



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

Processo Licitatório nº 11/2019

PROCESSO SEI: Nº 19.16.3720.0000425/2018-43

Objeto: Contratação de empresa especializada para implantação de solução de telefonia IP com manutenção preventiva e corretiva de todo o ambiente de telefonia da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais

Requerente: Telemar Norte Leste S.A – em Recuperação Judicial.

ESCLARECIMENTOS ADMINISTRATIVOS

A Telemar Norte Leste S.A – em Recuperação Judicial apresentou peça impugnativa, referente ao processo licitatório em epígrafe, porém, a empresa impugnante não cumpriu a exigência editalícia quanto à forma de apresentação da impugnação, estando em desconformidade com o Item 3 e seus subitens que assim dispõe:

3.2. O instrumento de impugnação deverá ser dirigido ao Pregoeiro e encaminhado ao Protocolo-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, acompanhado de fundamentação do alegado e instruído de eventuais provas que se fizerem necessárias.

3.2.1. A impugnação deverá ser assinada pelo cidadão, acompanhada de cópia do seu documento de identificação com foto, contendo número do seu RG ou CPF, ou pelo representante legal da empresa licitante, com indicação de sua razão social, número do CNPJ e endereço, acompanhada de todos os documentos necessários à comprovação do poder de representação do signatário.

Entretanto, em atenção ao direito constitucional de petição e ao princípio da autotutela, considerando ainda que, conforme previsto no art. 10 da Lei Estadual nº 14.184/2002, todo assunto submetido ao conhecimento da Administração tem o caráter de processo administrativo, revela-se prudente o recebimento da presente demanda como requerimento administrativo, a fim de que sejam esclarecidos os apontamentos realizados pela empresa supracitada.

Isto posto, considerando a interpelação da requerente sobre o instrumento convocatório, formulados em 10 tópicos, são prestados os seguintes esclarecimentos, conforme abaixo:

1 – Exigência quanto ao item 4.3.4 e Anexo IV do Edital



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

A requerente alega que a exigência estabelecida no item 4.3.4 bem como o definido no Anexo IV ambos do edital é desnecessária e excessiva, afetando a competitividade.

No entanto, não há nenhuma impropriedade no edital quanto à exigência editalícia, sendo que acerca do vínculo de parentesco o edital prevê:

(...)

4.1. "Não poderão participar da presente licitação as empresas que:

4.3.4 Possuírem em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de membros ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação, inclusive no período compreendido entre os 6 (seis) meses anteriores à publicação deste Edital até a presente data, conforme disposto na Resolução nº 37/09 do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pela Resolução nº 172/17;"

A observância da Resolução do CNMP nos editais da PGJ que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito dos órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, privilegia os princípios administrativos evitando lesões ao interesse público, notadamente, os princípios da moralidade e da impessoalidade.

Nesse sentido, vale destacar o entendimento do Tribunal de Contas da União, nº 6.620/2010-TCU-2ª Câmara, Relator Benjamin Zymle:

1.6.12 - exija que todas as entidades que recebem recursos provenientes de convênios ou ajustes similares vedem a participação em licitações e a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigentes, proprietários ou controladores: a) membros dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, bem como seus respectivos cônjuges, companheiros, e parentes em linha reta, colateral ou por afinidade até o 2º grau; e b) servidor público vinculado ao órgão ou entidade concedente, bem como seus respectivos cônjuges, companheiros, e parentes em linha reta, colateral ou por afinidade até o 2º grau; c) pessoas vinculadas à direção da entidade conveniente, bem como seus respectivos cônjuges, companheiros, e parentes em linha reta, colateral ou por afinidade até o 2º grau; em atendimento ao princípio da impessoalidade, que deve reger os atos da Administração Pública, e ao disposto no art. 9º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

Cita-se, também, o enunciado jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Sexta Turma, Processo: AG 451228020144010000, vejamos:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CEF. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE TENHAM COMO SÓCIOS PARENTES DE OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO NA EMPRESA PÚBLICA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA PUBLICIDADE E DA EFICIÊNCIA. I - Cláusula editalícia que veda a participação, no procedimento licitatório, de empresas cujos sócios, dirigentes ou administradores possuam relação de parentesco com funcionários ocupantes de cargos comissionados na Caixa Econômica Federal. II - Licitante que possui, na sua composição societária, dois sócios que têm laços familiares com servidores da CAIXA, detentores de cargos comissionados. III - Apesar da inexistência de vedação legal expressa, haja vista não constar a regra impugnada entre as hipóteses de impedimento previstas no art. 9º da Lei 8.666/1993, ela deve ser interpretada em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência inscritos no art. 37 da Constituição Federal. IV - Agravo de instrumento a que se nega provimento. Pedido de reconsideração prejudicado.

