

DENÚNCIA N. 886460

Denunciante: Vanderleia Silva Melo
Denunciada: Prefeitura Municipal de Perdizes
Exercício: 2013
Responsáveis: Fernando Marangoni e José Jairo Alves Martins
Procurador(es): Adenilton de Oliveira Sousa - OAB/MG 114587, Amanda Mattos Carvalho Almeida - OAB/MG 127391, Arnaldo Silva Júnior - OAB/MG 72629, Flávio Roberto Silva - OAB/MG 118780, Juliana Degani Paes Leme - OAB/MG 97063, Rafael Tavares da Silva - OAB/MG 105317, Raphael David Duarte Mariano - OAB/MG 135397, Rodrigo Ribeiro Pereira - OAB/MG 83032
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS, PROTETORES E CÂMARAS DE AR. EXIGÊNCIA DE PNEUS DE FABRICAÇÃO NACIONAL. INDEFINIÇÃO DO PRAZO DE ENTREGA. AUSÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO EM SEDE DE HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TROCA E RECAPAGEM DOS PNEUS. RESTRIÇÃO AOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO. RESTRIÇÃO DA PUBLICIDADE. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES.

1. A Administração Pública somente pode estabelecer preferência por produtos nacionais diante das condições estabelecidas pelo art. 3º da Lei n. 8666/93, inserindo-se no edital licitatório, como critério de julgamento, a aplicação da margem de preferência, na hipótese de apresentação de propostas de preços para produtos importados e produtos nacionais. É ilegal inserir condições não previstas em lei, que resultem em preferência ou benefício a determinados licitantes em detrimento dos demais.
2. O edital deverá prever de forma clara e precisa a forma de entrega e cumprimento dos bens e serviços objetos da licitação, não dando margem para contradições e obscuridades.
3. O Termo de Referência deverá ser completo, de forma a conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração.
4. É razoável a exigência de Certidão Negativa de Débito, sem indicação expressa da possibilidade de apresentação da Certidão Positiva de Débito com Efeitos de Negativa, uma vez que o Código Tributário Nacional – CTN equipara as duas Certidões.
5. A exigência de apresentação de Alvará de Funcionamento em sede de habilitação configura-se afronta aos princípios da legalidade e da competitividade.
6. Considerando a inclusão de prestação de serviços no objeto do edital, faz-se importante seu devido detalhamento e especificação. A ausência desses requisitos é irregular.

7. A restrição ao meio presencial para impugnação do edital constitui afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório, em dissonância com o disposto na Lei n. 10.520/2002. Os recursos e impugnações devem ser recebidos também por meios usuais, ou seja, correios, fac-símile ou e-mail, desde que no prazo estipulado e protocolados pela Administração.

8. O procedimento licitatório deverá observar o Princípio da Publicidade e a Lei de Acesso à Informação.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

30ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 10/10/2017

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Denúncia formulada por Vanderleia Silva Melo, fl. 01/20, face a possíveis irregularidades constantes no edital do Pregão Presencial n. 024/2013, Processo Licitatório n. 049/2013, da Prefeitura Municipal de Perdizes, cujo objeto é a “contratação de empresa para fornecimento de pneus novos de fabricação nacional, protetores e câmaras de ar, conforme solicitação da Secretaria Municipal de Máquinas e Transportes”.

No dia 15/03/2013, a documentação foi recebida como Denúncia, fl. 94.

Em manifestação preliminar, a Unidade Técnica desta Casa, fl. 98/107, manifestou-se pela ocorrência de irregularidades e, por isso, pela citação dos responsáveis, Sr. Fernando Marangoni, Prefeito Municipal à época e Sr. José Jairo Alves Martins, Pregoeiro para apresentarem defesa.

Em seguida, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, fl. 110/117-v, em manifestação preliminar, vislumbrando irregularidades, também opinou pela citação dos responsáveis.

Os responsáveis foram regularmente citados, fl. 121/122, apresentaram defesa fl. 123/157 e encaminharam documentação fl. 158/492.

Em 15/02/2017, fl. 496, os autos foram redistribuídos a esta relatoria.

Ato contínuo, encaminhados os autos para Unidade Técnica, manifestou pela manutenção das seguintes irregularidades, que ensejariam a aplicação de multa (fl. 497/515), *in verbis*:

1. Exigência de produtos de fabricação nacional;
2. Contradição na fixação do prazo de entrega dos produtos licitados;
3. Insuficiência do Termo de Referência;
4. Exigência de alvará de funcionamento em sede de habilitação;
5. Meios restritivos de impugnação ao edital e interposição de recurso;
6. Ausência de especificação dos serviços de troca e recapagem dos pneus.
7. Publicidade restrita do instrumento convocatório, em descumprimento ao disposto no art. 8º, § 1º, IV, da Lei nº 12.527/2011.

