronograma físico-financeiro;

2.2. Proibição de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial;

2.5. Ausência de informações e omissão da precificação dos serviços.

**Pela Procedência dos Apontamentos, com AUSÊNCIA de sanção:**

2.3. Omissão quanto à regulamentação e o prazo para os serviços iniciais de implantação.

2.4. Republicação do novo edital com mesma numeração do edital anterior referente à licitação deserta.

2.6. Exigência de certidão negativa de débito para comprovação de regularidade fiscal.”

17. Na sequência, vieram os autos a este Ministério Público de Contas para manifestação conclusiva.

18. É o relatório.

**FUNDAMENTAÇÃO**

**I) Da vedação à participação de empresas em recuperação judicial**

19. O Denunciante aponta como irregular o disposto no Item 4.2 do Pregão Presencial n. 050/2019, que veda a participação de empresas sob processo de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial.

20. Referida regra editalícia assim dispõe (f. 10):

**“IV - CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO**

(...)

4.2. Não poderá participar da presente licitação a pessoa jurídica que:

4.2.1. Esteja sob processo de falência, recuperação judicial, recuperação extrajudicial, insolvência civil, concurso de credores, dissolução, liquidação e não sejam controladas, coligadas ou subsidiárias entre si;

(...)”

21. Em manifestação inicial à Peça n. 06, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, com amparo na jurisprudência, concluiu pela procedência do apontamento.

22. Os Defendentes alegaram que tal vedação editalícia ocorreu em virtude da exigência contida no art. 31, II, da Lei n. 8.666/1993, eis que a licitante deveria apresentar a certidão negativa de falência e concordada. No entanto, aduziu que, na hipótese de estar sob recuperação judicial, a empresa poderia apresentar sua qualificação econômico-financeira que demonstrasse a possibilidade de



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

cumprimento do contrato. Argumentou, ainda, que não houve dano ao erário tampouco inabilitação de nenhuma licitante (Peça n. 22).

23. Ao reexaminar as alegações da defesa, a Unidade Técnica entendeu que a vedação contida no edital impediu que o pregoeiro ou a comissão de licitação realizassem diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira das licitantes em tal situação, de modo que manteve seu entendimento pela procedência do apontamento (Peça n. 44).

24. O art. 31, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 prevê:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

( ... )

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

25. Entretanto, tal dispositivo deve ser adaptado ao atual regime da Lei de Falências da Lei 11.101/2005, que extinguiu o instituto da concordata e instituiu o regime de recuperação judicial, de forma que a remissão à concordata do referido artigo deve ser entendida como recuperação judicial.
26. Sobre o tema, parte da doutrina entende que deve ser aplicada a mesma vedação da concordata à recuperação judicial, uma vez que haveria presunção de insolvência do empresário em recuperação.
27. Entretanto, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais tem o entendimento de que a empresa em recuperação judicial não pode ser liminarmente proibida de participar do certame, devendo a comissão de licitação, em cada caso, realizar diligências para avaliar a sua real situação econômica. Confira-se:

“A apresentação de certidão positiva de falência ou de recuperação judicial não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da licitante.” (Denúncia n. 986583, 25/05/2017)

28. O tema já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados abaixo colacionados:

DIREITO EMPRESARIAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO E MONTAGEM DE INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM A PETROBRAS. PAGAMENTO DO SERVIÇO PRESTADO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DA EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTS. 52 E 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

2. Segundo entendimento exarado pela Corte Especial, em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

3. Dessarte, o STJ, para o momento de deferimento da recuperação, dispensou a comprovação de regularidade tributária em virtude da ausência de legislação específica a reger o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. Nessa linha de inteligência, por óbvio, parece ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público.

4. Na hipótese, é de se ressaltar que os serviços contratados já foram efetivamente prestados pela ora recorrida e, portanto, a hipótese não trata de dispensa de licitação para contratar com o Poder Público ou para dar continuidade ao contrato existente, mas sim de pedido de recebimento dos valores pelos serviços efetiva e reconhecidamente prestados, não havendo falar em negativa de vigência aos artigos 52 e 57 da Lei n. 11.101/2005.

5. Malgrado o descumprimento da cláusula de regularidade fiscal possa até ensejar, eventualmente e se for o caso, a rescisão do contrato, não poderá haver a retenção de pagamento dos valores devidos em razão de serviços já prestados. Isso porque nem o art. 87 da Lei n. 8.666/1993 nem o item 7.3. do Decreto n. 2.745/1998, preveem a retenção do pagamento pelo serviços prestados como sanção pelo alegado defeito comportamental. Precedentes.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1173735/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 09/05/2014). (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

**4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.**

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

**7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.**

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

(STJ - AREsp: 309867 ES 2013/0064947-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 26/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2018). (grifo nosso)

29. O Tribunal de Contas da União também condena a restrição em comento, conforme Acórdão n. 8.721/2011 - 2ª Câmara:

ACÓRDÃO Nº 8271/2011 - TCU - 2ª Câmara

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/93; artigo 43, da Lei 8.443/92; c/c os artigos 1º, inciso XXIV; 17, inciso IV; 143, inciso III; 234, § 2º, 2ª parte; 235 e 237, todos do Regimento Interno, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente, bem como determinar o seu arquivamento, após o envio de cópia da presente deliberação, acompanhada de reprodução da peça 3 dos autos (instrução de mérito) à representante e à unidade jurisdicionada, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC-020.996/2011-0 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Interessado: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado Ltda (27.143.007/0001-19)

1.2. Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - MT

1.3. Relator: Ministro Aroldo Cedraz

1.4. Advogado constituído nos autos: não há.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

**1.5. Determinações/Recomendações:**

1.5.1. dar ciência à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que, em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93. (grifo nosso)

30. Nestes termos, a não apresentação da certidão negativa de recuperação judicial não pode resultar na inabilitação imediata da licitante, mas deve ser sucedida de avaliação dos demais requisitos de habilitação econômico-financeira, que, no caso de empresas naquela situação, deve abarcar a verificação de que o Plano de Recuperação se encontra vigente e atende às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.
31. Pelas razões expostas, este Ministério Público de Contas conclui ser irregular a vedação de participação de empresas em recuperação judicial, conforme estabelecido no Item 4.2, Subitem 4.2.1, do Pregão Presencial n. 050/2019.
32. Assim, é cabível a aplicação de multa ao Prefeito Municipal de Conceição de Mato Dentro e à Pregoeira, Subscritora do Edital, nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas (LC n. 102/2008).

