



**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL  
DO MUNICÍPIO  
PROCESSO N° 16.15  
DIA 10/06/24  
Folhas 11 135 Rubrica 12

**Processo: 1.615/2024**

**Assunto: Suscitação de Dúvida do Pregoeiro - Edital de Licitação - Pregão Eletrônico  
n. 90031 de 2024 - Processo Licitatório n. 1.615/2024**

Ao Ilmo. Sr. Subprocurador de Assuntos Administrativos;

## **I - DO RELATÓRIO**

Trata-se de dúvida suscitada pelo pregoeiro nos autos do Pregão Eletrônico n. 90.031 de 2024 - Processo Licitatório n. 1.615/2024, que tem por objeto o registro de preços para futura e eventual CONTRATAÇÃO de empresa especializada para o serviço de ALUGUEL DE CAMINHÕES, MÁQUINAS, TRATORES E EQUIPAMENTOS, para atender as necessidades das Secretarias de Infraestrutura e Logística, Obras e Serviços públicos, bem como as Subprefeituras, pelo período de 1 (um) ano.

Afirma o pregoeiro que, quanto à habilitação técnica, os atestados apresentados não possuíam averbação junto ao CREA, razão pela qual solicitou da empresa vencedora cópia dos contratos e as notas fiscais de faturamento respectivas.

A empresa **SD ENGENHARIA LTDA**, enviou em 03/06/2024, cópia dos contratos, sem no entanto ter encaminhado as notas fiscais requeridas. Após abertura de novo prazo, a empresa encaminhou a nota fiscal de nº 373, com valor total de R\$ 1.752.000,00 (um milhão, setecentos e cinquenta e dois mil reais), emitida em 03/06/2024 às 15:34:13, ou seja, **durante a sessão do pregão** referente aos serviços de locação de equipamentos, prestados a empresa **CONE ENGENHARIA**, discriminando no corpo da NF, o período de 12/11/2022 a 31/05/2024.

Assim, o pregoeiro responsável encaminhou os autos à esta assessoria para que fossem sanadas os seguintes questionamentos: a) se a prestação do serviço sem a emissão de Nota Fiscal à época própria configura fraude ou tão somente descumprimento de obrigação



**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL  
DO MUNICÍPIO

10/06/2024

Fls. 135 Rubrica 8

acessória; b) se os documentos apresentados (contratos de prestação de serviço, recibos de pagamento e comprovantes de depósitos bancários) se constituem em comprovantes de despesa e, portanto, se prestam a atestar a execução dos serviços; e c) se tais documentos possuem valor probante, com o intuito de subsidiar a decisão deste pregoeiro.

É o relatório, passa-se à fundamentação.

## II - DOS FUNDAMENTOS

Preliminarmente, verifica-se o que dispõe a Nova Lei de Licitações sobre recursos no bojo do procedimento licitatório.

Em matéria de recurso administrativo, dispõe o art. 165 da Lei n. 14.133/2021:

*Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*

*I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:*

*a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;*

*b) julgamento das propostas;*

*c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;*

*d) anulação ou revogação da licitação;*

*e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;*

*[...]*

*§ 2º O recurso de que trata o inciso I do caput deste artigo será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida, que, se não reconsiderar o ato*





**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL  
PROCESO MUNICIPAL 1615  
DIA 10/06/2024  
Rubrica 1756 Rubrica 8

*ou a decisão no prazo de 3 (três) dias úteis, encaminhará o recurso com a sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado do recebimento dos autos.” (sem grifos no original)*

Ou seja, o recurso deverá ser dirigido à autoridade competente (que nomeou o pregoeiro), por intermédio de quem praticou o ato recorrido (pregoeiro). Portanto, o pregoeiro, ao receber o recurso e sendo o mesmo conhecido, poderá julgá-lo procedente - ocasião na qual irá alterar a sua decisão, exercendo o juízo de retratação - ou improcedente - quando irá manter sua decisão, fundamentando-a, devendo, neste caso, remetê-lo à autoridade superior, devidamente informado, no prazo de cinco dias.

**No caso em análise em que pese se tratar de suscitação de dúvida, aplica-se o mesmo princípio. Como medida de apoio, o pregoeiro entendeu pelo encaminhamento dos autos à esta assessoria, por se tratar de questão eminentemente jurídica.**

**Entretanto, cabe ao pregoeiro receber, analisar e decidir os recursos e demais questões incidentais que surgirem no bojo do procedimento licitatório, e cabe à autoridade superior competente decidir os recursos contra os atos do pregoeiro, quando este mantiver sua decisão.**

Em pesquisa acerca da matéria, depreende-se que a autoridade que designou o pregoeiro é que detém competência para julgar o mérito dos recursos interpostos, que, no caso em tela, é a Secretaria de Infraestrutura e Logística, Obras e Serviços Públicos, responsável pelo procedimento licitatório, motivo pelo qual a esta especializada cabe apenas opinar juridicamente acerca do recurso.