Por fim, o *Parquet*, fl. 516/521, coadunando com a manifestação da Unidade Técnica, opinou, ainda, pela ocorrência das seguintes irregularidades: exigência de certidão negativa de débitos fiscal e trabalhistas; ausência de planilha de preços unitários estimados da contratação como

anexo do edital; não utilização do sistema de registro de preços, entendendo pela aplicação de multa aos responsáveis.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Mérito

A questão cinge-se à análise de irregularidades no âmbito do Processo Licitatório n. 049/2013, Pregão Presencial n. 024/2013, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Perdizes, cujo objeto era a contratação de empresa para fornecimento de pneus novos de fabricação nacional, protetores e câmaras de ar para todos os veículos e máquinas da frota municipal.

De forma a enfrentar todas as irregularidades apontadas pela denunciante, pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto a essa Corte, foram divididas em tópicos, senão vejamos:

1. Da exigência de produtos de fabricação nacional:

Conforme se verifica do item “DO OBJETO” no edital do Pregão Presencial n. 024/2013, restou fixado como requisito, que os pneus fossem de fabricação nacional, *in verbis*:

A contratação de empresa para fornecimento de pneus novos de **fabricação nacional**, protetores e câmaras de ar, conforme solicitação da Secretaria Municipal de Máquinas e Transportes, para todos os veículos e máquinas da frota do Município de Perdizes, conforme as especificações detalhadas no Anexo I, que faz parte do Edital.

Aduz a denunciante que a legislação federal não veda a participação de produtos e serviços de origem estrangeira e, por isso, o edital em análise contraria o disposto no art. 3º, §2º, III da Lei n. 8.666/93.

Em sua defesa, os responsáveis alegaram que, no caso concreto, diante da ausência de ofensa a competitividade, a regra poderia ser afastada.

Conforme manifestação da Unidade Técnica, em um procedimento licitatório, o tratamento isonômico faz-se imprescindível, não sendo possível, portanto, que fosse estabelecida a exigência de produtos de fabricação nacional.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho¹:

Não se figura como constitucional a mera invocação do interesse nacional como fundamento para produzir contratações desastrosas para os cofres públicos. Uma é situação em que a Administração privilegia fornecedores estabelecidos no Brasil como instrumento da obtenção de benefício para o Brasil. Outra é a situação em que a Administração simplesmente desembolsa valores superiores aos que seriam necessários para obter bens e serviços cujo fornecimento não traduz em benefício para a Nação, mas apenas para algum sujeito específico.

Ou seja, não se vislumbra como cabível produzir discriminação entre brasileiro e estrangeiro, pura e simplesmente. A diferenciação de tratamento apenas pode justificar-se como forma de realização do bem comum.

Acerca do mesmo assunto, já me manifestei em outras oportunidades, coadunando com o entendimento de que é vedado o tratamento diferenciado imposto por agente público a empresas brasileiras e estrangeiras, salvo para desempate, conforme voto exarado no processo n. 880612:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 12 ed.

DENÚNCIA. PREGÃO. AQUISIÇÃO DE PNEUS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. MÉRITO. **EXIGÊNCIA DE PNEUS DE FABRICAÇÃO NACIONAL**. AUSÊNCIA DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO E DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. RAZÕES DE RESCISÃO CONTRATUAL SEM PREVISÃO LEGAL. IRREGULARIDADES. PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÕES.

1. A **Administração Pública somente pode estabelecer preferência por produtos nacionais diante das condições estabelecidas pelo art. 3º da Lei n. 8666/93, inserindo-se no edital licitatório, como critério de julgamento, a aplicação da margem de preferência, na hipótese de apresentação de propostas de preços para produtos importados e produtos nacionais**. É ilegal inserir condições não previstas em lei, que resultem em preferência ou benefício a determinados licitantes em detrimento dos demais. (grifo nosso).

Sendo assim, a exigência constante no edital de que os produtos fossem de fabricação nacional é irregular, por contrariar preceitos da Lei n. 8.666/93.

2. Da ausência de definição do prazo de entrega dos produtos e serviços

Compulsando o edital em análise, verifica-se nos itens 13.1 e 13.4, orientações quanto a entrega dos produtos licitados, mas ausente prazo específico, contrariando o disposto no art. 40, II da Lei n. 8.666/93:

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:

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação; (grifo nosso)

Manifestaram os responsáveis pela inocorrência de irregularidade quanto a ausência de fixação de prazos, uma vez que se pautaram em um planejamento, através do qual não submeteram as empresas licitantes vencedoras a demandas em prazo exíguo.