**II) Da exigência de certidão negativa de débito para comprovação de regularidade fiscal**

33. De acordo com o Denunciante, os Itens 7.2.1.3, 7.2.1.4 e 7.2.1.5 do Pregão Presencial n. 050/2019 seriam irregulares por exigirem que a comprovação de regularidade fiscal fosse realizada apenas através de certidão negativa, sendo que deveria também permitir a positiva com efeitos de negativa (f. 04).
34. No exame técnico inicial, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitações concluiu que a exigência de certidão negativa como prova de regularidade fiscal, tal como previsto nos Itens 7.2.1.3, 7.2.1.4 e 7.2.1.5 do Pregão Presencial n. 050/2019, é irregular.
35. Por outro lado, os Defendentes alegaram, em suma, que inexistente irregularidade nas referidas regras editalícias, tendo em vista que a exigência em comento encontra respaldo no disposto nos arts. 27 a 30 da Lei n. 8.666/1993.
36. Em suas razões defensivas, aduziram (Peça n. 22):

“Por seu turno, a legislação traz que a certidão deve ser negativa, assim, o que se observa é o efeito da mesma, PORTANTO, SENDO POSITIVA COM EFEITO, ELA SE TORNA NEGATIVA PELA SUA PRÓPRIA NATUREZA, EIS QUE O FISCO RATIFICA QUE PARA EFEITOS FISCAIS, APESAR DE HAVER PENDÊNCIAS, A SUA VALIDADE É COMO NEGATIVA.

Portanto, tornaria redundante trazer no corpo do edital que o licitante



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

apresentasse as certidões negativas ou positivas com efeito de negativa, pois ela já é negativa, visto que o fisco determinou que seu efeito é de uma certidão negativa.” (grifo do autor)

**37. O Conselheiro-Relator, ao examinar a medida cautelar, destacou (Peça n. 07):**

“Segundo o Ministério da Fazenda<sup>1</sup>, a Certidão de Regularidade Fiscal pode ser: Certidão Negativa de Débitos (CND), Certidão Positiva Com Efeitos de Negativa (CPEN) ou Certidão Positiva (CP).

Tendo em vista que referidas cláusulas do edital utilizam o termo “em plena validade”, entendo, diferentemente da Unidade Técnica, que as exigências não estão se restringindo às certidões exclusivamente negativas, o que seria um contrassenso e absurdo, podendo ser apresentadas, como válidas, as certidões positivas com efeitos de negativas.”

**38. Em reexame de Peça n. 44, entendeu a 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal:**

“Em sede de reexame, esta Unidade Técnica entende que o apontamento é procedente, visto que o edital deve ser redigido de forma clara para que não ocorram erros de interpretação ou entendimento. No entanto, não foi constatado efetivo prejuízo ao certame, fato que, no entendimento desta Unidade Técnica, é suficiente para não ocorrência de sanção.

Por fim, sugere-se recomendação ao Jurisdicionado para que, em certames futuros, o edital contenha redação com aceitação de certidão positiva com efeito de negativa como prova de regularidade para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal.”

**39. O Item 7.2.1 do Edital de Pregão Presencial n. 050/2019 prevê (f. 13):**

**“7.2.1 - REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA**

[...]

7.2.1.3 - prova de regularidade, em plena validade, para com a Fazenda Federal (consistindo em certidão negativa de tributos e contribuições federais e Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União, expedida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional);

7.2.1.4 - prova de regularidade, em plena validade, para com a Fazenda Estadual (Certidão Negativa quanto a Dívida Ativa do Estado);

7.2.1.5 - prova de regularidade, em plena validade, para com a Fazenda Municipal (Certidão Negativa de Débitos Municipais) do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da Lei;”

**40. O inciso III do art. 29 da Lei n. 8.666/1993 assim dispõe:**

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

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/carta-de-servicos/lista-de-servicos/procuradoria-geral-da-fazenda-nacional-pgfn/certidao-de-regularidade-fiscal>. Acessado em: 11/10/19.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

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. (grifo nosso)

41. Como se vê, a habilitação no processo licitatório requer a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista. Da interpretação do inciso III do artigo 29 da Lei 8.666/1993, observa-se que é necessária a comprovação de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal nos processos licitatórios.

42. Nesse sentido dispõem os art. 205 e 206 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.” (grifo nosso)

43. Desta forma, à luz do art. 206 do CTN, diante do Fisco, “a certidão positiva com efeito de negativa” tem o mesmo efeito que a “certidão negativa”, de modo que não há irregularidade na previsão contida nos Itens 7.2.1.3, 7.2.1.4 e 7.2.1.5 do Pregão Presencial n. 050/2019.

**III) Da suposta omissão quanto à regulamentação e o prazo para os serviços iniciais de implantação**

44. O Denunciante alegou que o ato convocatório não regulamentou o prazo para implantação dos serviços licitados, apenas estabeleceu o prazo para o início da sua execução, conforme Item 11.5 do Pregão Presencial n. 050/2019. Segundo o Denunciante, por tratar-se de serviços que envolvem custos, principalmente de pessoal, seria essencial uma melhor especificação da fase de implantação (f. 04).

