

Processos: 1076985
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Sandro Pinheiro de Albuquerque, OAB/MG 157.872
Denunciado: Município de Conceição do Mato Dentro
Partes: José Fernando Aparecido de Oliveira, Isabete Pires Figueiredo e Thatiany Costa Vieira Silva
Procuradores: Isadora Soares Resende Araújo, OAB/MG 197.391; Luiz Edson Bueno Guerra, OAB/MG 74.491; Rodrigo Queiroz Reis, OAB/MG 127.505; Sérgio Bassi Gomes, CRC/MG 20.704
MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 10/11/2022

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. IRREGULARIDADES. OMISSÃO QUANTO AO REGIME DE EXECUÇÃO E AUSÊNCIA DO CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO; OMISSÃO QUANTO À REGULAMENTAÇÃO E O PRAZO PARA SERVIÇOS INICIAIS DE IMPLANTAÇÃO; AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES E OMISSÃO NA PRECIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. IMPOSIÇÃO DA AUTENTICAÇÃO DOS DOCUMENTOS APENAS POR MEIO DE CARTÓRIO E DE SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBRIGATÓRIOS DE ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA, NO CASO DE ATRASO DOS PAGAMENTOS. REPUBLICAÇÃO DE EDITAL. IRREGULARIDADES TÉCNICAS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES.

1. A legislação em vigor não exige justificativa para a vedação à subcontratação de empresas em procedimentos licitatórios, mas tão somente para sua autorização.
2. O Código Tributário Nacional e a Consolidação das Leis do Trabalho equiparam, expressamente, a certidão positiva com efeitos de negativa às certidões negativas de débito, não sendo exigível que os instrumentos convocatórios contendam a expressa previsão da sua aceitabilidade.
3. Em regra, afigura-se irregular a restrição à participação de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, por extrapolar a previsão do art. 31, II, da Lei n. 8.666/93.
4. As decisões de impugnação ao edital incluem-se nas atribuições do pregoeiro, nos termos do art. 3º da Lei n. 10.520/02 c/c o art. 9º, I, do Decreto Estadual n. 44.786/08;
5. A fixação de percentual de multa moratória ou multa compensatória deve ser realizada com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não tendo cuidado o legislador de definir um teto, mas deixando a cargo da Administração a sua definição no instrumento convocatório ou no contrato.
6. São cláusulas necessárias dos instrumentos convocatórios e dos contratos administrativos a previsão de critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, nos termos do art. 40, XIV, “c”, da Lei n. 8.666/93 e do art. 55, III, da Lei n. 8.666/93;

7. Declarado deserto o certame e republicado o edital, este deve receber nova numeração, nos termos do art. 38 da Lei n. 8.666/93 e do art. 40, *caput*, da Lei n. 8.666/93.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a Denúncia oferecida em razão da ocorrência das seguintes irregularidades no ato convocatório do Pregão Presencial n. 50/19, Processo Licitatório n. 151/19, deflagrado pelo Município de Conceição do Mato Dentro:
1. omissão quanto ao regime de execução e ausência do cronograma físico-financeiro (Apontamento “a”);
 2. proibição de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial (subitem 4.2.1 do edital) (Apontamento “c”);
 3. imposição da autenticação dos documentos apenas por meio de cartório e de servidores da Administração (subitens 7.3.2 e 7.3.3 do edital) (Apontamento “e”);
 4. omissão quanto à regulamentação e ao prazo para serviços iniciais de implantação, bem como eventuais customizações e testes previstos (subitem 5.6 do termo de referência) (Apontamento “f”);
 5. ausência de informações e omissão na precificação dos serviços (subitem 2.2 do termo de referência e anexo VI) (Apontamento “h”);
 6. ausência de critérios obrigatórios de atualização financeira, no caso de atraso dos pagamentos (Apontamento “j”);
 7. republicação de novo edital com a mesma numeração do ato convocatório anterior, referente à licitação deserta (Apontamento “l”);
- II) aplicar multa no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Senhor José Fernando Aparecido de Oliveira, prefeito municipal e único subscritor do edital, com fulcro no art. 85, II, da Lei Orgânica do Tribunal, em razão das falhas descritas nos Apontamentos “a”, “f” e “h”, as quais denotam a insuficiência na definição do objeto e estimativa de seus custos;
- III) recomendar aos atuais gestores que, em futuros certames:
1. deixem de estabelecer vedação à participação das licitantes que estejam em recuperação judicial ou extrajudicial, tendo em vista a ausência de fundamento legal para tanto, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação, antes de habilitá-las, realizar diligências a fim de avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira das interessadas;
 2. respeitem o escopo de autorizações do art. 32 da Lei n. 8.666/93, caso optem por prever no instrumento convocatório os meios aceitos para autenticação dos documentos a serem apresentados no curso do procedimento licitatório;
 3. observem o disposto no art. 40, XIV, “c”, c/c o art. 55, III, da Lei n. 8.666/93 e prevejam os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

4. renovem a numeração em caso de republicação do edital, em consonância com o art. 38 c/c o art. 40, ambos da Lei n. 8.666/93, quando declarado deserto o procedimento licitatório;
- IV) determinar a intimação do denunciante e dos responsáveis acerca do teor desta decisão;
- V) determinar o arquivamento dos autos, após a promoção das medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

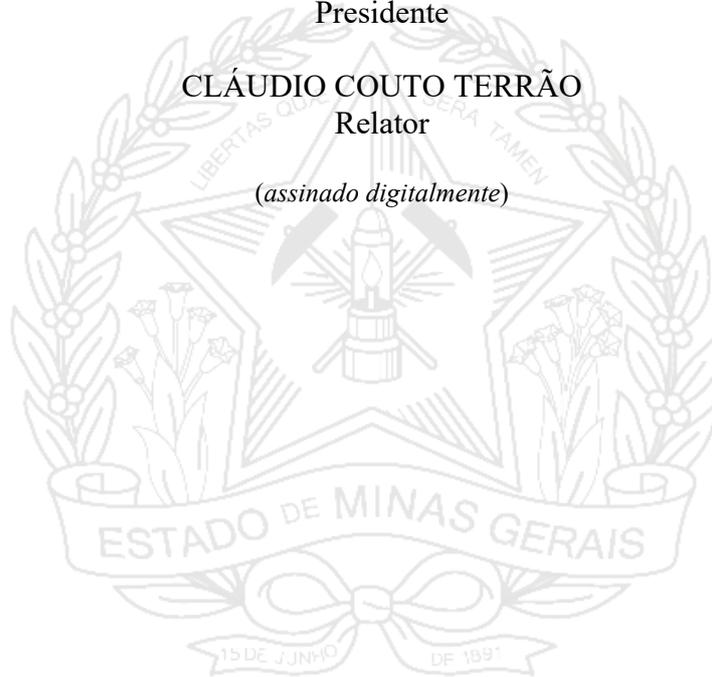
Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de novembro de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)



SEGUNDA CÂMARA – 10/11/2022

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia, com pedido liminar, formulada pelo Senhor Sandro Pinheiro de Albuquerque, em face da ocorrência de supostas irregularidades no Pregão Presencial nº 50/19, Processo Licitatório nº 151/19, deflagrado pelo Município de Conceição do Mato Dentro, cujo objeto consistia na contratação de empresa para o fornecimento de *software* de licença de uso, visando à aferição, declaração e acompanhamento da arrecadação municipal do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) nas Instituições Financeiras e Cartórios localizados na municipalidade, em atendimento às demandas da Secretaria Municipal de Fazenda.