**Isso porque as especificações técnicas contidas no processo licitatório, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, modalidade, requisitos e**



**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL  
PROCESO MUNICIPAL 16.15  
DIA 10/08/24  
Folhas N° 1457

avaliação do preço estimado são de inteira responsabilidade da secretaria requisitante, eis que detém o conhecimento técnico necessário para definir as exigências essenciais que melhor se adequam ao objeto licitado, bastando que estejam dentro da legalidade.

No caso em exame, conforme narrado no relatório, a Comissão de Pregão II se manifestou motivadamente pelo encaminhamento dos autos junto à esta assessoria para manifestação jurídica acerca das questões levantadas, notadamente sobre: a) se a prestação do serviço sem a emissão de Nota Fiscal à época própria configura fraude ou tão somente descumprimento de obrigação acessória; b) se os documentos apresentados (contratos de prestação de serviço, recibos de pagamento e comprovantes de depósitos bancários) se constituem em comprovantes de despesa e, portanto, se prestam a atestar a execução dos serviços; e c) se tais documentos possuem valor probante, com o intuito de subsidiar a decisão deste pregoeiro.

Desta forma, passa-se à análise da questão jurídica.

## **II.1 - Da Vinculação ao Instrumento Convocatório**

Nas sábias palavras de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 30a ed., SP: Malheiros, p. 283), o edital é a lei interna da licitação e vincula inteiramente a Administração e os proponentes.

Assim, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 5º, da Lei n. 14.133/2021, *in verbis*:

*“Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do*





**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL  
PROCESSO MUNICIPAL 16.15  
DIA 10/08/2024  
Folhas Nº 1458 Rubrica 10

*julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*

O princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório possui extrema relevância, na medida que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas, como leciona Lícínia Rossi em seu Manual de Direito Administrativo (2015, p. 530):

*“Além das disposições legais aplicáveis num procedimento licitatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha essencialmente vinculada (art. 41 da Lei n. 8.666/93)”.*

Trata-se de uma garantia não só para a Administração, mas também para todos os licitantes, conferindo lisura na realização do certame, eis que todas as partes envolvidas têm conhecimento das regras a serem aplicadas.

Conforme narrado anteriormente, o mérito da indagação formulada gira em torno de três pontos centrais, quais sejam: a) se a prestação do serviço sem a emissão de Nota Fiscal à época própria configura fraude ou tão somente descumprimento de obrigação acessória; b) se os documentos apresentados (contratos de prestação de serviço, recibos de pagamento e comprovantes de depósitos bancários) se constituem em comprovantes de despesa e, portanto, se prestam a atestar a execução dos serviços; e c) se tais documentos possuem valor probante, com o intuito de subsidiar a decisão deste pregoeiro.



**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL  
DO MUNICÍPIO  
DIA 10/08/2024  
Folhas 11º 1759

## **II.2 - Da existência de fraude ou mero descumprimento de obrigação acessória**

A obrigação tributária se divide em principal e acessória, sendo certo que a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente, enquanto que a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Assim, são consideradas acessórias aquelas obrigações que possuem como objetivo auxiliar a Fazenda Pública na fiscalização do regular cumprimento da obrigação tributária principal, podendo consistir em obrigações positivas ou negativas.

Dessa forma, entende-se que o ente federado respectivo pode instituir dever instrumental a ser observado pelas pessoas físicas ou jurídicas, a fim de inviabilizar o exercício do poder-dever fiscalizador da Administração Tributária, ainda que o sujeito passivo da aludida obrigação acessória não seja contribuinte do tributo, ou ainda que inexistente, em tese, hipótese de incidência tributária, desde que observada a proporcionalidade. Por tal razão, entende-se que a obrigação acessória possui caráter autônomo em relação à principal, pois mesmo não existindo obrigação principal a ser adimplida, pode haver obrigação acessória a ser cumprida.

Dentro de tal contexto, a obrigação legal de apresentação de nota fiscal se constitui verdadeira obrigação acessória, posto que visa auxiliar a Administração Tributária na arrecadação dos tributos de sua competência.

Cabe pontuar que o descumprimento da obrigação acessória, além de descumprimento de dever legal, pode, em alguns casos configurar tipo penal, verdadeiro crime contra a ordem tributária, o que irá depender da existência de dolo que pode ser aferido pela continuidade da prática.