45. A Unidade Técnica, em exame preliminar, concluiu pela procedência da alegação por verificar a ausência de “uma maior delimitação dos prazos de cada etapa para a execução do objeto” (Peça n. 06).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

46. Sobre o tema, argumentou a defesa (Peça n. 22):

*“A priori, convém ressaltar que o software para apuração do ISS inerente aos serviços prestados por bancos e cartórios é um sistema já existente no mercado, conhecido comumente como software de balcão, cujo módulo é instalado no município para levantamento de informações.*

*Assim, ao adquirir tal ferramenta, o mesmo é apenas instalado no servidor do contratante para que o fiscal possa auditar de forma mais célere os dados dos sujeitos passivos.*

*Ressalta-se que o sistema **NÃO É DESENVOLVIDO** de acordo com o município contratante, mas sim apenas um módulo de gestão fiscal com suas aplicações, que em suma, similar à aquisição de um pacote de programas como os comercializados pela Microsoft.*

*Ou seja, é um sistema simples, cujo serviço inicial se baseia em levantar o cadastro do sujeito passivo e abrir a condição de comunicação do balancete dos bancos com a base de dados das contas de serviços.*

*(...)*

*Ou seja, tomando por base a cláusula terceira da minuta do contrato, o licitante vencedor terá o prazo de 15 (quinze) dias após emissão da NAF para instalar o software, este com as especificações mínimas trazidas no Termo de Referência, Anexo I do Edital.”*

47. Ao examinar as alegações da defesa, a Unidade Técnica, apesar de reconhecer que, *“de fato, o processo de implementação do software se trata de um procedimento simples, sem maiores dificuldades àquele que executará o contrato”*, entendeu pela procedência do apontamento. No entanto, concluiu que não há necessidade de aplicar nenhuma sanção ao Município, mas apenas recomendar que, em certames futuros, os editais sejam redigidos de forma clara e objetiva, a fim de evitar erros de interpretação ou entendimento (Peça n. 44).

48. O Item 11.5 do Edital de Pregão Presencial n. 050/2019 estabelece (f. 18):

**“XI - DOS PRAZOS, DAS CONDIÇÕES E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DO OBJETO DA LICITAÇÃO**

**[...]**

**11.5 - Os serviços deverão ser iniciados, mediante ordem de serviço, emitida pelo departamento de compras do município, no prazo máximo de 15 (quinze) dias.” (grifo nosso)**

49. Da leitura da regra editalícia acima transcrita, verifica-se que a Administração Pública Municipal fixou um prazo de 15 (quinze) dias para início da implementação do software, contado da emissão da “Autorização do Serviço”. De fato, não há especificação de prazo para implantação, apenas para início da execução.

50. Não obstante, considerando que não há nos autos indícios de que a questão tenha interferido na formulação de propostas pelos licitantes ou causado prejuízo à competitividade do certame, este Ministério Público de Contas entende que, *in casu*, basta ser expedida uma recomendação ao Poder Executivo de Conceição de



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

Mato Dentro, para que estabeleça, com clareza, os prazos para implementação/execução dos serviços nos futuros certames deflagrados pelo Município.

**IV) Da suposta ausência de informações referentes à execução dos serviços**

51. O Denunciante aduz que há irregularidade nas alíneas do Subitem 2.2 do Anexo I do Edital, em razão da ausência de informações relacionadas à execução dos serviços, o que impediria a correta formulação da proposta.

52. Nas exatas palavras do Denunciante (f. 05):

“12.1 - Pontualmente a alínea “a” fala em suporte técnico através de prestadores que devem ficar à disposição semanalmente, porém não há nada especificando exatamente a periodicidade (quantas vezes por semana?) ou o formato (se in loco ou remotamente).

12.2 - Já a alínea “b” fala em atendimentos e visitas sempre que solicitados, contudo não existe qualquer parâmetro para os pedidos.

12.3 - Essa redação genérica permite abusos por parte da Administração, devendo haver uma estimativa de quantidade para as visitas.

12.4 - E a alínea “c” é ainda pior, causando insegurança jurídica, principalmente em relação a parte dos trabalhadores especiais e consultorias (em que consistem?)

12.5 - Completa as omissões a ausência de informações sobre os treinamentos, como local das capacitações, se a empresa deverá fornecer os materiais didáticos, carga horária mínima, número de turmas, etc, tudo isso obrigatório para que a licitante possa elaborar sua proposta ou para que a Municipalidade garanta um serviço que não seja deficitário.”

53. A regra editalícia em comento prevê as seguintes diretrizes (f. 106/107):

**“2. DAS DIRETRIZES**

2.1. A contratação recairá sobre empresa jurídica, dado ao volume de serviços que deverá ser atendido.

2.2. A empresa contratada obriga-se a prestar serviços de suporte técnico na execução e acompanhamento dos serviços do Município, com o padrão de qualidade, permanecendo o acompanhamento por parte da empresa contratada para dar orientação técnica, por meio de:

a) Prestadores de serviços da empresa contratada à disposição do Município e seus entes semanalmente;

b) Atendimentos e visitas emergências, sempre que for solicitado;

c) Atendimentos de servidores do Município e seus entes na sede da empresa contratada, para orientações técnicas específicas, produção de trabalhos especiais, orientações, treinamentos e consultorias;



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

d) Respostas de consultas por telefone diretas e por meio dos sistemas de comunicação disponíveis como: e-mail, telefone e “on line”.”

54. O órgão Técnico concluiu pela procedência do apontamento nos seguintes termos (Peça n. 06):

“No caso dos presentes autos, poderia haver uma estimativa de quantidade e, conseqüentemente, de preço dos serviços abordados nas alíneas “a” e “b” do item 2.2 do Anexo I do edital. Em que pese a especificação de cada item no Anexo I, fls. 21/25, não consta do mesmo a quantidade e o valor unitário de cada um, e nem mesmo se vislumbra qualquer documento nesse sentido em sua fase interna.