Dessa forma, não assiste razão a requerente pois o edital encontra-se em consonância com as normas legais, notadamente, os princípios basilares que regem a Administração Pública, sem, afetar o caráter de competição entre os licitantes.

2 – Sobre a exigência de consulta a determinados cadastros não previstos em lei.

Com relação ao pedido da requerente no Item em comento, a Assessoria jurídico-Administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça – MG foi suscitada a se manifestar, tendo emitido o seguinte parecer:

Esclarecemos que a análise deve ser feita tomando-se como base a legislação estadual, e não a legislação federal, como fez a Impugnante. De fato, de maneira diversa do que disposto pelo art. 87 da Lei Federal n. 8.666/93, o Decreto Estadual n. 45.902/2012, evitando dar brechas para discussões teóricas e doutrinárias, estabeleceu de maneira bem clara as sanções administrativas em seu art. 38, III, dispondo que "aos fornecedores que descumprirem total ou parcialmente os contratos celebrados com a Administração Pública Estadual serão aplicadas as sanções previstas no art. 87 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, com observância do devido processo administrativo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa", dentre as quais está prevista a "suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública **Estadual**, por prazo não superior a dois anos". Em outras palavras, o Decreto Estadual deixa claro que a suspensão temporária, nesses casos, abrange todo o Estado, e não somente o órgão penalizante. Despicienda, portanto, toda e qualquer discussão doutrinária referente ao tema no âmbito do Estado de Minas Gerais. Também não prospera a impugnação de que a consulta aos cadastros do CAGEF/CAFIMP não estaria prevista em lei, como dá a entender o título do Item 2 da Impugnação. A impugnante novamente incorre no erro de não analisar a legislação local, no caso a legislação do Estado de Minas Gerais. Nesse ponto, esclarecemos que a Lei Estadual n. 13.994/2001 estabelece no art. 12 que "os responsáveis pela realização de licitação no âmbito da Administração Pública estadual **consultarão o Cadastro em todas as fases do procedimento licitatório, tomando as necessárias providências para que sejam excluídas do processo licitatório as pessoas físicas ou jurídicas nele inscritas**". Portanto, a lei estadual estabelece como obrigação do servidor público a consulta ao sistema do CAGEF/CAFIMP, bem como a exclusão do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

processo licitatório das pessoas físicas ou jurídicas nele inscritas, sob pena, disposta no art. 14, de infração funcional mediante a instauração de processo administrativo-disciplinar. Ademais, ao tratar de questionamento idêntico ao presente, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nos termos da Denúncia n. 876.376, esclareceu não haver irregularidade na reprodução de dispositivos do Decreto Estadual n. 45.902/2012 nos editais de licitação, tendo em conta ser este um diploma normativo ao qual o servidor público estadual deve estrita obediência. Dessa feita, não encontramos vício ou irregularidade na exigência de consulta aos cadastros do CAGEF/CAFIMP, nem quanto à previsão da sanção de suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública Estadual, por prazo não superior a dois anos, às pessoas físicas ou jurídicas que se encontrarem incluídas nos referidos cadastros.

Portanto, não encontra razão a alegação da requerente.

3 – Limitação da responsabilidade da Contratada aos danos diretos comprovadamente causados à Contratante

A requerente refere-se à responsabilidade da Contratada aos danos causados à Contratante prevista na Cláusula Quinta, alínea “c”, sem previsão para o caso de apurar a responsabilidade seja por culpa ou por dolo.

A refutação da requerente não prospera, haja vista a ausência de leitura mais atenta às disposições do edital, pois se examina na Cláusula Quinta, alínea “c” do Anexo I do Edital, o seguinte teor:

c) Responder integralmente pelos danos causados à Contratante ou a terceiros, por culpa ou dolo decorrentes da execução deste Contrato, não havendo exclusão ou redução de responsabilidade decorrente da fiscalização ou do acompanhamento contratual exercido pela Contratante. (grifo nosso)

Resta evidente que o dever de indenizar por parte da Contratada há de ser verificado o eventual dano causado à Contratante, atado aos casos de culpa ou dolo.