Instada a se manifestar, a Unidade Técnica assim aduziu:

Constata-se que, de fato, encontrava-se previsto no item 2.2 do Anexo VII do Edital (Minuta do Contrato – fls.246/249) o prazo de 07 (sete) dias para entrega do produto licitado. Todavia, tal fato contrasta-se com a regra contida no item 13.4 do Edital (fl.234), a qual prevê que o prazo de entrega do objeto “será após o efetivo recebimento da requisição de compras”, sem especificar o prazo. E mais, os prazos previstos na Carta Proposta, Anexo V, do Edital, fls.242/244 são contraditórios, uma vez que foi estipulado o “prazo mínimo de 48hs de entrega do material mediante requisição do setor de compras”, bem como consta que o prazo de fornecimento “Será inicia-se com a assinatura do contrato até a vigência do Contrato” (sic). Dessa forma, não estamos diante de uma conformação do Edital, conforme alega a defesa, mas, sim, diante de uma contradição, passível de induzir a erro potenciais interessados no certame.

Da mesma forma, manifestou-se o *Parquet* pela irregularidade constante do edital ao não prever, de forma clara e precisa o prazo de entrega/cumprimento dos bens e serviços objetos da licitação.

Em conformidade com o posicionamento da Unidade Técnica e do Ministério Público junto a esta Corte, entendo que não restou clara e objetiva a fixação do prazo para execução do contrato e, tampouco, para entrega do objeto da licitação, o que, concretamente, poderia

comprometer a participação de outros interessados, razão pela qual considero irregular o apontamento.

3. Da ausência de planilhas de preços unitários e do valor estimado da contratação, como anexo do Edital

Sob o argumento de que a ausência de planilhas de preços unitários como anexo do edital fere os princípios da publicidade e isonomia, em sua manifestação preliminar, a Unidade Técnica entendeu pela sua irregularidade.

Aduziram os responsáveis, em sede de defesa:

De outro norte, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas Estaduais, vêm entendendo que na licitação na modalidade Pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, ficando a critério do gestor a sua utilização ou não.

Em reexame, após minuciosa análise da defesa e dos julgados desta Casa, a Unidade Técnica concluiu não ser razoável a aplicação de multa, mas sim a recomendação para que em próximos editais conste o referido instrumento como anexo, em observância aos princípios da transparência e economicidade.

Em outras oportunidades, defendi a obrigatoriedade de publicação da planilha de custos unitários como anexo do edital do pregão, em homenagem ao princípio da publicidade e com vistas a possibilitar mais controle sobre os preços praticados pela Administração.

Entretanto, esta egrégia Primeira Câmara e o Plenário desta Casa vêm entendendo de modo diverso, ou seja, que a Lei n. 8.666/1993 é aplicada apenas subsidiariamente ao Pregão, por força do art. 9º da Lei n. 10.520/2005, manifestando-se pela não obrigatoriedade de divulgação dos preços orçados em anexo do edital, como se depreende do que foi decidido na Denúncia n. 888164 e no Recursos Ordinários 951629 e 887858.

Dito isso, pontuo que modifico meu entendimento, alinhando-me à jurisprudência majoritária desta Casa, por não considerar irregular a ausência de planilha de custos unitários como anexo do edital, propondo, entretanto, que seja expedida recomendações ao atual gestor para que, nos próximos pregões, a anexação do orçamento ao instrumento convocatório seja levada em conta, como boa prática de gestão.

4. Da insuficiência do Termo de Referência

Manifestando-se preliminarmente, após análise dos autos, o *Parquet* verificou a inexistência de anexo ao edital o Termo de Referência, instrumento obrigatório que discrimina os elementos necessários e suficientes à avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, à verificação da compatibilidade da despesa com a disponibilidade orçamentária, ao julgamento e classificação das propostas, à definição dos métodos de execução do serviço e à definição do prazo de execução do contrato, contrariando o disposto no art. 40, §2º, I da Lei n. 8.666/93.

Defendendo-se, os responsáveis sustentam que o Termo de Referência constante do Pregão Presencial n. 024/2013 atende aos requisitos elencados pelo TCU, quais sejam, descrição do objeto do certame, critérios de avaliação do custo do bem ou serviço pela Administração, considerando os preços praticados no mercado e, insurgindo-se que se trata de documento prévio ao procedimento licitatório.