Assim, esta Unidade Técnica entende que há irregularidade na ausência de orçamento estimado em planilha na fase interna do Processo Licitatório nº 151/2019, referente ao Pregão Presencial nº 050/2019.”

55. Na oportunidade de exame da medida cautelar, o Conselheiro-Relator proferiu o seguinte entendimento (Peça n. 07):

“Por fim, no que se refere à ausência de informações e omissão da precificação de determinados serviços, conforme item 2 do Termo de Referência (fls. 27/28), consubstanciados em suporte técnico na execução e acompanhamento dos serviços; atendimentos e visitas emergenciais; recepção de servidores do município e de seus entes na sede da empresa contratada, para orientações técnicas específicas, produção de trabalhos especiais, orientações, treinamentos e consultorias; respostas de consultas por telefone diretas e por meio dos sistemas de comunicação disponíveis, entendo que integram o objeto do certame e devem ser levados em conta pelos potenciais licitantes quando da elaboração de suas propostas comerciais.

No meu entender, em um juízo preliminar, a Administração estabeleceu o objeto de forma precisa e satisfatória, com todas as características indispensáveis.”

56. A defesa alegou que o procedimento licitatório em voga foi precedido de ampla pesquisa de preços, tendo em vista que o software é comum no mercado. Aduziu que o Termo de Referência trouxe todo o detalhamento da contratação (Peça n. 22).
57. Em reexame de Peça n. 44, a Unidade Técnica manteve o apontamento.
58. Nota-se que as questões trazidas à baila pelo Denunciante referem-se ao *modus* da execução dos serviços contratados por meio do Pregão Presencial n. 050/2019.
59. Se, por um lado, a defesa alega que o Termo de Referência do Pregão Presencial n. 050/2019 apresenta todo o detalhamento da contratação, por outro lado, as indagações trazidas pelo Denunciante não encontram respostas no Termo de Referência.
60. Esclareça-se que o Termo de Referência tem por finalidade apresentar a definição do objeto da contratação, assim como os elementos necessários à sua perfeita



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

execução, conforme os dispositivos do Decreto Federal n. 3.555, de 08/08/2000:<sup>2</sup>

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

**II - 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;**

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;

b) justificar a necessidade da aquisição;

c) estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para o fornecimento; e

d) designar, dentre os servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação, o pregoeiro responsável pelos trabalhos do pregão e a sua equipe de apoio;

(...)

Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte:

I - justificativa da contratação;

**II - termo de referência, contendo descrição detalhada do objeto, orçamento estimativo de custos e cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso;**

III - planilhas de custo;

(...)"

61. Sendo assim, consoante a análise empreendida pela Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, este Ministério Público de Contas conclui pela procedência do apontamento.
62. Logo, é cabível a aplicação de multa ao Prefeito Municipal de Conceição de Mato Dentro e à Pregoeira, Subscritora do Edital, nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas (LC n. 102/2008).

<sup>2</sup> Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

**V) Da republicação do novo edital com mesma numeração do edital anterior referente à licitação deserta**

63. Em exame inicial de Peça n. 06, a Unidade Técnica verificou que houve a republicação do edital com o mesmo número, mas com data do certame alterada (f. 152/187). De acordo com o Órgão Técnico, a Ata constante à f. 151 demonstra que o certame anterior ocorreu no dia 26 de setembro de 2019, sendo considerado deserto, e o novo estaria previsto para ocorrer no dia 14 de outubro de 2019.
64. No entendimento da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, diante do certame declarado deserto, caberia à Administração Pública ter reeditado o edital conferindo-lhe nova numeração, após avaliar os motivos que levaram ao fracasso da licitação anterior.
65. A defesa alegou que inicialmente foi designada a abertura de propostas e habilitação para o objeto do processo com exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte, em virtude de o valor global da contratação estar abaixo do limite pontuado no art. 48, I, da Lei Complementar n. 123/2006.
66. Aduziram que a licitação restou deserta e foi determinada nova data para abertura, mantidos o objeto, condições e especificações do software. Por esta razão, alegaram que a única alteração existente foi com relação à data de abertura das propostas. Assim, em virtude de o edital não ter sido alterado, a sua numeração foi mantida (Peça n. 22).
67. Sustentaram os Defendentes (Peça n. 22):
- “Portanto, entendemos que uma licitação deserta, no caso de ser dada continuidade poderia manter o número original do edital e por óbvio do processo, no entanto, caso o entendimento seja distinto por este Nobre Conselheiro, o que remete apenas ao princípio da eventualidade, que não seja imposta multa, mas sim determinação que em casos futuros haja a alteração do número do edital em função que não houve prejuízo para nenhuma das partes.”
68. Em reexame de Peça n. 44, a Unidade Técnica concluiu pela recomendação ao Jurisdicionado para que, em futuros casos semelhantes de licitações desertas, republique o edital com numeração diferente da antiga.
69. Acerca da questão, impende destacar que o processo administrativo licitatório, ao ser instaurado, recebe uma numeração de identificação, consoante determina o art. 38, *caput*, da Lei n. 8.666/93, *verbis*:

**“Seção IV**

**Do Procedimento e Julgamento**

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

---

(...)” (grifo nosso)

70. Por uma questão lógica, o procedimento licitatório fracassado ou deserto não se confunde com o novo procedimento deflagrado em seu lugar pela Administração Pública. Sob esse raciocínio, ainda que seja possível aproveitar a fase interna da licitação, o novo procedimento a ser deflagrado pelo Poder Público deverá conter nova numeração, diferente do procedimento finalizado em virtude de deserção.
71. Assim, este Ministério Público de Contas entende que deve ser expedida recomendação ao Poder Executivo de Conceição do Mato Dentro, para que não incorra na mesma irregularidade nos próximos procedimentos licitatórios deflagrados pelo Município.