Observa-se que a própria requerente menciona no art. 70 da Lei 8.666/93 que dispõe:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Portanto, a disposição no edital sobre o tema nada fere as normas afetas ao assunto, e encontra-se em consonância com o art. 70 da Lei 8.666/93, assegurados à Contratada o contraditório e a ampla defesa, isto posto, não cabe razão a requerente para correção no edital.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

4 – Das penalidades excessivas

Alega a requerente que a Cláusula Décima Terceira, item I, alínea “c”, da Minuta do Contrato determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, assim como a Medida Provisória n.º 2.172/01.

Importa esclarecer que este Órgão utiliza como parâmetro os percentuais de multa previstos no Decreto Estadual n.º 45.902/12, que regulamenta a Lei Estadual n.º 13994/01, nesse diapasão, transcrevemos o artigo 38 do mencionado Decreto:

Art. 38. Aos fornecedores que descumprirem total ou parcialmente os contratos celebrados com a Administração Pública Estadual serão aplicadas as sanções previstas no art. 87 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, com observância do devido processo administrativo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, observado o disposto neste Decreto:

I - advertência escrita - comunicação formal de desacordo quanto à conduta do fornecedor sobre o descumprimento de contratos e outras obrigações assumidas, e a determinação da adoção das necessárias medidas de correção;

II - multa - deverá observar os seguintes limites máximos:

- a) três décimos por cento por dia, até o trigésimo dia de atraso;
- b) dez por cento sobre o valor da nota de empenho ou do contrato, em caso de recusa do adjudicatário em efetuar o reforço de garantia;
- c) vinte por cento sobre o valor do fornecimento, serviço ou obra não realizada ou entrega de objeto com vícios ou defeitos ocultos que o torne impróprio ao uso a que é destinado, ou diminuam-lhe o valor ou, ainda, fora das especificações contratadas;

Portanto, o administrador não fez uso da discricionariedade, mas sim da legalidade, por isso, se consolida no Decreto supramencionado.

A lei de licitações prevê a necessidade de gradação de penalidade, ou seja, da mais leve a mais grave, de acordo com o caso concreto, nesse sentido, transcrevemos o Acórdão n.º 607/2016, Plenário, do Tribunal de Contas da União, ao determinar ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, que promova, nos futuros editais;

9.3.2. em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei 8.666/93, preveja, no edital e no respectivo contrato, situações claras para aplicação das penalidades, estabelecendo gradações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada (Relator Augusto Sherman)

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, elemento norteador das decisões da Administração Pública foi considerado, observados a aplicabilidade da sanção de acordo com a gravidade da infração.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

No tocante, a medida Provisória nº. 2172/01 não cabe a alegação da requerente, uma vez que os processos licitatórios possuem disposições próprias, sendo estas, criteriosamente, observadas na composição do Edital e Minuta do contrato.

Assim, não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade e da proporcionalidade, por isso, razão não assiste à requerente.

5 – Base de Cálculo Das Multas em caso de inexecução parcial do Contrato

Com relação à contestação da requerente sobre a Cláusula Décima Terceira, item I, alínea “c”, da Minuta do Contrato, a qual menciona o percentual da penalidade de multa compensatória requerendo sua incidência sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato, o pedido da requerente será acolhido com revisão no edital.

6 – Da Garantia de Execução

Neste tópico, a requerente alega que a apresentação de garantia de execução nos termos previstos na Cláusula Décima Segunda da Minuta do Contrato (Anexo I) e no item 2.8 do Modelo da Proposta (Anexo II) ambos do edital se mostram desarrazoadas no que concerne ao prazo estipulado para sua apresentação evocando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para que seja concedido prazo de 60 dias, além de modificação do percentual de 5% (cinco por cento) para 4% (quatro por cento) do valor contratado.

Vejamos o § 2º do art. 56 da Lei 8.666/93 que assim dispõe:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (grifo nosso)

Dessa forma, a mencionada garantia visa a resguardar a Administração de eventuais prejuízos decorrentes de inexecução Contratual devendo ser tratada em cada caso concreto e observadas as peculiaridades do objeto desta licitação, sendo assim, o setor técnico demandante foi consultado sobre o assunto tendo manifestado o seguinte:

a exigência da garantia contratual tem o condão de resguardar a administração de eventuais prejuízos decorrentes de inexecução parcial ou total do contrato, cujo objetivo é manter preventivamente e corretivamente o sistema de telefonia voip a ser implementado na Procuradoria-Geral de Justiça. Com relação à garantia de execução contratual, optamos por exigí-la no patamar de 5% sobre o valor do objeto de disputa.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

Por oportuno, colaciona-se o dispositivo da IN/SLTI/MP nº 06, de 23 de dezembro de 2013, alterando a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, transcrito abaixo:

Art. 19.(...)