Em 25/09/19, a presente denúncia foi autuada por determinação da presidência desta Corte e, em seguida, distribuída à minha relatoria. Ato contínuo, por força do art. 126, I, do Regimento Interno, o processo foi redistribuído ao conselheiro-substituto Adonias Monteiro para apreciação da medida cautelar (fls. 47/49 da peça nº 12).

O referido conselheiro-substituto, às fls. 50/51 da peça nº 12, antes de examinar o pedido de suspensão liminar do referido pregão, determinou a intimação do atual prefeito de Conceição do Mato Dentro para que enviasse cópia das fases interna e externa do certame, bem como apresentasse as justificativas que entendesse pertinentes.

Após a juntada das justificativas e dos documentos de fls. 55/201 da peça nº 12, o processo foi redistribuído à minha relatoria em 07/10/19, com fulcro no art. 127 do Regimento Interno.

Diante disso, ao observar que a abertura das propostas estava designada para o dia 14/10/19, encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) para análise preliminar do procedimento licitatório e da materialidade das irregularidades tendo em vista o pedido cautelar (fl. 204 da peça nº 14).

A referida Unidade Técnica manifestou-se pela procedência da denúncia (fls. 205/213v da peça nº 14).

Em 14/10/19, proferi despacho indeferindo o pedido liminar requerido pela denunciante e solicitando que fossem científicas as partes acerca do teor da decisão. Na sequência, determinei o encaminhamento do processo ao Ministério Público junto ao Tribunal (MPC), nos termos do art. 61, § 3º, do Regimento Interno (fls. 215/218, peça nº 14).

Em sede de manifestação preliminar (fl. 225/226, peça nº 14), o MPC não apresentou aditamentos e opinou pela citação do prefeito de Conceição do Mato Dentro e da secretária municipal de Fazenda.

Diante disso, à peça nº 9 (fls. 227/227v, peça nº 14), determinei a citação do Senhor José Fernando Aparecido de Oliveira, prefeito de Conceição do Mato Dentro, e das Senhoras Isabete Pires Figueiredo, secretária municipal de Fazenda, e Thatiany Costa Vieira Silva, pregoeira, para que apresentassem as alegações pertinentes acerca dos fatos apontados no processo.

Os responsáveis apresentaram defesa conjunta às fls. 235/242 (peça nº 15), pugnando pela improcedência da denúncia.

Às fls. 249/261 da peça nº 15, consta novo exame técnico da CFEL, em que foram apuradas outras irregularidades no Pregão Presencial nº 50/19.

À vista disso, determinei a intimação dos responsáveis para apresentarem as alegações que entendessem cabíveis quanto aos apontamentos presentes no novo relatório da Unidade Técnica (fl. 254 da peça nº 15).

Os autos foram digitalizados, conforme Termo de Digitalização de Autos Físicos à fl. 265 (peça nº 16).

Os responsáveis apresentaram nova peça de defesa, ratificando o pleito anterior no sentido da improcedência da denúncia (peça nº 22).

A 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (3ª CFM) elaborou estudo concluindo pela procedência de parte dos apontamentos da denúncia (peça nº 44).

O Órgão Ministerial, à peça nº 46, opinou pela aplicação de multa pessoal, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) ao Senhor José Fernando Aparecido de Oliveira, prefeito municipal, e à Senhora Thatiany Costa Vieira Silva, pregoeira.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Aduz o denunciante que o edital do Pregão Presencial nº 50/19, Processo Licitatório nº 151/19, deflagrado pelo Município de Conceição do Mato Dentro com objetivo de contratar licenciamento de uso de *software* para aferição, declaração e acompanhamento da arrecadação municipal do ISSQN nas instituições financeiras e cartórios da municipalidade, estaria eivado das seguintes irregularidades:

- a) omissão quanto ao regime de execução e ausência do cronograma físico-financeiro;
- b) extrapolação dos limites de competência do pregoeiro (subitem 3.4 do edital);
- c) proibição de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial (subitem 4.2.1 do edital);
- d) impossibilidade de apresentação de certidão positiva com efeito de negativa (subitens 7.2.1.3, 7.2.1.4 e 7.2.1.5 do edital);
- e) imposição da autenticação dos documentos apenas por meio de cartório e de servidores da Administração (subitens 7.3.2 e 7.3.3 do edital);
- f) omissão quanto à regulamentação e ao prazo para serviços iniciais de implantação, bem como eventuais customizações e testes previstos (subitem 5.6 do termo de referência);
- g) abusividade da previsão de multa baseada no valor total do contrato (subitens 12.3.1 e 12.4 do edital);
- h) ausência de informações e omissão na precificação dos serviços (subitem 2.2 do termo de referência e anexo VI);
- i) aglutinação dos serviços de *datacenter* com os de licenciamento de uso de *software* (subitens 4.1.2 e 5.5.1 do termo de referência);
- j) ausência de critérios obrigatórios de atualização financeira, no caso de atraso dos pagamentos;
- k) ausência de cláusulas prevendo a garantia em caso de rescisão contratual.

Além das falhas narradas, a Unidade Técnica acrescentou o seguinte apontamento à denúncia:

- l) republicação de novo edital com a mesma numeração do ato convocatório anterior, referente à licitação deserta.

m) interpretação equivocada da Lei Complementar nº 123/06 (item 6.3 do edital).

À luz dos argumentos apresentados pelo denunciante, dos documentos constantes nos autos e das manifestações da Unidade Técnica e do Órgão Ministerial, passa-se à análise dos referidos apontamentos.

1. Apontamentos “a”, “f” e “h”: omissão quanto ao regime de execução e ausência do cronograma físico-financeiro; omissão quanto à regulamentação e o prazo para serviços iniciais de implantação; ausência de informações e omissão na precificação dos serviços

Aduziu a denunciante que o instrumento convocatório estaria omissos, por não indicar o regime de execução e o cronograma físico-financeiro do serviço a ser prestado, em desconformidade com o art. 40 da Lei nº 8.666/93.

Além disso, os subitens 2.2 e 5.6 do Anexo I – Termo de Referência e o Anexo VI – Minuta de Contrato seriam omissos quanto à regulamentação, ao prazo e à definição de elementos que fundamentassem a precificação dos serviços de implantação, customização, implementação e testes.

Em análise inicial, apontou a CFEL (fls. 207v/211, peça nº 15):

Irregularidade (f) - regulamentação e prazo para serviços iniciais de implantação

(...) conforme alertado pelo denunciante, considerando a ausência de discriminação entre os serviços de prestação sucessiva (locação de software, suporte técnico – remoto e local, manutenção e atualização dos sistemas) e de prestação instantânea (implantação, treinamento e migração das informações em uso), caso haja prorrogação contratual, a empresa vencedora pode acabar por receber novamente pelos serviços de prestação instantânea.

Portanto, em análise perfunctória do certame, considerando os princípios que regem a licitação pública e estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, entende esta Unidade Técnica que procede a alegação do denunciante (...).

Irregularidades (h) – omissão à precificação dos serviços iniciais de implantação, customizações, implementações e testes

A Administração, ao estabelecer o objeto a ser licitado, deverá fazê-lo de forma precisa e satisfatória, descrevendo-o de forma que traduza a sua real necessidade, com todas as características indispensáveis. Deve conter todas as informações necessárias para formulação do preço.