**VI) Da suposta extrapolação dos limites de competência do Pregoeiro**

72. O Denunciante aduz ser irregular o item 3.4 do edital de Pregão Presencial n. 050/2019, por entender que a responsabilidade do pregoeiro por decidir impugnações ultrapassa os limites de sua competência, conforme prevê o inciso IV do art. 3º da Lei n. 10.520/2002.
73. A citada regra editalícia prevê (f. 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.
74. A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação concluiu pela improcedência do apontamento, tendo em vista que, dentre as atribuições do pregoeiro, inclui-se a decisão das impugnações ao edital (Peça n. 10).
75. A defesa não se manifestou sobre o apontamento.
76. O art. 3º da Lei n. 10.520/2002 dispõe:

“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.”
77. O Decreto Federal n. 3.555/2000, que regulamentou o pregão presencial, prevê:

“Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

§1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

§2º Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.” (grifo nosso)

78. Na mesma linha, confirmam-se os dispositivos do Decreto Federal n. 10.024, de 20/09/2019<sup>3</sup>, *verbis*:

“Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - conduzir a sessão pública;

II - receber, examinar e decidir as impugnações e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos;

III - verificar a conformidade da proposta em relação aos requisitos estabelecidos no edital;”

79. Colaciona-se também excerto da decisão plenária proferida pelo Tribunal de Contas da União no âmbito do Acórdão n. 1.165/2010, no qual destaca a obrigação legal do pregoeiro de responder às impugnações:

“Acórdão 1165/2010 - Plenário

... a) ofensa aos princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da ampla defesa e do contraditório, às disposições dos arts. 3º e 4º e seu parágrafo único da Lei 8.666/1993 e às disposições dos arts. 5º e 7º e ao § 1º do art. 18 do Decreto 5.450/2005, tendo em conta que a empresa Walmetra Projetos e Construção Ltda. entregou pessoalmente a ele, em 25/11/2008, uma impugnação tempestiva ao edital do Pregão Eletrônico 41/2008/COGRL/MF e nenhuma resposta obteve dele, relativamente à impugnação entregue naquela data, apesar da obrigação legal de o pregoeiro responder às impugnações no prazo de vinte e quatro horas (grifo nosso);

80. À luz das razões expostas, este Ministério Público de Contas conclui pela regularidade do Item 3.4 do Pregão Presencial n. 050/2019.

**VII) Da autorização de autenticações apenas através de cartório e de servidores da Administração**

81. De acordo com o Denunciante, os itens 7.3.2 e 7.3.3 do edital de Pregão Presencial n. 050/2019 violam o art. 32 da Lei n. 8.666/93, *“por retirarem das licitantes o direito de escolher a forma que desejam autenticar seus documentos”*. Aduz que o edital *“autoriza autenticações apenas através de cartório e de servidores da Administração.”*

<sup>3</sup> Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

82. Confirmam-se os Itens 7.3.2 e 7.3.3 do Edital de Pregão Presencial n. 050/2019 (f. 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;” (grifo nosso)

83. A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação concluiu pela improcedência do apontamento (Peça n. 10), e a defesa não se manifestou sobre a questão.

84. O art. 32 da Lei de Licitações prevê:

“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.”

85. Da intelecção dos dispositivos legais e editalícios acima citados, verifica-se que o Item 7.3.3 estabelece que as autenticações poderão ser realizadas pelo Pregoeiro **“nos termos do artigo 32 da Lei n. 8.666/1993”**. Logo, improcedente a alegação do Denunciante.

**VIII) Da previsão de multa baseada no valor total do contrato**

86. Segundo o Denunciante, os Itens 12.3.1 e 12.4 do edital de Pregão Presencial n. 050/2019 incorrem em abusividade, por estabelecerem multa baseada no valor total do contrato, ainda que as infrações caracterizem descumprimento parcial da avença.

87. Os Itens 12.3.1 e 12.4 do edital de Pregão Presencial n. 050/2019 estabelecem (f. 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);

[...]

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



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

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

88. A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação entendeu que, apesar do percentual da multa incidir 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. Por essas razões, concluiu pela improcedência do apontamento (Peça n. 10).
89. A defesa não se manifestou sobre o apontamento.
90. Acerca das sanções administrativas no âmbito dos contratos firmados pela Administração Pública, a Lei n. 8.666/1993 estabelece o seguinte:
- “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
- (...)
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- (...)
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- (...)
- 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.
- 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.” (grifo nosso)
91. A função da penalidade, especificamente da multa, é resguardar o interesse público dos prejuízos advindos de um possível descumprimento contratual. Todavia, a doutrina e a jurisprudência orientam que a aplicação da sanção administrativa deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como do contraditório e da ampla defesa.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

92. Nesse sentido é o escólio de Marçal Justen Filho:<sup>4</sup>

“Ainda que se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. [...] Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade.”

93. Na mesma linha leciona Rômulo Gabriel M. Lunelli:<sup>5</sup>

“Conforme exposto no tópico anterior, o critério da proporcionalidade pode e deve ser balizador de toda e qualquer decisão administrativa. Portanto, a aplicação de multa, típica decisão administrativa que é, não pode escapar à análise de proporcionalidade.

(...)

Assim, resta consignar que a administração pública, balizada em estudos técnicos, deve definir critérios objetivos, fazendo constar em cada certame e cada contrato, as gradações de multa a serem aplicadas às empresas que contratarem com o respectivo ente.

(...)