XIX - exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos:

a) a contratada deverá apresentar, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação de serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato;

Dessa forma, não se encontram desproporcionais nem desarrazoadas os termos exigidos, estando de acordo com as normas legais.

7. Da Comprovação de Capacidade Econômico-Financeira

Sobre o assunto, a requerente pede modificação no item 3.2.5 do Anexo III do Edital para que a comprovação de capacidade econômico-financeira seja pelo capital social. Por demandar uma análise de natureza eminentemente técnica, a Comissão de Assessoria Contábil e Financeira à Licitação (CACFL) da Procuradoria-Geral de Justiça - MG foi suscitada a se manifestar. Segue abaixo o parecer emitido pela CACFL:

O Patrimônio Público é o resultado da diferença entre os valores do ativo e do passivo de uma entidade. O patrimônio líquido é um dos conceitos mais relevantes do balanço patrimonial de uma empresa. Faz referência às contas que apontam o valor contábil de uma entidade. Para isso, leva em consideração o capital social, os lucros ou prejuízos acumulados, o fluxo de caixa, entre outros, representando a real situação da empresa do ponto de vista econômico-financeiro. O capital social, do ponto de vista contábil, faz parte do patrimônio líquido, representando os valores recebidos pela empresa dos sócios, ou por ela gerados e que foram formalmente incorporados ao Capital. Assim, percebe-se que do ponto de vista contábil o capital social e patrimônio líquido possuem finalidades distintas. Portanto, entendemos que, em contratações públicas, tendo em vista a finalidade desses institutos, o mais adequado é a exigência do patrimônio líquido, que representa a situação real da empresa do ponto de vista econômico e financeiro. Diante do exposto, nos manifestamos pela manutenção do item 3.2.5 do Edital de Licitação relativo ao Pregão Eletrônico nº 011/2019 da forma em que se encontra.

3.2.5 - O licitante deverá comprovar que possui Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

8. Exigência de comprovação de questão subjetiva no atestado de capacidade técnica.

Sobre o atestado de capacidade técnica, a requerente aduz, em seu inconformismo, não ser razoável a exigida estabelecida no Item 4.1 do Anexo III do Edital quanto “à declaração de bom desempenho”.

Entretanto, não se deve interpretar de maneira isolada o que aduz a requerente neste tópico, pois a finalidade do atestado de capacidade técnica é justamente demonstrar que a empresa licitante detentora do documento cumpriu com as suas obrigações contratuais.

Sobre o assunto, segue a exposição clara de Marçal Justen Filho correspondente à qualificação técnica:

No que tange a empresas que tenham tido condutas desabonadoras em execuções de contratos similares, Marçal Justen Filho (2010, p. 462) entende ser possível inabilitá-la desde que o edital preveja a comprovação por parte da licitante de bom desempenho na execução de prestações semelhantes e que haja semelhança entre os objetos. A Administração pode apurar de ofício, mesmo que o interessado apresente outras declarações de atuação satisfatória. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2007, p. 528-529) também concorda com essa concepção. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.)

O objetivo dessa exigência é tão somente identificar se a empresa possui experiência na prestação de serviços do objeto ora licitado.

Portanto, não há que se falar em julgamento subjetivo na avaliação do atestado, ou afronta ao princípio da razoabilidade ou lesão à competitividade do certame, não cabe razão a requerente para correção no edital.

9. Inclusão de Cláusula a respeito do pagamento via nota fiscal com código de barras

Importa esclarecer que o edital não se mostra silente quanto à forma de pagamento, conforme adido pela requerente.

As condições de pagamento encontram-se previstas na Cláusula Oitava da Minuta de Contrato (Anexo I do Edital), não havendo, a priori, qualquer ilegalidade.

Entretanto, a requerente requer a alteração no edital para que o pagamento possa ser realizado mediante autenticação de código de barras para facilitar o reconhecimento eficiente do pagamento.

Por não haver impedimento para sua alteração, será acolhida a revisão no edital.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

10. Da Garantia à Contratada em caso de inadimplência da Contratante

No que diz respeito à inclusão de penalidade à Contratante por eventuais atrasos no pagamento, cumpre esclarecer, primeiramente, que a Procuradoria-Geral de Justiça, na execução de todos os seus contratos, preza pelo princípio da legalidade e pela observância aos deveres legais e contratuais a ela atinentes.