A Unidade Técnica opina, *in verbis*:

Analisando os requisitos suscitados pelo Ministério Público de Contas em relação ao “Anexo I – Descrição do Objeto”, documento indicado pela defesa como Termo de Referência do certame em comento, constata-se que referido instrumento é insuficiente.

Verifica-se que o Termo de Referência apresentado nos autos é insuficiente, pois não constam os requisitos exigidos para conformidade do documento, conforme Cartilha publicada por este Tribunal, intitulada “Como elaborar Termo de Referência ou Projeto Básico” (...).

Em relação ao Termo de Referência, Marçal Justen Filho², assim dispõe:

A função e a natureza do termo de referência equivalem às do projeto executivo, previsto na Lei nº 8.666. Aliás, é irrelevante a denominação atribuída, eis que o fundamental é a satisfação do dever administrativo de planejamento sério e satisfatório acerca da futura contratação.

(...)

Ou seja, não é possível remeter a solução de dificuldades e problemas para momento posterior à formalização da contratação. Mais precisamente, a formalização da contratação deverá contemplar todos os elementos fundamentais. E, indo ainda mais longe, é necessário que a Administração disponha de todas as informações necessárias a determinar a necessidade, a viabilidade e a conveniência da contratação.

Ainda sobre o Termo de Referência, em voto exarado na Denúncia n. 835922, o eminente Conselheiro Gilberto Diniz assim se manifestou:

De fato, cabe esclarecer que o art. 4º da Lei nº 10.520, de 2002, ao prever as regras que devem ser observadas, na fase externa do pregão, determina, no inciso III, que: “do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso.” Por sua vez, o art. 3º, que cuida da fase interna do certame, estabelece, no inciso I, que “a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento”.

Percebe-se, portanto, que, entre os elementos essenciais e obrigatórios, nos editais de pregão, não consta o termo de referência. Todavia, é cediço que tal documento integra o procedimento licitatório, na modalidade de pregão, serve de base para a elaboração do edital e deve conter os elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração mediante orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato.

Nesse contexto, considerando a incompletude do Termo de Referência em comento uma vez que só consta o quantitativo e a sucinta descrição do produto, conforme se infere a fl. 237/238, entendo que o edital é irregular nesse aspecto.

5. Da necessidade de ampla pesquisa de preços

Segundo o Ministério Público junto ao Tribunal, os responsáveis não comprovaram a realização de ampla pesquisa de preços na fase interna do certame, reiterando que:

A pesquisa de preços é procedimento obrigatório e prévio à realização de procedimentos licitatórios, pois serve de base para verificação da existência de recursos orçamentários suficientes para cobrir o pagamento de tais despesas, além de servir de parâmetro objetivo

² JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5ª ed. rev.e atualizada. São Paulo. Ed: Dialética. 2009

para julgamento das ofertas apresentadas, conforme previsto no art. 43, inciso IV, da Lei Federal n. 8.666/93.

Ocorre que, com a devida vênia, em conformidade com o entendimento da Unidade Técnica, compulsando os autos, verifiquei à fl. 165/173, que foi realizada pesquisa de mercado com 3 (três) empresas do ramo, quais sejam: “Pneus Visa Ltda.”, “Grupo Santa Helena” e “Auto Peças e Auto Center Perdizes Ltda. – ME”.

Nesse aspecto, afasto o apontamento ministerial, em razão de não vislumbrar a ocorrência de irregularidade quanto a realização de pesquisas de preço e verificação de valor estimado para contratação com base em preço médio do mercado.

6. Da entrega parcelada – Sistema de Registro de Preços

De forma a sustentar a ocorrência de irregularidade quanto a cláusula 1.1 do edital, que previa que “o objeto deverá ser entregue de forma parcelada, imediatamente após o efetivo recebimento da requisição de compras, pela Prefeitura de Perdizes”, o Ministério Público junto ao Tribunal esposou seu entendimento no sentido de que, nos casos de entrega parcelada de produtos deveria ser adotada a modalidade Registro de Preços, mostrando-se como um poder-dever do administrador-público.

Em sede de defesa, os responsáveis alegaram que o Sistema de Registro de Preços era instrumento novo à época e que a modalidade licitatória Pregão era a forma habitual de adquirir produtos com a entrega parcelada, de acordo com a necessidade. Sustentam que não houve lesão ao erário e nem à competitividade, uma vez que eram praticados em consonância com os preços de mercado.