Ao agir em atendimento ao postulado da proporcionalidade, o ente estará, ao nosso ver, optando pela melhor conduta a satisfazer o interesse público, dando aplicabilidade a um dos princípios mais importantes do nosso ordenamento jurídico, sobretudo quando se trata de decisões da administração pública.”

94. No tocante ao percentual da multa, em artigo intitulado “*Como definir cláusulas relativas às multas moratória e compensatória?*”, a equipe técnica da Zênite publicou o seguinte entendimento:<sup>6</sup>

“Com relação aos valores das multas, cumpre à Administração definir percentuais em atenção ao princípio da razoabilidade e de acordo com a prática corrente de mercado. Nesse tocante, o Código Civil veda a fixação de multa em valor superior ao da obrigação principal.

**Em termos práticos, a experiência tem conduzido à fixação de percentuais entre 5% e 30% para a multa compensatória, a depender da conduta a ser sancionada. Para a multa moratória, os percentuais mais adotados têm ficado entre 0,02% e 0,5%.** Quanto à base de cálculo, julga-se proporcional e razoável a definição do valor total do contrato para a multa compensatória, e o valor da parcela não cumprida em atraso para a multa moratória.” (grifo nosso)

<sup>4</sup> Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1.342-1.343.

<sup>5</sup> LUNELLI, Rômulo Gabriel M.. *A possibilidade de aplicação de critérios de proporcionalidade na aplicação de multas nos contratos administrativos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3502, 1 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23618>. Acesso em: 20 jun. 2022.

<sup>6</sup> Disponível no endereço eletrônico: <https://zenite.blog.br/como-definir-clausulas-relativas-as-multas-moratoria-e-compensatoria/>. Acesso em: 20 jun. 2022.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

95. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão n. 715/2021-Plenário, proferiu entendimento no sentido de que não há ilicitude na fixação de multa no valor de 20% sobre a parcela inadimplida do contrato, confira-se:<sup>7</sup>

“REPRESENTAÇÃO. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO SUL. PREGÃO ELETRÔNICO 4/2021. NÃO EXIGÊNCIA, EM EDITAL, DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA. ESTIPULAÇÃO DE MULTA POR INADIMPLEMENTO EM PATAMAR SUPERIOR A DEZ POR CENTO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. CIÊNCIA PREVENTIVA. ARQUIVAMENTO.

A estipulação de multa por inadimplência em patamar superior a 10% sobre a parcela inadimplida não é desarrazoada e encontra guarida no art. 412 do Código Civil, aplicado supletivamente aos contratos administrativos por força do art. 54, caput, da Lei 8.666/1993.

É lícita a fixação de multa no valor de 20% sobre a parcela inadimplida do contrato. O limite de 10% para a cláusula penal previsto no art. 9º do Decreto 22.626/1933 (Lei da Usura) não é aplicável aos contratos administrativos, e sim o estabelecido no art. 412 do Código Civil - aplicado supletivamente às contratações públicas por força do art. 54, *caput*, da Lei 8.666/1993 -, segundo o qual o limite para a estipulação da penalidade é o valor da obrigação principal.” (grifo nosso)

96. À luz dos ensinamentos acima colacionados, verifica-se que o ideal é que a multa incida sobre a parcela inadimplida do contrato.
97. Por outro lado, no âmbito do Pregão Presencial n. 050/2019, o Poder Executivo de Conceição do Mato Dentro estabeleceu que o percentual da multa deve incidir sobre o valor global do contrato. Apesar disso, foi estipulado um percentual razoável: 1% de multa no caso de atraso de até 05 dias e 5% para a inexecução parcial.
98. Sendo assim, este Ministério Público de Contas entende que deve ser expedida recomendação ao Poder Executivo de Conceição do Mato Dentro para que a fixação de multa em contratos administrativos firmados pelo Município seja realizada de acordo com as orientações do Tribunal de Contas da União.

**IX) Da aglutinação dos serviços de *datacenter* com o licenciamento de uso de software**

99. O Denunciante aponta como irregulares os Itens 4.1.2 e 5.5.1 do Anexo I do Pregão Presencial n. 050/2019, por aglutinarem indevidamente os serviços de *datacenter* com o licenciamento de uso de *software*, que poderiam ser prestados por empresas diferentes. Aduz, ainda, que a não permissão de subcontratação agrava a irregularidade.

<sup>7</sup> Acórdão n. 715/2021 - Plenário, sessão de 31/03/2021. Relator Ministro Raimundo Carreiro.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

100. Os Itens 4.1.2 e 5.5.1 do Anexo I do Pregão Presencial n. 050/2019 estabelecem (f. 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.

(...)

5.5.1. Data 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);”

101. A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação concluiu pela improcedência do apontamento nos seguintes termos (Peça n. 10):

“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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

[...]

[...] 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.

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.” (grifo do autor)

102. Com relação à aglutinação dos serviços de *datacenter* e licenciamento de uso de software, este Ministério Público de Contas corrobora o estudo empreendido pela Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação e conclui pela improcedência da Denúncia.

103. Por outro lado, no que tange à subcontratação, confira-se a regra estabelecida no Edital de Pregão Presencial n. 050/2019 (f. 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.” (grifo nosso)

104. Em linhas gerais, a subcontratação consiste na transferência parcial da execução da obra ou serviço licitado a terceiros, que não possuem qualquer relação com o Poder Público, para que o executem em nome da empresa contratada. Nessa hipótese, esta permanece a responder pela integralidade dos serviços ou obras contratadas perante a Administração Pública.