Pois bem, sobre o tema o Tribunal de Contas da União registrou interpretação a respeito de tal impossibilidade:

Súmula nº 226:

É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, aos Distrito Federal ou aos Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa.

Nessa esteira, destaca-se também o entendimento do Tribunal de Contas da União, na Súmula 205:

É inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão.

Assim, resta patente que o disposto no Edital se apresenta em conformidade com as súmulas do Tribunal de Contas da União, não havendo, nesse particular, qualquer modificação a ser efetuada no instrumento editalício.

Ademais, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), quando da apreciação da consulta nº 837.374, que versava sobre a inclusão no edital de cláusula que preveja a aplicação de multa à Administração Pública, também emitiu parecer no sentido de que se apresenta totalmente descabido tal pleito.

Sobre o assunto, vejamos o posicionamento do Relator Conselheiro Elmo Braz:

Mostra-se descabida, a menos em princípio, a inclusão de cláusula que preveja a aplicação de multa à Administração Pública em virtude de inexecução ou rescisão contratuais, contudo, não haveria, a priori, “vício e/ou nulidade no contrato que estabeleça cláusula penal (multa) somente em favor da Administração Pública”. (grifos nossos)

Acrescenta-se o julgado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que assim dispõe:

11852 – Contratação pública – Contrato – Cláusulas – Cláusula penal em favor do particular – Impossibilidade – TCE/MG
Em consulta encaminhada por prefeito ao TCE/MG, questionou-se se o contrato administrativo que estabelece cláusula penal somente em favor da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

Administração Pública estaria contaminado por vício e/ou nulidade. Conforme trecho do Informativo nº 51 do Tribunal, o Relator adotou o parecer da auditoria, no sentido de que “a incidência de normas de direito público aos contratos administrativos implica, inevitavelmente, no reconhecimento de prerrogativas à Administração Pública, entre elas a possibilidade de aplicação de sanções em razão da inexecução total ou parcial da avença.

Esclareceu que se exige a previsão tanto no edital do certame, como no contrato firmado com o licitante vencedor, das sanções para o caso de inadimplemento, com a fixação dos valores das multas aplicáveis. Observou que, nas hipóteses de inexecução ou rescisão contratuais por parte da Administração Pública, o particular não fica descoberto, sendo-lhe assegurado, nos termos do art. 78, XIV e XV, da Lei 8.666/93, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações por ele assumidas até que seja normalizada a situação, caso haja a suspensão da execução do contrato por prazo superior a 120 dias ou o atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados. (...)

No tocante à rescisão do contrato, aduziu que, tendo em vista o interesse público, alicerce dos contratos administrativos, bem como em respeito ao princípio da legalidade, mostra-se descabido, ao menos em princípio, a previsão de multa em favor do particular.

Salientou que é exatamente a presença do interesse público que justifica a sujeição dos contratos administrativos a um regime especial, conforme o qual, entre outras especificidades, não se admite a aplicação de multa em razão do inadimplemento da Administração. Corroborando tal entendimento, ressaltou o teor da Súmula 205 do TCU, segundo a qual “é inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão”. Diante do exposto, o relator concluiu ser descabida a inclusão de cláusula que preveja a aplicação de multa à Administração Pública em virtude de inexecução ou rescisão contratuais e não haver vício e/ou nulidade no contrato que estabeleça cláusula penal somente em favor da Administração Pública”. (TCE/MG, Consulta nº 837.374, Tribunal Pleno, Rel. Cons. Elmo Braz, Informativo nº 51, período de 15 a 28.08.2011.0 (grifo nosso)

Ante o exposto, havendo jurisprudência já consolidada a respeito do assunto, não há que se falar em previsão de penalidade à Contratante por eventuais atrasos no pagamento.

Prestados todos os esclarecimentos necessários, informo que as adequações no edital relativos à incidência do percentual da penalidade da multa para que seja sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso e não sobre o valor total do contrato, constante na alínea “c”, do Item I da Cláusula Décima Terceira do Anexo I do edital e no tocante à possibilidade de faturamento através de nota fiscal/código de barras para pagamento não afetam a formulação das propostas, mantendo-se inalteradas as datas constantes no edital. Dessa maneira, a licitação ocorrerá às 10 horas do dia 04/07/2019.

Belo Horizonte, 3 de julho de 2019.

Simone de Oliveira Capanema
Pregoeira