(...)

Em análise do Termo de Referência, fls. 23/31, em que consta toda a descrição do objeto licitado, não foi possível vislumbrar respostas para os questionamentos apresentados pelo denunciante, como é o caso, por exemplo, da definição dos conceitos de “trabalhos essenciais” e “consultorias”, previstos na alínea “c” do item 2.2 do Anexo I do edital.

Já quanto às alíneas “a” e “b” do referido item, verifica-se que ambas abordam questões de estimativa. A primeira dispõe acerca da disposição semanal do suporte técnico, sem, no entanto, especificar a sua periodicidade. A segunda, de atendimentos e visitas que forem solicitados, ausente as respectivas estimativas de quantidade.

Apesar da reconhecida dificuldade em se precisar com exatidão as quantidades mencionadas acima, visto que envolvem questões de demandas eventuais, entende-se que ao menos poderiam haver estimativas, de modo a embasar melhor a formulação das propostas pelas licitantes.

(...)

Considerando o entendimento desta Casa, registre-se que a planilha de preços unitários deve constar no processo licitatório, ao menos em sua fase interna, não sendo obrigatória a sua previsão como anexo ao instrumento convocatório.

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.

Em seu segundo estudo, anotou a CFEL (fls. 250/250v, peça nº 15):

Irregularidade (a) - omissão do regime de execução e ausência do cronograma físico-financeiro

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.

(...)

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.

(...)

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

Instados, ofereceram defesa os responsáveis à peça nº 22, argumentando, *in verbis*:

Irregularidade (a) - omissão do regime de execução e ausência do cronograma físico-financeiro

(...) que o serviço é o fornecimento de software, cujo valor é dividido em 12 (doze) parcelas iguais e sucessivas conforme item 14.1 do edital, sendo que o modelo de proposta (Anexo VI) traz a quantidade das parcelas mencionadas.

Irregularidade (f) - regulamentação e prazo para serviços iniciais de implantação

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 com os comercializados pela Microsoft.

Ou seja, é um sistema simples, cujo serviço inicial se baseia apenas 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.

(...)

Ante a tal simplicidade, eis que se trata apenas de uma análise pontual das contas que tenham como fato gerador de possíveis serviços, há apenas a implantação do sistema, de forma simples e objetiva, tanto o é que tal condicionante é tratada na cláusula terceira da minuta do contrato (parte integrante do edital) (...).

Irregularidade (h) – omissão à precificação dos serviços iniciais de implantação, customizações, implementações e testes

Tomando por base o Termo de Referência anexo ao Edital, tal software deve trazer para o fisco condições de levantar dados em relação aos créditos já existentes, as operações para emissão de notas fiscais, módulo de gestão para que os fiscais do município possam trabalhar pontualmente de acordo com a capacidade produtiva de cada sujeito passivo com fito de coibir possíveis sonegações.

Também, tal software deve ter módulos específicos de fiscalização de bancos e cartórios, visto que tais contribuintes têm certas especificidades em razão de características inerentes a tais serviços, cujos códigos, valores e bases de cálculo podem variar.

Saliente-se que tal precificação foi precedida de pesquisa de mercado chegando a tal valor global, considerando que o software é comum no mercado, onde várias softwares fornecem tal sistema.

Retornados os autos ao Órgão Técnico e analisada a defesa apresentada, a 3ª CFM pugnou pela procedência da denúncia nesse aspecto (peça nº 44).

O *Parquet* de Contas não se manifestou diretamente sobre a irregularidade constante no item “a”, anotando o seguinte quanto às outras três falhas em análise (peça nº 46):

Irregularidade (f) - regulamentação e prazo para serviços iniciais de implantação

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

Irregularidade (h) – omissão à precificação dos serviços iniciais de implantação, customizações, implementações e testes

61. (...) 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).

O instrumento convocatório definiu em seu item 1.1 o objeto da licitação como “a contratação de empresa para fornecimento de *software* de licença de uso” para aferição, declaração e acompanhamento da arrecadação municipal do ISSQN nas instituições financeiras e cartórios da municipalidade.

Com efeito, conforme relatado, aduziu o denunciante a existência de impropriedades no edital quanto à caracterização do objeto.

Pois bem. A boa definição do objeto a ser licitado é pedra angular no procedimento de contratações públicas, seja para a prestação de serviços ou para a aquisição de bens (art. 14 c/c art. 40, I, da Lei nº 8.666/93).

Assim sendo, a legislação de regência prevê elementos que são obrigatórios para a adequada delimitação do objeto, dentre eles os apontados pela denunciante como a previsão do regime de execução (art. 10, II, e art. 40, *caput*, ambos da Lei nº 8.666/93), de cronograma físico-financeiro (art. 7º §2º, III; art. 8º, *caput*; e art. 40, XIV, “b”, todos da Lei nº 8.666/93), o estabelecimento de cronograma para início da prestação de serviços/entrega dos bens adquiridos e sua precificação (art. 7º, §2º, II; art. 40, *caput*, da Lei nº 8.666/93).

Identifico, *in casu*, que o objeto, conforme definido no item 1.1 do edital com a disponibilização de *software* via chave de acesso, detém característica de prestação instantânea (art. 40, §4º, da Lei nº 8.666/93). Os próprios responsáveis apresentaram em sua peça de defesa paralelo do objeto licitado com outros produtos digitais, a exemplo daqueles oferecidos pela Microsoft, como o Pacote Office, em que os consumidores adquirem o produto, instalam em sua máquina e dele fazem uso, sem a necessidade de prestação de serviços individuais pela desenvolvedora, como treinamentos ou ainda customizações, realização de testes, dentre outros.

Entretanto, em análise dos autos, identifico que os itens 2.2 e 5.6 do Anexo I – Termo de Referência dispõem que:

2. DAS DIRETRIZES

2.2 A empresa contratada obriga-se a prestar serviços de **suporte técnico na execução e acompanhamento dos serviços** do Município, com 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 emergenciais, 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;
- d) Respostas de consultas por telefone, diretas e por meio dos sistemas de comunicação disponíveis como: e-mail, telefone e on-line.

5. REQUISITOS ESSENCIAIS DO SISTEMA

5.6 Ambiente de homologação: disponibilizar um ambiente nas mesmas condições do ambiente de produção, com os sistemas integrados para **customizações, implementações e testes**, que se façam necessários para atender às necessidades do cliente. (Grifou-se).

Portanto, incabível o paralelo apresentado pelos responsáveis para sustentar o entendimento de que o objeto licitado seria a mera disponibilização de software, visto que, conforme expresso no Termo de Referência, devem os licitantes comprometerem-se com a prestação de alguns serviços à Administração.

Ainda que afirmem os responsáveis (fl. 7, peça nº 22) que “o sistema não é desenvolvido de acordo com o município contratante, mas apenas um módulo de gestão fiscal com suas aplicações”, as previsões do instrumento convocatório, conforme demonstrado acima, não coadunam com o alegado.

Nada obstante, ainda que não haja irregularidade *per se* em se buscar a contratação de empresa que garanta a disponibilização do software e, na qualidade de especialista naquele produto, ofereça suporte técnico individualizado, com a execução de customizações, implementações e

testes no produto, deve o instrumento convocatório especificar adequadamente esses serviços, sob pena de frustrar as balizas da licitação pública.