105. Tal instituto é aludido nos arts. 72 e 78, VI, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

“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;”

106. Pela dicção legal, observa-se que a subcontratação apenas é admitida nas hipóteses e limites estabelecidos pelo Poder Público. Assim, em uma análise superficial, pode-se interpretar que este pode, ao seu mero arbítrio, vedar a utilização do instituto.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

107. Esse entendimento, todavia, não se coaduna com os princípios inerentes à atuação dos órgãos e agentes estatais, notadamente o da motivação dos atos administrativos. A vedação à subcontratação apenas pode ser empreendida nos casos em que houver motivo de interesse público envolvido, o qual deve ser explicitado na fase interna do certame. Se a utilização do instituto for irrelevante para Administração, a sua proibição não pode ser reputada válida.

108. Irretocáveis as palavras de Ivan Barbosa Rigolin acerca do tema:

Quase todo contrato que a Administração celebre admite subcontratação. Um contrato de obra pode ser executado total ou parcialmente pelo subcontratado, porque nada na obra exige a execução pela pessoa do contratado, e o mesmo se pode afirmar, com muito mais razão até, do fornecimento, que é a simples compra com entrega parcelada ou fracionada em momentos diversos. A obra ou a compra, sendo entregue como contratadas, isso é o que basta à Administração contratante.

Quanto a serviço, pode ser diferente, entretanto, o enfoque. Pode ser subcontratada a execução de contrato cujo objeto seja serviço cuja execução seja apenas pessoal, mas não personalíssima.

Assim se entende aquele serviço que somente a pessoa física do contratado está habilitado a executar, como é o caso de uma obra artística, ou um projeto particularmente artesanal ou vinculado às qualidades pessoais de um ser humano, cuja dotação faça toda a diferença e condicione insubstituivelmente a escolha; em não sendo assim, também os serviços contratados, sejam comuns, sejam de engenharia, sejam outros que forem, podem ser executados pelo contratado ou subcontratado, sem maior embaraço ao sucesso e à perfeição da empreitada.<sup>8</sup>

109. Reforça a tese aqui esposada o fato de que, inegavelmente, a subcontratação conduz à ampliação da competitividade dos procedimentos licitatórios em que há sua admissão. Isso porque determinadas empresas podem ter condições de executar determinadas etapas da obra ou serviços contratados, mas não dispor de equipamentos e pessoal qualificado para o desempenho de outras. Assim, por significar restrição à ampla competitividade e em atenção ao princípio da motivação dos atos administrativos, a vedação à subcontratação deve ser justificada.

110. Com efeito, cabe à Administração o juízo de conveniência, oportunidade, análise da possibilidade técnica e da viabilidade em se admitir a subcontratação. Todavia, em qualquer caso, deve ser observado o dever de motivação das decisões administrativas, ainda que discricionárias, considerando que, no Acórdão TCU nº 1.453/2009, Plenário, a Corte de Contas manifestou-se no sentido de que “... **o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias**”.

<sup>8</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. Subcontratação. Revista Zênite nº 449/171/MAI/2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

111. No caso em análise, o edital não admite a subcontratação. O Item 15.9 do Edital de Pregão Presencial n. 050/2019 foi taxativo com relação à vedação da transferência parcial da execução do objeto licitado a terceiros.
112. Registre-se que o Tribunal de Contas da União, há longa data, tem entendimento no sentido de que os editais de procedimentos licitatórios e os contratos administrativos devem prever as condições de admissibilidade da subcontratação:

“[...] nos ensinamentos de Jessé Torres Pereira Junior (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Editora Renova, 2002, p. 694.) “(...) poderá subcontratar se for em parte e desde que tal possibilidade houvesse sido prevista no ato convocatório e no contrato, vedada a inclusão, em regulamento, de autorização genérica para subcontratar, uma vez que a subcontratação terá de ser expressamente admitida em cada contrato, inclusive com a fixação de limite condizente com o objeto deste.” Assim, deve-se observar a previsão de subcontratação no instrumento convocatório do certame licitatório e no contrato celebrado com a empresa, nos termos dos arts. 78, IV, combinado com o art. 72, todos da Lei nº 8.666/1993.” (grifo nosso)

(TCU, Acórdão nº 1014/2005, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 20.07.2005.)

113. A previsão editalícia deve definir, se possível, até mesmo as parcelas que podem ser subcontratadas, para maior previsibilidade por parte dos licitantes.
114. Logo, diversamente do que sustenta o Setor Técnico, no entendimento do *Parquet*, se reveste de ilicitude a ausência de justificativa para vedação à subcontratação no Pregão Presencial n. 050/2019, Processo Licitatório n. 151/2019, na fase interna do certame.
115. Portanto, este Ministério Público de Contas entende que, no presente caso, é cabível a aplicação de multa ao Prefeito Municipal de Conceição de Mato Dentro e à Pregoeira, Subscritora do Edital, nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas (LC n. 102/2008).

**X) Da ausência de critérios obrigatórios de atualização financeira**

116. O Denunciante alega que o Edital de Pregão Presencial n. 050/2019 não estabeleceu 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.
117. A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação concluiu pela procedência do apontamento e pela recomendação à Administração Pública Municipal que, nos próximos certames, estabeleça na minuta do contrato, como cláusula necessária, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

obrigações e a do efetivo pagamento, em atenção ao disposto no § 1º do art. 5º, no § 7º do art. 7º e no inciso III do art. 55, todos da Lei n. 8.666/93.

118. A Cláusula Quinta da minuta do contrato do Pregão Presencial n. 050/2019 (Anexo VII) prevê (f. 181/186):

**“CLÁUSULA QUINTA - DOS PAGAMENTOS**

5.1 - Pela prestação dos serviços da presente licitação, a CONTRATANTE efetuará o pagamento à CONTRATADA mediante apresentação de Nota Fiscal, devidamente protocolada, acompanhada do atestado de prestação de serviço emitido pela Secretaria Municipal de Fazenda.

5.2 - 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.

5.3 - Não serão admitidas propostas com condição de pagamento diferente daquela definida no item anterior.