**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCESSO Nº

DIA 10/05/20

PROCURADORIA GERAL  
DO MUNICÍPIO

Processo Nº 16.433/24  
Rubrica 8 Fls. 47

Assim, pode ser citado que o caso em tela pode, em análise abstrata, se enquadrar na redação da Lei 8.137/1990, como se extrai:

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.”.

De toda sorte, considerando que a tutela central é a aquisição de verbas por parte da Fazenda, o entendimento prevalente é no sentido de que a o pagamento integral do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º da Lei nº 10.684/2003, como se verifica:

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação



**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCESSO Nº 16.433/24  
RUBRICA 8 FLs: 48

PROCURADORIA GERAL  
DO MUNICÍPIO  
Folhas Nº 1761 Rubrica p

da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PAGAMENTO DO TRIBUTOS. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite.

**2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.**

3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003.”

(STJ. 5ª Turma.HC 362478-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/9/2017 (Info 611)).

O entendimento também é prevalente no âmbito do STF, como se insere:





**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL  
PROCESSO MUNICIPAL Nº 1665

DIA 10/03/2016

Folhas Nº 176 Rubrica 8

Processo Nº 16433/24  
Rubrica 8 Fls. 49

“Recurso ordinário em habeas corpus. Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP). Condenação. Trânsito em julgado. Pagamento do débito tributário. Extinção da punibilidade do agente. Admissibilidade. Inteligência do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. Ausência de comprovação cabal do pagamento. Recurso parcialmente provido para, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, determinar ao juízo das execuções criminais que declare extinta a punibilidade do agente, caso venha a ser demonstrada, por certidão ou ofício do INSS, a quitação do débito

1. Tratando-se de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP), o pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes.

2. Na espécie, os documentos apresentados pelo recorrente ao juízo da execução criminal não permitem aferir, com a necessária segurança, se houve ou não quitação integral do débito.

3. Nesse diapasão, não há como, desde logo, se conceder o writ para extinguir sua punibilidade.

4. De toda sorte, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, cumprirá ao juízo das execuções criminais declarar extinta a punibilidade do agente, caso demonstrada a quitação do débito, por certidão ou ofício do INSS. 5. Recurso parcialmente provido.”.

(STF. 2ª Turma. RHC 128245, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 23/08/2016.).

De toda sorte, a preocupação com os mecanismos de tutela tributária em prol da Fazenda Pública pode ser exemplificado através de recente debate travado no Supremo Tribunal Federal sobre se o não recolhimento de ICMS próprio regularmente declarado pelo contribuinte pode ser enquadrado penalmente como apropriação indébita tributária.



**NOVA  
FRIBURGO**  
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL  
DO MUNICÍPIO

Processo N° 16.433/24  
Data 10/05/2024  
Folhas N° 1763 Rubrica 8

O Min. Roberto Barroso, relator do caso, assinalou em seu voto que o valor do ICMS cobrado em cada operação comercial não integra o patrimônio do comerciante. Ele é apenas o depositário desse ingresso de caixa, que, depois de devidamente compensado, deve ser recolhido aos cofres públicos. A falta desse recolhimento, para o ministro, não é mero inadimplemento tributário, mas apropriação indébita. Este crime, contudo, exige a demonstração do dolo (intenção de cometer o crime). Assim, é preciso examinar o caso concreto para distinguir os comerciantes que enfrentam dificuldades dos que adotam a prática incorreta. **“O inadimplente eventual é totalmente diferente do devedor contumaz, que faz da inadimplência tributária seu modus operandi”**, explicou. Para o relator, os crimes tributários privam os pais de melhorar a vida de seus cidadãos, e a falta de recolhimento intencional e reiterado do ICMS prejudica não só o Erário, mas a livre concorrência, pois uma empresa que sistematicamente deixa de recolher o tributo se coloca em vantagem competitiva em relação à que cumpre suas obrigações.

**Na ocasião, a tese fixada foi a seguinte: “O contribuinte que deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990 desde que aja com intenção de apropriação do valor do tributo a ser apurada a partir das circunstâncias objetivas factuais”. (RHC 163334)**

Cabe pontuar que o mesmo raciocínio se aplica à presente questão, ou seja, deve ser verificada se o não cumprimento da obrigação acessória de emissão da nota fiscal foi falha eventual ou se se constitui em verdadeiro modus operandi da empresa para se furtar do cumprimento de obrigações tributárias principais. De toda sorte, no caso em análise, o fato da empresa responsável apenas ter emitido a nota em 03/06/2024, ou seja, durante a sessão do pregão, causa estranheza à esta acessoria, fazendo com que os documentos apresentados possuam sua idoneidade questionável.