E nesse sentido, apesar de haver no ato convocatório previsão de início dos serviços em prazo máximo de 15 (quinze) dias (item 11.5) e de remuneração mensal da contratada na forma de uma “mensalidade pelo uso do software” (item 14.1 do edital), identifico, de fato, algumas falhas na especificação do objeto que pode comprometer a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Primeiro, estabelece o Anexo VI – Modelo Sugerido de Proposta de Preços apenas um item precificado, não havendo qualquer estimativa dos custos unitários relativos aos serviços previstos nos itens 2.2 e 5.6 do Termo de Referência. Ora, tendo em vista que os serviços de disponibilização semanal de prestador de serviço pela contratada e a realização de customizações no software disponibilizado acarretam custos à contratada, eles compõem necessariamente o preço para execução do objeto, devendo, portanto, estarem especificados quanto a seus quantitativos e custos unitários.

Ademais, em decorrência dessa primeira falha, tem-se que, no caso em tela, a não precificação unitária dos serviços a serem prestados impacta no próprio cronograma de execução, empenho e liberação de recursos para adimplemento contratual pela Administração, além de poder acarretar, consoante salientado pela Unidade Técnica em caso de renovação da vigência contratual, o pagamento em duplicidade pelos serviços de prestação instantânea, a exemplo da implantação do software.

Há que se reconhecer, ainda, que não há formalmente a indicação no instrumento convocatório do regime de execução do objeto, em desconformidade com o art. 40, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Essa irregularidade, ainda que pudesse ser afastada em celebração ao princípio do formalismo moderado, no caso em tela, ganha relevância quando conjugada com as incorreções e incertezas anteriormente apontadas na delimitação dos custos do objeto.

Por fim, conforme destacou o MPC em seu parecer, há no item 11.5 do edital a fixação de prazo de 15 (quinze) dias para a início da implementação do software contratado, a partir da emissão de autorização de serviço pela Administração. Entretanto, considerando as atividades previstas à contratada especialmente no Anexo I – Termo de Referência, assiste razão ao denunciante ao questionar a lacuna existente no instrumento convocatório em fixar os prazos para conclusão dos serviços iniciais de implantação do sistema.

Diante do exposto, entendo procedente a denúncia nesse aspecto.

2. Apontamento “i”: aglutinação dos serviços de *datacenter* com os de licenciamento de uso de *software* (subitens 4.1.2 e 5.5.1 do Termo de Referência)

Apontou o denunciante suposta irregularidade quanto a aglutinação dos serviços de *data center* com os de licenciamento de uso de software nos subitens 4.1.2 e 5.5.1 do Anexo I – Termo de Referência e a proibição de subcontratação pelo edital em seu item 15.9:

EDITAL

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 do contrato.

ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA

(...)

4. ESCOPO GERAL DOS TRABALHOS

4.1. Deve permitir a cobrança de valores futuros e pretéritos (5 anos anteriores) bem como execução de cruzamento de informações para fiscalização do ISSQN, considerando o atendimento na sua totalidade das funcionalidades abaixo:

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. REQUISITOS ESSENCIAIS DO SISTEMA

(...)

5.5. Para que todas as funções do sistema possam ser disponibilizadas às empresas e à Administração será necessário que a empresa Contratada mantenha equipamentos e dispositivos de alta performance, bem como fornecer garantias de segurança para que as transações via WEB do objeto ora proposto, durante a vigência contratual, atendendo, aos seguintes requisitos:

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).

Em análise, anotou a CFEL às fls. 254v/255v (peça nº 15) quanto ao apontamento e aos argumentos trazidos pelo denunciante:

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, (...). 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”, “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 conferir:

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.

Os responsáveis, em sua peça de defesa, restaram silentes sobre o apontamento.

Por fim, o MPC em seu parecer conclusivo aderiu à tese adotada pela Unidade Técnica em seu estudo quanto a regularidade da aglutinação dos serviços licitados. Contudo, divergiu da CFEL quanto a possibilidade de subcontratação, entendendo revestir-se de ilicitude “a ausência de justificativa para vedação à subcontratação (...) na fase interna do certame” (fl. 27, peça nº 46).

Quanto à aglutinação dos serviços de *data center* e o licenciamento de uso de *software*, coaduno com as justificativas apresentadas pela Unidade Técnica em seu substancioso estudo e corroboradas pelo MPC, entendendo pela improcedência do apontamento neste tópico.

Em relação à regularidade da vedação à subcontratação imposta pelo edital em seu item 15.9, estabelece o art. 72 da Lei de Licitações que o contratado poderá subcontratar partes do objeto até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Trata-se, portanto, de ato discricionário, com autorização balizada pelo binômio conveniência-oportunidade. Assim, a motivação deve lastrear a autorização administrativa, visto a vedação ser a regra.

A Segunda Câmara do Tribunal já se posicionou no tema nos termos de proposta de voto do conselheiro-substituto Adonias Monteiro aprovada por unanimidade¹:

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE MANUTENÇÃO MECÂNICA, ELÉTRICA, HIDRÁULICA, FUNILARIA, PINTURA, CAPOTARIA E FORNECIMENTO E TROCA DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA A FROTA DE VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS VEICULARES. LEI DE LICITAÇÃO. SUBCONTRATAÇÃO. VEDAÇÃO. MOTIVAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE LIBERDADE NA SUBCONTRATAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DE NORMAS DE DIREITO PRIVADO AO INSTITUTO. ALEGAÇÃO DE INCONGRUÊNCIA NO EDITAL. REGULARIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MECÂNICOS E O FORNECIMENTO DE PEÇAS. JURISPRUDÊNCIA DO TCEMG. UTILIZAÇÃO DA MESMA EMPRESA PARA AMBAS AS TAREFAS. POSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DOS APONTAMENTOS DE IRREGULARIDADE. ARQUIVAMENTO.

1. **É possível à Administração Pública vedar a subcontratação**, medida excepcional regulada pelo art. 72 da Lei n. 8.666/1993, nos termos da jurisprudência desta Corte e do Tribunal de Contas da União, tendo em vista **se tratar de ato discricionário em que se observam os princípios da conveniência e do interesse público, e cuja motivação é razão de permissibilidade, não de impedimento**. A subcontratação é, pois, situação excepcional em que não há margem para realizá-la sem que sejam cumpridos os requisitos específicos, o que pode culminar em burla ao princípio da licitação pública, contido no art. 37, XXI, da Constituição da República, motivo pelo qual não se aplicam ao referido instituto as normas do direito privado. (...) (Grifou-se).

Com tais ponderações, por considerar que a legislação em vigor não exige justificativa para a vedação à subcontratação de empresas em procedimentos licitatórios, mas tão somente para sua autorização, entendo que este apontamento é improcedente.

3. Apontamento “b”: extrapolação dos limites de competência do pregoeiro (subitem 3.4 do edital)

O denunciante indicou a irregularidade do item 3.4 do edital, entendendo que a pregoeira extrapolou a sua competência ao decidir impugnações e ao subscrever o edital. Para sustentar o alegado, indicou o previsto no inciso IV do art. 3º da Lei nº 10.520/02.

Os defendentes não apresentaram defesa especificamente quanto a este item.

A 3ª CFM, em sede de análise conclusiva, não se manifestou sobre este apontamento.