A Unidade Técnica, após minuciosa análise, manifestou-se, *in verbis*:

Embora há quem diga que se trate de uma disposição impositiva do texto legal e, portanto, o sistema de registro de preços deve ser objeto de utilização obrigatória, esta disposição não pode ser considerada absoluta dada a análise do caso concreto em que se considere que sua utilização será prejudicial ao princípio do interesse público.

Ao disciplinar o sistema de registro de preços, o legislador não foi incisivo impondo a sua adoção de uma forma ou de outra. No entanto, sob o ponto de vista legal, é razoável afirmar que se inclinou no sentido de exigir que referido “instituto” fosse adotado de forma preferencial para as compras, ao enunciar, no caput do art. 15 da Lei nº 8.666/93, que “as compras, sempre que possível, deverão ser processadas através do sistema de registro de preços”.

A expressão “sempre que possível” possibilita tanto o exercício de uma faculdade como uma obrigação. No entanto, o fundamento de validade para a adoção obrigatória (ou não) do sistema de registro de preços é se a sua adoção será vantajosa para a Administração.

Somado a isso, a Lei nº 10.520/02, no art. 11, prevê que as compras e contratações de bens e serviços comuns, quando efetuadas pelo SRP poderão adotar a modalidade do pregão. Tem-se, pois, uma faculdade dada pelo Legislador ao gestor público.

Depreende-se da leitura conjunta dos referidos dispositivos que o Sistema de Registro de Preços (SRP), nos dizeres do Professor Jair Eduardo Santana, é um “instituto permitido e possível pela Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93)”, que “sobrevio para o nosso meio como mais uma medida de boa governança. Este entendimento se confirma uma vez que a Administração, ainda que tenha registrado os preços, não está obrigada a contratar os preços registrados, podendo realizar a licitação convencional, adotando outra modalidade sem ser pelo procedimento do SRP.

Além disso, ressalta a essencialidade da aquisição de pneus, o que demanda sua contínua aquisição e a devida fixação do quantitativo no edital, bem como o período de seu fornecimento, não entendendo ser razoável a adoção da contratação por meio de SRP.

Finaliza sua análise dizendo que, no caso concreto, não há elementos capazes de demonstrar que houve má gestão na opção pelo Pregão Presencial.

Transcrevo a seguir o item 1.1, objeto dessa análise:

- 1.1 – O objeto deverá ser entregue de forma parcelada, imediatamente após o efetivo recebimento da requisição de compras, pela Prefeitura Municipal de Perdizes, sujeito a arcar com penalidades previstas no Edital.

Analisando o edital em sua completude, verifico que o objeto do presente Pregão apenas fora detalhado no Anexo I, fl. 202, onde constou a devida descrição, especificação e quantificação dos itens licitados.

Não adentrando no mérito da irregularidade quanto a constar esses dados apenas em Anexo, verifico que o quantitativo objeto do Pregão Presencial n. 024/2013 fora devidamente realizado e que a cláusula 1.1 apenas previa que os produtos fossem entregues parceladamente, de acordo com a efetiva demanda do Município.

Assim, considerando que a quantidade de produtos e seu período de fornecimento são certos e determinados, não entendendo que no presente caso, a contratação deveria ter se dado por meio do Sistema de Registro de Preços.

Corroborando meu entendimento, colaciono trecho de cartilha da Controladoria-Geral da União³, que assim dispõe:

18. Quando a quantidade a ser adquirida é certa e determinada, bem como o período do seu fornecimento, pode-se utilizar a contratação por meio de SRP?

Não. Considerando que **os pressupostos de admissibilidade de utilização do SRP remetem às contratações estimadas e não obrigatórias, não seria adequada a realização de licitação por meio de SRP quando os quantitativos a serem fornecidos e o período de entrega sejam de conhecimento da Administração Pública.** [...].

Quanto ao previsto no inciso II, art. 3º, do Decreto n. 7.892/2013 — quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa, o entendimento é de que para o emprego dessa hipótese a demanda da Administração Pública deve ser estimada e a entrega parcelada não deve apresentar período certo para eventual adimplemento por parte do fornecedor ou prestador de serviços, caso contrário, conforme já descrito, o pregão não deve ocorrer para registro de preços, e sim, na sua forma ordinária.

Acrescenta-se, ainda, que o edital de licitação para registro de preços deve contemplar, conforme estabelece o inciso II, art. 9º, do Decreto n. 7.892/2013, a estimativa das quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes. [...] (grifo nosso)

Sobre o art. 15, II da Lei de Licitações, coaduno com a Unidade Técnica no sentido de tratar-se de uma faculdade, prezando-se sempre pelo interesse da Administração.