5.4 - O responsável pelo recebimento e conferência dos serviços licitados, deverá encaminhar as Notas Fiscais ao Departamento de Compras para fins de verificação, que as receberá provisoriamente, para posterior comprovação de conformidade com os serviços com sua exata especificação constante do Anexo I do edital, da proposta apresentada, bem como da comprovação da quantidade qualidade dos objetos, mediante recibo.

5.5 - Nenhuma fatura que contrarie as especificações contidas nas propostas será liberada antes de executadas a devida correção e antes que seja apresentada a comprovação do cumprimento das obrigações tributárias e sociais legalmente exigidas.”

119. Sobre a questão, estabelece a Lei n. 8.666/1993:

“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:

(...)

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



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; (grifo nosso)

120. Como se vê, os instrumentos regidos pela Lei n. 8.666/1993 devem observar o disposto no seu art. 55, que dispõe sobre as “cláusulas necessárias” a todo contrato administrativo.

121. Na visão de Marçal Justen Filho:<sup>9</sup>

“As cláusulas necessárias, também chamadas de essenciais, são aquelas que devem, obrigatoriamente, estar previstas em um contrato administrativo. Tais cláusulas se encontram listadas nos incisos I, II, III, IV e VII do art. 55 da Lei 8.666/93 e, sua ausência, descaracteriza o contrato administrativo e acarreta a nulidade da avença.”

122. Esclareça-se que a atualização monetária prevista no inciso III do art. 55 da Lei n. 8.666/93 se refere a índices gerais de inflação, sendo uma compensação genérica por perdas inflacionárias. O Tribunal de Contas da União define a sua utilização:

“35. (...) insta distinguir a correção monetária, aqui tratada, dos reajustes, tratados nos tópicos anteriores. Consoante bem exposto no relatório supra, “a correção monetária é utilizada para preservar o valor do pagamento a ser realizado pela Administração ao contratado que já prestou seu serviço ou entregou o seu bem, apresentou sua fatura, até esta ser quitada. Está previsto nos seguintes artigos da Lei 8.666/93: 5º, § 1º; 7º, § 7º; 40, inciso XIV, alínea “c”; 40, § 4º, inciso II; e 55, inciso III.” Busca-se, portanto, preservar o poder aquisitivo da moeda, não se guardando aqui correspondência com as alterações dos custos do objeto contratado. (grifo nosso)

(TCU, Plenário, Relator Augusto Sherman, Acórdão: 474/2005).

123. No entanto, em que pese tratar-se previsão obrigatória nos contratos, o Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

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

<sup>9</sup> Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, p. 823.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria**

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. (grifo nosso)

(REsp 968.835/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009)

124. Portanto, este Ministério Público de Contas entende que a ausência de cláusula estabelecendo o critério de atualização monetária, diante do inadimplemento de obrigações contratuais, não é condição de nulidade do contrato, tendo em vista que, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é cabível a correção monetária mesmo não havendo previsão contratual a esse respeito.

**XI) Da ausência de cláusulas prevendo garantia em caso de rescisão contratual**

125. O Denunciante aduz que, em contradição com o previsto no inciso IX do art. 55 da Lei n. 8.666/93, o ato convocatório carece de garantias à Administração para os casos de rescisão contratual, dada a complexidade do objeto.
126. 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 etc.
127. A minuta de contrato de prestação de serviços, Anexo VII do Edital de Pregão Presencial n. 050/2019, estabelece as obrigações decorrentes de rescisão contratual. Confira-se (f. 185):

**“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - DA RESCISÃO CONTRATUAL**

11.1 - Sem prejuízo das sanções previstas na Cláusula Décima deste Termo, o Contrato poderá ser rescindido, pela parte inocente, desde que demonstrada qualquer das hipóteses previstas nos artigos 78, 79 e 80 da Lei nº 8.666/93.

11.2 - Também o contrato será considerado extinto no caso de serem extintas as fontes utilizadas no acompanhamento dos preços contratados, e, outra fonte, cuja terminologia mais se aproximar do serviço licitado, for considerada inviável por quaisquer das partes.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

11.2.1 - A rescisão contratual pelo motivo aqui exposto não gerará, às quaisquer das partes, direitos a indenizações ou compensações, não importando o título.

11.3 - O contrato se extinguirá ainda em caso de inadimplência da CONTRATADA com a Fazenda Municipal.

**11.4 - A CONTRATADA reconhece os direitos da Administração, em caso da rescisão administrativa de inexecução total ou parcial do contrato, conforme previsto no art. 77 da Lei nº 8.666/93 e suas alterações.** (grifo nosso)

128. Como se vê, consoante estabelecido na Subcláusula 11.4, a contratada reconhece os direitos da Administração, no caso de rescisão administrativa, conforme disposto no art. 77 da Lei n. 8.666/1993.<sup>10</sup> Logo, improcedente a alegação da denúncia no tocante à matéria.

CONCLUSÃO

129. Em face do exposto, em face das ilegalidades expostas ao longo deste Parecer, conclui este Ministério Público de Contas deve ser aplicada multa pessoal, com fundamento no art. 85, II, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, a cada um dos seguintes agentes públicos nos respectivos valores:

a) multa de R\$1.000,00 (um mil reais) ao Prefeito Municipal de Conceição do Mato Dentro, Sr. José Fernando Aparecido de Oliveira;

b) multa de R\$1.000,00 (um mil reais) à Pregoeira e subscritora do Edital, Sra. Thatiany Costa Vieira Silva.

130. Este *Parquet* conclui, ainda, que, o Tribunal de Contas deverá expedir as recomendações constantes nos Itens II, III, V e VIII ao Município de Conceição do Mato Dentro.

131. É o parecer.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2022.

**Glaydson Santo Soprani Massaria**

Procurador do Ministério Público de Contas  
(Assinado digitalmente disponível no SGAP)

<sup>10</sup> Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.