Já o MPC, concluiu pela regularidade do subitem 3.4 do edital.

Importa salientar, de início, relativamente à assinatura do edital, que o agente responsável fora o prefeito municipal, José Fernando Aparecido de Oliveira, e não a pregoeira designada para conduzir o Pregão Presencial nº 50/19, conforme se verifica à fl. 165 da peça nº 13.

Acerca da decisão das impugnações, observa-se que subitem 3.4 do edital (fl. 153 da peça nº 13), prevê o seguinte:

¹ DENÚNCIA n. 1054045. Rel. CONS. SUBST. ADONIAS MONTEIRO. Sessão do dia 05/03/2020. Disponibilizada no DOC do dia 27/04/2020.

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.

Assim, a pregoeira, Senhora Thatiany Costa Vieira Silva, apreciou a impugnação apresentada por empresa interessada no certame e, considerando o parecer jurídico do procurador municipal, negou provimento à insurgência (fls. 144/150 da peça nº 13).

Acerca do tema, vale reproduzir a redação do art. 3º da Lei nº 10.520/02, *in verbis*:

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 seu turno, o Decreto nº 44.786/08 do Estado de Minas Gerais dispõe:

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; [...]

Vale transcrever, também, a manifestação do Tribunal de Contas da União (TCU) no manual “Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência²” sobre esta matéria, trazida pela Unidade Técnica no estudo de peça nº 10, a saber:

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 (grifos originais)

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

Destarte, embora não tenha localizado legislação no âmbito do Município de Conceição do Mato Dentro, definindo a competência do pregoeiro para a condução das licitações, constata-se que, nos termos da legislação estadual e do entendimento do TCU, as decisões de impugnação do edital incluem-se nas atribuições do pregoeiro. Logo, não há que se falar em irregularidade neste ponto, pois a Portaria nº 164/19, à fl. 84 da peça nº 12, nomeou para a função de pregoeira a Senhora Thatiany Costa Vieira Silva.

4. Apontamento “c”: proibição de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial (subitem 4.2.1 do edital)

O denunciante, em suma, afirmou ser irregular a vedação à participação de empresas sob processo de falência, recuperação judicial e extrajudicial, contida no subitem 4.2 do instrumento convocatório.

Os defendentes alegaram que o subitem 4.2.1 do edital baseou-se na exigência prevista no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre a apresentação da certidão negativa de falência e concordata para a comprovação da qualificação econômico-financeira da licitante. Além disso, asseveraram que, se houvesse a participação de empresa em recuperação judicial, a situação seria flexibilizada, sendo possível a habilitação do interessado quando demonstrada a capacidade de execução do contrato. Por fim, argumentou não ter havido dano ao erário decorrente deste apontamento, tampouco inabilitação de empresa participante (fl. 235, peça nº 15).

A 3ª CFM, apreciando as razões de defesa, entendeu que, por ser taxativa a redação do subitem 4.2.1 do ato convocatório, “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”, por este motivo, manteve o seu entendimento pela procedência do apontamento (peça nº 44).

O MPC opinou pela procedência da denúncia neste ponto, motivo pelo qual concluiu ser cabível a aplicação de multa ao prefeito municipal e à pregoeira, nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal (peça nº 46).

Para melhor compreender a questão, importa lembrar que o art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 resguarda a exigência de certidão negativa de falência ou concordata como documento relativo à qualificação econômico-financeira e que, com o advento da Lei nº 11.101/05, a recuperação judicial passou a substituir a concordata em nosso ordenamento.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou entendimento segundo o qual não é possível exigir certidão negativa de recuperação judicial entre os documentos de qualificação econômico-financeira dos licitantes, pois não seria possível interpretar-se extensivamente o art. 31, II, da Lei nº 8.666/93, que continua a mencionar apenas a concordata. Além disso, entendeu que permitir a participação de empresa em recuperação judicial se coaduna com a finalidade da Lei nº 11.101/05 de promover a função social da empresa e da atividade econômica³.

Note-se que o raciocínio desenvolvido pelo STJ condena a restrição do edital à participação de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, pois não autorizada

³ STJ – Primeira Turma. AREsp. 309867 ES 2013/0064947-3. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 26/07/18. DJe. 08/08/18.

expressamente no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93. Não há irregularidade, assim, na vedação à participação de empresas em processo de falência.

Entendimento semelhante ao do STJ é o adotado no âmbito desta Corte:

DENÚNCIA. REFERENDO. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE CESSÃO E DIREITO DE USO DE SOFTWARES INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL. IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DE DANO. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA. É irregular o impedimento de participação no certame de empresas em recuperação judicial, devendo ser acrescentado no ato convocatório a aceitação de certidão positiva de recuperação judicial. E no caso de empresa enquadrada nesta condição vencer o certame, a Administração deverá proceder a diligências para que a licitante comprove sua capacidade econômico-financeira para assumir o contrato.⁴

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE EXAMES DE IMAGEM, RADIOLÓGICOS E CONTRASTADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (...) 4. 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.⁵

A distinção realizada é importante e necessária, na medida em que já me pronunciei favoravelmente à imposição da exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial. Entretanto, frisa-se, tal posicionamento restringe-se aos casos de contratações singulares, de grande vulto, como as concessões públicas, nas quais a função social da empresa necessariamente sofrerá mitigação face ao interesse público de continuidade do serviço essencial, por exemplo⁶.

No caso em tela, a redação dada ao subitem 4.2.1 do instrumento convocatório foi a seguinte:

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; (grifos nossos).

Feitas essas considerações e considerando a redação do subitem 4.2.1 do edital, considero procedente a denúncia quanto ao tópico ora analisado, por considerar irregular, *in casu*, o impedimento de participação no certame de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial.

5. Apontamento “d”: impossibilidade de apresentação de certidão positiva com efeito de negativa (subitens 7.2.1.3, 7.2.1.4 e 7.2.1.5 do edital)

Segundo o denunciante, o edital previu nos subitens 7.2.1.3, 7.2.1.4 e 7.2.1.5 a apresentação de prova de regularidade fiscal das licitantes perante as Fazendas federal, estadual e municipal,

⁴ TCE/MG. Denúncia nº 1.031.209. Segunda Câmara. Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão de 08/02/2018.

⁵ TCE/MG. Denúncia nº 986.583. Segunda Câmara. Conselheiro Gilberto Diniz. Sessão de 25/05/2017.

⁶ Denúncias nºs 1.058.853 e 977.532.

apenas sob a forma de certidão negativa, não permitindo, portanto, a certidão positiva com efeito de negativa.

No exame inicial, a CFEL entendeu que a irregularidade era procedente, sugerindo a suspensão do certame.

Ao examinar a medida cautelar, em juízo perfunctório, entendi, diferentemente da Unidade Técnica, que as supracitadas exigências editalícias não estariam restringindo a prova de regularidade fiscal às certidões exclusivamente negativas, podendo ser apresentadas, como válidas, as certidões positivas com efeitos de negativas (peça nº 07).

Os defendentes aduziram que inexistente irregularidade quanto a este ponto, esclarecendo o seguinte (peça nº 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 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 original).

A Unidade Técnica concluiu, à peça nº 44, que o apontamento era procedente, visto que o edital deveria ter sido redigido de forma clara para não ocorrerem erros de interpretação, no entanto, diante da inexistência de prejuízo para o certame, sugeriu a não aplicação de multa aos responsáveis.