Art. 15. As compras, **sempre que possível**, deverão:

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

³ CGU. Secretaria Federal de Controle Interno, Sistema de Registro de Preços, perguntas e respostas, edição revisada, 2014, p. 21-22

Desse modo, entendo improcedente a irregularidade aditada pelo *Parquet*, pois, **diante do caso em apreço**, a aquisição dos pneus, protetores e câmaras de ar teve seu quantitativo a ser contratado e o período de seu fornecimento certos e determinados e, mesmo que com entrega parcelada, poderia ser realizada mediante procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial.

7. Da exigência de Certidão Negativa de Débitos para comprovação de regularidade fiscal e trabalhista

Consoante o item 9.2 do edital, para fins de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, exige-se:

III – Certidão negativa de débito de tributos Federal administrado pela Secretaria de Receita Federal, expedida pelo Ministério da Fazenda/Secretaria da Receita Federal, conjunta com Seguridade Social – INSS (art. 29, inciso IV da Lei Federal nº. 8.666/93 e as alterações posteriores);

IV) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, expedida pelo Tribunal Superior do Trabalho na internet (<http://www.tst.jus.br>), de acordo com a Lei 12440/11 de 7 de julho de 2011.

V) Certidão negativa de débito quanto à Dívida Ativa da União, expedida pelo Ministério da Fazenda/Procuradoria Geral da Fazenda Nacional;

VI) Certidão de Débitos relativa à regularidade com a Fazenda Estadual;

VII) Certidão Negativa de Débitos Municipal expedida pela Prefeitura Municipal do domicílio das mesmas;

Em sua manifestação preliminar, o MPTC considerou que são irregulares as exigências de certidões negativas de débito perante o INSS, a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal e a Justiça do Trabalho em detrimento da exigência de regularidade, que poderá ser comprovada também por meio de “Certidão Positiva com efeitos de Negativa”, salientando ainda:

Ainda que a lei determine que os efeitos da certidão positiva com efeito de negativa se equiparam aos das certidões negativas, a fim de se evitar qualquer distinção por parte do Administrador, o edital deve prever a aceitação tanto da certidão negativa de débitos quanto da certidão positiva com efeito de negativa, para comprovação da regularidade fiscal e trabalhista dos licitantes

Os responsáveis argumentaram que a exigência de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista está prevista na Lei de Licitações e na jurisprudência.

Discordando desse entendimento, a Unidade Técnica conclui pela razoabilidade da exigência de certidão negativa de débito fiscal apenas, por considerar que é de praxe a Administração Pública aceitar a certidão positiva de débito com efeitos de negativa, mesmo não constando expressamente do edital.

Sobre esse assunto, já me manifestei na Denúncia n. 886284, julgada na Sessão da Primeira Câmara de 11/07/2017:

O Superior Tribunal de Justiça – STJ faz referência à Certidão Negativa de Débito – CND e à Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa – CPDEN para um mesmo fato que desafia a expedição de uma ou de outra Certidão, qual seja: créditos tributários objeto de cobrança através da ação de execução no âmbito da qual já tenha sido efetivada a penhora. Nesse caso, segundo o STJ, cabe ao Fisco fornecer ao executado a CND ou a CPDEN, nos termos dos art. 205 c/c art. 206, ambos do Código Tributário Nacional – CTN.

Assim, é razoável a exigência de Certidão Negativa de Débito, sem indicação expressa da possibilidade de apresentação da Certidão Positiva de Débito com Efeitos de Negativa, uma vez que o CTN equipara as duas Certidões.

Diante do exposto, manifesto-me afastando a irregularidade da cláusula n. 9.2 do edital do Pregão Presencial n. 024/2013, mas recomendando que a Administração Municipal inclua nos seus futuros editais, a possibilidade de os licitantes poderem apresentar, na habilitação, a Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa, de forma a conceder maior transparência e evitar qualquer questionamento a esse respeito.

8. Da exigência de alvará de funcionamento em sede de habilitação

Dentre os documentos solicitados em sede de habilitação, mister destacar a necessidade de apresentação de “Alvará de Funcionamento” (item 9.2, VIII).

Segundo apontamentos do *Parquet*, tal exigência não encontra respaldo legal nos art. 27 e 31 da Lei n. 8.666/93, o que configuraria irregularidade.

Ainda nessa seara, manifestou-se a Unidade Técnica pela afronta aos princípios da legalidade e da competitividade, devendo ser excluído do instrumento convocatório, por falta de amparo legal, uma vez que o objeto da licitação em tela se mostrou excessiva e desarrazoada.