Por outro lado, o MPC manifestou-se pela improcedência do apontamento.

Relativamente às certidões tributárias, expressamente no art. 205, o Código Tributário Nacional (CTN) equipara às Certidões Negativas de Débitos as certidões que atestem “a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”, denominada Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

Diante disso, se a própria lei determina que a Certidão Positiva com Efeito de Negativa produz os mesmos efeitos das certidões negativas, não compete ao gestor fazer distinção entre elas, de modo que, prevendo a aceitação de Certidão Negativa de Débitos, deverá obrigatoriamente receber a Certidão Positiva com Efeito de Negativa como apta à comprovação da regularidade fiscal dos licitantes. O mesmo raciocínio é aplicável às certidões de débitos trabalhistas.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal de Contas vem consolidando-se no sentido de não restringir a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista das empresas apenas à apresentação de certidão negativa de débitos, uma vez que essa regularidade também pode ser comprovada por certidão positiva com efeitos de negativa. Tem recomendado, portanto, que, ao fixar os requisitos de habilitação nos editais licitatórios, sejam utilizados os termos “regularidade fiscal” e “regularidade trabalhista” em detrimento de “certidão negativa de débito”.

Cumprido reproduzir o teor de alguns precedentes desta Corte:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. LICENCIAMENTO TEMPORÁRIO DE SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL. IRREGULARIDADES. VEDAÇÕES À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO E À PARTICIPAÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS. LIMITAÇÃO RELACIONADA AO FORNECIMENTO DE ATESTADOS DE

QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. (...) 2. O Código Tributário Nacional e a Consolidação das Leis do Trabalho equiparam, expressamente, a certidão positiva com efeitos de negativa às certidões negativas de débito, motivo pelo qual se recomenda à Administração que, ao fixar os requisitos de habilitação, faça uso dos termos “regularidade fiscal” e “regularidade trabalhista” em detrimento de “certidão negativa”, de modo a abarcar a possibilidade de apresentação de possíveis certidões positivas com efeito de negativa. (Denúncia nº 1.088.905, Rel. Cons. Gilberto Diniz, Segunda Câmara, acórdão publicado em 17/09/20)

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PROJETO APROVADO DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DO ORÇAMENTO ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO E DA PLANILHA DE QUANTITATIVOS E CUSTOS UNITÁRIOS COMO ANEXOS DO EDITAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS ALUSIVOS AOS CASOS DE INVIABILIDADE TÉCNICA DO ATENDIMENTO POR FIBRA ÓPTICA NA ZONA RURAL DO MUNICÍPIO. PREVISÃO EDITALÍCIA DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL APENAS PELA VIA PRESENCIAL. DEMONSTRAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA CONDICIONADA À APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUITAÇÃO ANUAL PERANTE O CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CREA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA EVENTUAL SUBCONTRATAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA DE POSSIBILIDADE DE CESSÃO TOTAL DO CONTRATO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. COMINAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÕES AO ATUAL GESTOR. (...) 7. O Código Tributário Nacional e a Consolidação das Leis do Trabalho equiparam, expressamente, a certidão positiva com efeitos de negativa às certidões negativas de débito, motivo pelo qual se recomenda à Administração que, ao fixar os requisitos de habilitação, faça uso dos termos “regularidade fiscal” e “regularidade trabalhista” em detrimento de “certidão negativa”, de modo a abarcar a possibilidade de apresentação de eventuais certidões positivas com efeito de negativa. (Denúncia nº 952.106, Rel. Cons. Gilberto Diniz, Segunda Câmara, acórdão publicado em 25/03/19)

Diante do exposto, não vislumbro irregularidade no ato convocatório, uma vez que não há proibição expressa a que as licitantes apresentem certidões positivas com efeito de negativa, razão pela qual entendo improcedente a denúncia quanto a este ponto.

6. Apontamento “e”: imposição da autenticação dos documentos apenas por meio de cartório e de servidores da Administração (subitens 7.3.2 e 7.3.3 do edital)

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

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

O edital estabeleceu quanto ao modo de apresentação dos documentos de habilitação que (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.

Com efeito, a previsão dos métodos de autenticação da documentação a ser apresentada nos certames não constitui cláusula de reprodução obrigatória nos editais de licitação, conforme se extrai do art. 40 da Lei de Licitações. Isso porque, independentemente de haver previsão nos instrumentos convocatórios, a legislação de regência deve ser observada. Nesse cenário, caso a Administração opte pela inclusão no edital de convocação de cláusula nesse sentido, não é cabível que preveja condições mais restritivas que a legislação geral, sem qualquer justificativa.

No caso em tela, tem-se que os itens 7.3.2 e 7.3.3 não preveem a opção de apresentação de documentos autenticados com base em publicação em órgão de imprensa oficial, conflitando, deste modo, com o teor do art. 32 da Lei nº 8.666/93.

Pelo exposto, considero procedente o apontamento de irregularidade

7. Apontamento “g”: previsão de multa baseada no valor total do contrato (subitens 12.3.1 e 12.4 do edital)

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

O edital prevê as seguintes sanções para os casos de descumprimento do contrato (fl. 18 da peça nº 12):

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:

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

A Lei nº 8.666/93 dispõe, em seus arts. 86 e 87, sobre as multas aplicáveis nos casos de atraso injustificado na execução do contrato ou de inexecução total ou parcial do contrato, que:

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 previsão legal de percentuais para multa moratória (sancionatória) ou compensatória (indenizatória), devendo a Administração, na fase do planejamento da contratação, estabelecer o valor da multa orientada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em outras palavras, não cuidou o legislador de criar um teto para as multas, 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 se levar em consideração o princípio da proporcionalidade, que garante uma atuação equânime da Administração, no sentido de que os atos administrativos, especialmente os sancionatórios, devem harmonizar o interesse público com a realidade dos fatos e os demais princípios jurídicos, de tal forma que não sejam cometidas injustiças.

Do exposto conclui-se que, apesar de não ter sido estabelecida dosimetria específica na legislação que rege a matéria em tela, não pode o administrador afastar de sua atividade a observância dos princípios gerais de 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 esse percentual não é abusivo, sendo estipulado 1% no caso de atraso de até

cinco 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.

8. Apontamento “j”: ausência de critérios obrigatórios de atualização financeira, no caso de atraso dos pagamentos

Apontou a denunciante que o instrumento convocatório padeceria de grave omissão, não prevendo em seu texto critérios de atualização financeira para eventuais atrasos no pagamento, em desconformidade com o art. 40, XIV, “c”, da Lei nº 8.666/93.

Conforme apontou a Unidade Técnica em seu estudo preliminar (fl. 256, peça nº 15), o edital é lacunoso quanto à cláusula apontada pela denunciante, sendo pacífico na jurisprudência pátria a imperatividade da correção dos valores devidos em caso de mora da Administração, sob pena de enriquecimento sem causa.

Os responsáveis mantiveram-se silentes quanto ao apontamento em análise (peça nº 22).

Em seu parecer, ponderou o MPC 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” (fl. 30 da peça nº 46).

Pois bem. O art. 40, XIV, “c”, da Lei nº 8.666/93 estabelece os elementos obrigatórios nos editais, dentre eles as condições de pagamento, especialmente o 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.

Ademais, no mesmo sentido preleciona o art. 55, III, da Lei nº 8.666/93, o qual impõe como cláusula obrigatória de todos contratos:

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;** (grifou-se)

Há, portanto, exigência formal da previsão da cláusula, tanto editalícia quanto contratual, que defina os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Com efeito, a jurisprudência do STJ sedimentou a obrigação de correção das parcelas após o vencimento da obrigação, ainda que não prevista expressamente no instrumento convocatório ou no contrato administrativo firmado, em defesa do direito do contratado e em combate ao supracitado enriquecimento sem causa da Administração:

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)

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) (Grifou-se).

Em revisão à documentação acostada aos autos, consoante manifestação do Órgão Técnico e do *Parquet* de Contas, não verifico a existência da referida cláusula, seja no edital, seja na minuta de contrato anexa ao instrumento convocatório. Sendo assim, entendo procedente o apontamento, em descumprimento ao art. 40, XIV, “c”, c/c art. 55, III, da Lei nº 8.666/93.

9. Apontamento “k”: ausência de cláusulas prevendo a garantia em caso de rescisão contratual

O denunciante aduziu a inexistência de cláusula que preveja garantia em favor da Administração em caso de rescisão contratual, em descumprimento ao disposto no art. 55, IX, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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;

Contudo, conforme bem apontaram a Unidade Técnica e o MPC em suas manifestações, o item 11.4 do Anexo VII – Minuta de Contrato cumpre o comando do art. 55, IX, da Lei nº 8.666/93, senão vejamos:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DA RESCISÃO CONTRATUAL

(...)

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.

Pelo exposto, julgo improcedente o apontamento.

10. Apontamento “l”: republicação de novo edital com a mesma numeração do edital anterior referente à licitação deserta

A Unidade Técnica, em análise preliminar da denúncia, apresentou apontamento complementar àqueles apresentados pelo denunciante, atinente à republicação do ato convocatório com a mesma numeração de edital anterior, relativo a licitação deserta (fl. 211, peça nº 14).

Os responsáveis apresentaram defesa à peça nº 22, aduzindo, em síntese, que “entendeu o município que a licitação, quando deserta, deve simplesmente assim ser declarada, continuando o procedimento para a busca do melhor serviço com o melhor preço, sem, contudo, alterar o número do edital”.

Em sede de reexame, o Órgão Técnico entendeu que as razões de defesa apresentadas não foram suficientes para afastar a irregularidade apurada.

Por fim, o MPC, em seu parecer peça nº 46, manifestou-se pela procedência do apontamento, pugnando pela emissão de recomendação à Administração em futuros certames deflagrados e republicados pelo Município.

A Lei nº 8.666/93, ao regulamentar a deflagração dos procedimentos licitatórios, determina:

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:

(...)

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: (...) (Grifou-se).

Assim, cediço que os instrumentos convocatórios devem ser numerados garantindo a identificação individualizada de cada um deles.

Não comparecendo interessados em procedimento licitatório deflagrado e declarado deserto o certame, persistindo o interesse do poder público em levar a cabo a contratação pretendida, deve a Administração republicar o edital. Ocorre que, ainda que a republicação reproduza *ipsis literis* o instrumento convocatório anteriormente publicado, aproveitando-se da fase interna anteriormente realizada, trata-se de novo edital, com novos elementos que impactam diretamente no sucesso da iniciativa, a exemplo da data e hora da sessão pública.

Pelo exposto, a republicação do edital não adequando a numeração de identificação do instrumento convocatório é irregular, sendo procedente o presente apontamento, conforme demonstrado pela Unidade Técnica em seu estudo de fls. 211/213 (peça nº 14).

11. Apontamento “m”: interpretação equivocada da Lei Complementar nº 123/06 (item 6.7 do edital)

A Unidade Técnica, em seu segundo estudo, apontou incorreção no edital, o qual estaria em desconformidade com o disposto pela Lei Complementar nº 123/06.

Pois bem. Dispõe o item questionado:

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.

Os arts. 48, I, e 49, II, ambos da Lei Complementar nº 123/06, por sua vez, estabelecem que:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

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:

(...)

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

Conforme apontou a Unidade Técnica em seu estudo, há um conflito aparente entre a previsão do item 6.3 do edital e o disposto nos supracitados arts. 48, I, e 49, II, visto que a aferição da existência de um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas (MEs) ou empresas de pequeno porte (EPPs) sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório – a qual seria realizada na fase interna do certame – dispensaria a Administração de convocar a licitação exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte.

Com efeito, analisando o caso concreto, entendo não haver irregularidade na cláusula editalícia.

De fato, deve a Administração, na fase interna do procedimento licitatório realizar todas as diligências necessárias para atestar a existência de fornecedores competitivos, hábeis a participar do certame e enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, dentro da circunscrição geográfica.

Contudo, a cláusula questionada não pretende suplantiar o ônus de planejamento da Administração previsto no art. 49, II, da Lei Complementar nº 123/06, mas atuar de modo complementar, em caso de a licitação deserta, por desinteresse. Isso porque, mesmo que a Administração, durante a fase interna do processo de planejamento licitatório promova as diligências necessárias e identifique a existência de empresas aptas e potenciais licitantes, o que impõe a exclusividade do certame às MEs e EPPs, não há garantia de que estas compareçam.

Portanto, em celebração ao princípio da economicidade, não há irregularidade *per se* na previsão constante no edital, sendo razoável a previsão da possibilidade de republicação para ampla concorrência do edital em caso de deserção.

Considero, assim, ser improcedente o apontamento.

Da responsabilidade pelas falhas apuradas nos autos

Foram indicados como responsáveis pela prática de atos atinentes ao Pregão Presencial nº 50/19, Processo Licitatório nº 151/19, deflagrado pelo Município de Conceição do Mato Dentro, o Senhor José Fernando Aparecido de Oliveira, prefeito municipal, e as Senhoras Isabete Pires Figueiredo, secretária municipal de fazenda, e Thatiany Costa Vieira Silva, pregoeira.

Conforme individualmente examinado no decorrer deste voto, foram julgados procedentes os apontamentos “a”, “c”, “e”, “f”, “h”, “j” e “l”.

Todas essas irregularidades dizem respeito a impropriedades no conteúdo do edital e de seus anexos, os quais foram subscritos unicamente pelo Senhor José Fernando Aparecido de Oliveira, prefeito do Município de Conceição do Mato Dentro.

Assim sendo, afasto, de plano, a responsabilidade das Senhoras Isabete Pires Figueiredo, secretária municipal de fazenda, e Thatiany Costa Vieira Silva, pregoeira, por não ser possível a elas imputar conduta antijurídica e punível no caso concreto.

Cumpra, assim, verificar a responsabilidade do prefeito municipal em face do disposto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual prescreve que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. A norma qualifica e restringe as ações que são aptas a gerar a responsabilidade pessoal do agente, pois, além de afastar a possibilidade de responsabilização objetiva, exige que o ato culposo (erro) seja “grosseiro”.

No âmbito federal, foi editado o Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os arts. 20 a 30 da LINDB e trouxe a definição, em seu art. 12, § 1º, de erro grosseiro, o qual será “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O referido decreto federal aproximou, portanto, o conceito de erro grosseiro ao de culpa grave.

De acordo com a lição de Sérgio Cavalieri Filho⁷ “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal”.