Esta Corte já se manifestou no sentido de que a exigência de alvará, para fins de licitação, afronta o caráter competitivo do certame, *ipsis verbis*:

Agravo n. 912165

AGRAVO – PREFEITURA MUNICIPAL – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE LIMPEZA – **EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO NA HABILITAÇÃO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA COMPETITIVIDADE** – REFERENDADA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SUSPENDEU LIMINARMENTE O CERTAME – PRELIMINAR: ADMISSIBILIDADE – MÉRITO: AS RAZÕES DO AGRAVANTE NÃO MERECEM PROSPERAR – NEGADO PROVIMENTO – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

Negado provimento ao agravo, mantendo-se a decisão recorrida que determinou a suspensão do Pregão Presencial, **tendo em vista a afronta ao caráter competitivo do certame e à isonomia, em virtude da exigência de apresentação de alvará de licença para localização e funcionamento para fins de habilitação.** (grifo nosso)

Importante atentar-nos a que se presta a apresentação do referido documento, considerando o objeto de certame, uma vez que não comprova qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e tampouco habilitação jurídica, configurando, portanto, exigência excessiva por parte dos subscritores do edital.

Dito isto, em fase de habilitação, não entendo ser razoável a exigência de que se apresente “Alvará de Funcionamento”, ratificando o entendimento do MPTC e da Unidade Técnica.

9. Restrição aos meios de envio de impugnação ao edital e interposição de recurso

Insurge o *Parquet* quanto a cláusula n. 11.4 que dispõe sobre a forma de encaminhamento das razões e contra-razões e do recurso, que deverá ser feita por escrito e dirigida ao Pregoeiro no endereço mencionado no edital.

Conforme aduz, há limitação ao meio presencial, constituindo afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório, em dissonância com o disposto na Lei n. 10.520/2002.

Sobre tal apontamento, defenderam-se os responsáveis alegando, em suma, que não foi vislumbrada tal restrição.

A Unidade Técnica entendeu que os documentos em comento poderiam ser enviados por meios usuais, ou seja, correios, fac-símile ou e-mail, desde que recebidos no prazo estipulado e, protocolados pela Administração.

Do mesmo modo, entendo que os recursos e impugnações devem ser recebidos também por outros meios, principalmente por e-mail. Ocorre que, no caso em apreço, a falta de previsão no edital não invalidou o certame e, tampouco, houve qualquer questionamento por parte dos interessados.

Assim, não entendo ser essa omissão passível de aplicação de multa, mas recomendo aos próximos gestores que, nos próximos editais, a Administração Municipal acrescente a previsão de recebimento de impugnações e recursos também através de fac-símile e e-mail.

10. Ausência de especificação dos serviços de troca e recapagem dos pneus

Conforme insurge o Ministério Público junto a esta Corte, o edital, no que concerne às condições, prazos de execução, deveres do contratante e do contratado e sanções por inadimplemento do serviço de “troca de pneu do veículo”, é silente, entendendo pela sua irregularidade.

No âmbito da defesa, conforme alegações dos responsáveis, houve um erro formal na descrição contida no Anexo I ao incluir o serviço em comento como objeto do edital, o que não ensejaria prejuízos, uma vez que se vê claramente que a intenção do presente procedimento não era essa.

Colaciono a seguir, extratos da manifestação conclusiva da Unidade Técnica desta Casa:

Verifica-se que o edital, ao tratar do objeto do certame, remete o interessado à leitura do Anexo I, para especificações detalhadas do objeto. Desse mesmo modo ocorre nos demais documentos do edital. Todas as vezes em que se faz menção ao objeto licitado o leitor é remetido ao Anexo I, que se figura como “Termo de Referência” do presente instrumento convocatório, embora já estudado no item 3.2.1, dessa análise técnica, a ausência de alguns requisitos para ideal conformação do mesmo.

Portanto, aquilo que a defesa argui como mero erro formal, incapaz de lesar a competitividade do certame, na verdade deve ser considerada grave irregularidade, uma vez que a leitura integral do edital converge para que o Anexo I, que é o documento capaz de delimitar especificamente o objeto, o qual dispõe que a “troca de pneu do veículo” deve ser entregue no Município de Perdizes.

Ratificando esse entendimento, julgo irregular a menção descrita no Anexo I quanto ao serviço de troca e recapagem de pneus, uma vez que não vem acompanhado do devido detalhamento no que concerne às suas condições de ocorrência.

11. Da impossibilidade de prorrogação do contrato

Insurge o Ministério Público junto ao Tribunal contra cláusula edilícia que dispõe sobre a possibilidade de prorrogação do contrato mediante Termo Aditivo e aprovação da contratante, quando da ocorrência de fato superveniente que impeça a consecução do objeto no prazo acordado.