Pode-se concluir, portanto, que o agente só poderá ser responsabilizado pessoalmente se sua conduta antijurídica for praticada com dolo ou culpa grave.

Em análise das irregularidades apuradas, considero que, em relação aos apontamentos “c”, “e”, “j” e “l”, não há que se falar em erro grosseiro do responsável.

Isso porque, em relação ao **apontamento “c”**, a substituição, em nosso ordenamento, do instituto da concordata pela recuperação judicial, nos termos da Lei nº 11.101/05, pode levar à alteração equivocada das referidas expressões nas cláusulas dos editais baseadas no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93. Ademais, no caso em análise, não houve prejuízo à competitividade, pois nenhuma licitante foi inabilitada ou apresentou impugnação relacionada a essa cláusula, tendo participado do certame três empresas, conforme se verifica da Ata do Pregão acostada à fl. 262 da peça nº 15. Por fim, o responsável afirmou, em sede de defesa à peça nº 22, que haveria a flexibilização da situação, na hipótese de alguma licitante estar em recuperação judicial ou extrajudicial, o que, a meu ver, justifica apenas a expedição de recomendação para que, em certames futuros, o Município de Conceição do Mato Dentro se abstenha de vedar a participação das licitantes que estejam em recuperação judicial ou extrajudicial, tendo em vista a ausência de fundamento legal para tanto. Ocorrendo a participação dessas licitantes, cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação, antes de habilitá-la, realizar diligências a fim de avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da interessada.

No que diz respeito ao **apontamento “e”**, ainda que o instrumento convocatório, sem qualquer justificativa, contenha previsão mais restritiva que o comando do art. 32 da Lei nº 8.666/93, entendo que essa falha não configura erro grosseiro a autorizar a responsabilização do agente, nos termos do art. 28 da LINDB, sendo cabível a emissão de recomendação aos responsáveis para que, em futuros certames, caso opte por prever no instrumento convocatório os meios

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

aceitos para autenticação dos documentos a serem apresentados no curso do procedimento licitatório, respeite o escopo de autorizações do art. 32 da Lei nº 8.666/93.

Já no que se refere ao **apontamento “j”**, embora haja expressa determinação legal para que se estabeleça cláusula de correção entre a data de vencimento da obrigação e do efetivo pagamento (art. 55, III, da Lei nº 8.666/93), a jurisprudência pátria defende a obrigação de correção, independentemente de previsão contratual. Assim sendo, a incorreção identificada não acarretou, *a priori*, qualquer prejuízo ao contratado, sendo suficiente que se recomende aos atuais gestores municipais que, na elaboração de futuros certames, observem o disposto nos art. 40, XIV, “c”, c/c art. 55, III, da Lei nº 8.666/93, com a previsão de critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Da mesma forma, quanto ao **apontamento “l”**, não obstante a irregularidade identificada, não há nos autos qualquer elemento que indique que ela acarretou lesão ou restrição à regular realização do procedimento licitatório, caracterizando-se a inconsistência apurada como mera falha formal a ensejar apenas a expedição de recomendação aos atuais gestores para que, em caso de deserção dos procedimentos licitatórios deflagrados, mantendo-se a Administração interessada em promover a contratação anteriormente pretendida, observe a devida numeração quando da republicação do ato convocatório.

Contudo, quanto às demais irregularidades apontadas, identificadas nos **apontamentos “a”**, **“f”** e **“h”**, constata-se que elas dizem respeito à própria definição do objeto e ao detalhamento de seus custos. Conforme demonstrado, a definição dos serviços a serem executados para a prestação do objeto fora imprecisa, não tendo sido precificadas detalhadamente diversas atividades previstas no Termo de Referência e definido cronograma de trabalho compatível.

A omissão na definição desses elementos do objeto impactou na elaboração da proposta, tendo sido apurado inclusive certo descompasso entre o disposto no edital e no Termo de Referência e as razões de defesa apresentadas pelos responsáveis.

Ademais, do estudo dos autos, verifica-se que o vício constante no ato convocatório em comento decorreu da inobservância de referência legal expressa e que deveria ser do conhecimento do agente escritor do edital, o que evidencia, pois, a falta de cautela, inerente à culpa grave.

O responsável, ainda que não tenha agido com dolo, não se ateu às exigências previstas na legislação de regência, especialmente o disposto no art. 10, II, c/c art. 40, caput, no art. 7º §2º, III, c/c art. 8º, caput, e art. 40, XIV, “b”, e no art. 7º, §2º, II, c/c art. 40, caput, todos da Lei nº 8.666/93.

Nesse cenário, considero estar devidamente demonstrada a ocorrência de erro grosseiro nos termos do art. 28 da LINDB, o que enseja a aplicação de multa no importe de R\$1.000,00 (mil reais) ao Senhor José Fernando Aparecido de Oliveira, prefeito do Município de Conceição do Mato Dentro e único subscritor do edital, com fulcro no art. 85, II, da Lei Complementar nº 102/08.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia oferecida em razão da ocorrência das seguintes irregularidades no ato convocatório do Pregão Presencial nº 50/19, Processo Licitatório nº 151/19, deflagrado pelo Município de Conceição do Mato Dentro:

1. omissão quanto ao regime de execução e ausência do cronograma físico-financeiro (**Apontamento “a”**);

2. proibição de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial (subitem 4.2.1 do edital) (**Apontamento “c”**);
3. imposição da autenticação dos documentos apenas por meio de cartório e de servidores da Administração (subitens 7.3.2 e 7.3.3 do edital) (**Apontamento “e”**);
4. omissão quanto à regulamentação e ao prazo para serviços iniciais de implantação, bem como eventuais customizações e testes previstos (subitem 5.6 do termo de referência) (**Apontamento “f”**);
5. ausência de informações e omissão na precificação dos serviços (subitem 2.2 do termo de referência e anexo VI) (**Apontamento “h”**);
6. ausência de critérios obrigatórios de atualização financeira, no caso de atraso dos pagamentos (**Apontamento “j”**);
7. republicação de novo edital com a mesma numeração do ato convocatório anterior, referente à licitação deserta (**Apontamento “l”**).

Aplico multa no importe de R\$1.000,00 (mil reais) ao Senhor José Fernando Aparecido de Oliveira, prefeito do municipal e único subscritor do edital, com fulcro no art. 85, II, da Orgânica do Tribunal, em razão das falhas descritas nos **Apontamentos “a”, “f” e “h”**, as quais denotam a insuficiência na definição do objeto e estimativa de seus custos.

Recomendo aos atuais gestores que, em futuros certames:

1. deixem de estabelecer vedação à participação das licitantes que estejam em recuperação judicial ou extrajudicial, tendo em vista a ausência de fundamento legal para tanto, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação, antes de habilitá-las, realizar diligências a fim de avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira das interessadas;
2. caso optem por prever no instrumento convocatório os meios aceitos para autenticação dos documentos a serem apresentados no curso do procedimento licitatório, respeitem o escopo de autorizações do art. 32 da Lei n. 8.666/93;
3. observem o disposto no art. 40, XIV, “c”, c/c o art. 55, III, da Lei n. 8.666/93 e prevejam os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
4. quando declarado deserto procedimento licitatório, renovem a numeração em caso de republicação do edital, em consonância com o art. 38 c/c o art. 40, ambos da Lei n. 8.666/93.

Intimem-se o denunciante e os responsáveis acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

* * * * *