Segundo delibera, não há possibilidade de prorrogar um contrato de aquisição de pneus, câmaras de ar e protetores por ausência de amparo legal.

Não consta manifestação dos interessados com relação a esse apontamento.

Após análise, manifestou-se a Unidade Técnica pela ausência de irregularidade na previsão edilícia combatida, tendo em vista que não há comprovação de que o contrato fora prorrogado sem obediência à norma legal.

Como bem salientado pela equipe técnica, da leitura da cláusula n. 2.1, não se infere a intenção de fraudar a lei, uma vez que consta situação específica para prorrogação do contrato, qual seja: “quando da ocorrência de fato superveniente que impeça a consecução do objeto no prazo acordado”.

Isto posto, em consonância com o entendimento da Unidade Técnica, diante das peculiaridades do caso, julgo improcedente este apontamento de irregularidade formulado pelo MPTC, pelas razões acima expostas.

12. Da publicidade restrita do instrumento convocatório

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entendeu pela ocorrência de irregularidades quanto a ausência de publicidade efetiva do edital, uma vez que não foi comprovada a publicação do aviso de licitação, do inteiro teor do edital e das demais informações atinentes a ele no sítio eletrônico oficial do Município, em dissonância com a Lei de Acesso à Informação.

A Unidade Técnica pronunciou-se no mesmo sentido.

Os responsáveis, por sua vez, alegaram que houve a divulgação em Diário Oficial dos Municípios, asseverando ser facultativa a divulgação dos editais em sítios eletrônicos.

Verifico que a ausência de divulgação em sítio eletrônico por parte do Município de Perdizes – possui mais de 10.000 (dez mil) habitantes – afronta diretamente o art. 8º, §2º e §4º da Lei n. 12.527/2011:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo **obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet)**.

§ 4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). (grifo nosso)

Assim, por vislumbrar o descumprimento do disposto em legislação nacional, entendo irregular a ausência de publicação do edital no sítio eletrônico do Município.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, e diante da concordância parcial dos apontamentos indicados pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, **VOTO**:

Pela procedência parcial da denúncia em face do Pregão Presencial n. 024/2013 do Município de Perdizes, considerando irregulares e passíveis de multa:

a) a exigência de produtos de fabricação nacional, por contrariar o disposto no art. 3º, §2º, III da Lei n. 8.666/93;

- b) a ausência de definição do prazo de entrega e serviços, contrariando o disposto no art. 40, II da Lei n. 8.666/93;
- c) a ausência do Termo de Referência, contrariando o disposto no art. 40, §2º, I da Lei n. 8.666/93;
- d) a exigência de Alvará de Funcionamento, por não encontrar amparo legal nos art. 27 e 31, ambos da Lei n. 8.666/93;
- e) restrição aos meios de impugnação, contrariando ao princípio da ampla defesa e do contraditório;
- f) a ausência de especificação dos serviços de troca e recapagem de pneus;
- g) a publicidade restrita do edital, contrariando diretamente o art. 8º, §2º e §4º da Lei n. 12.527/2011.

Diante das peculiaridades do caso em análise, considerando, ainda, a razoável competitividade apresentada e o porte do Município de Perdizes, determino a aplicação de multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) ao Prefeito à época, Sr. Fernando Marangoni e de R\$ 3.000,00 (três mil reais) ao Pregoeiro, Sr. José Jairo Alves Martins, sendo R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada uma das irregularidades constatadas.

Recomendo ao atual Prefeito de Perdizes que tome conhecimento das falhas apontadas nesse voto, de forma a evitar a reincidência das irregularidades apontadas.

Intimem-se os responsáveis e o atual gestor por via postal, do inteiro teor dessa decisão.

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

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Acompanho o voto do Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Acompanho o voto do Relator, salvo no que diz respeito à aplicação de multa em virtude da exigência de alvará de funcionamento para fins de habilitação, por entender que a apresentação desse documento é autorizada expressamente no inciso V do art. 28 da Lei de Licitações n. 8666/93, conforme decidiu esta Câmara, na Sessão do dia 06/06/2017, ao aprovar o voto-vista da Conselheira Adriene Andrade nos autos da Denúncia n. 924098.

APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por maioria de votos, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **D**) julgar parcialmente procedente a Denúncia em face do Pregão Presencial n. 024/2013, do Município de Perdizes, considerando irregulares e passíveis de multa: a) a exigência de produtos de fabricação nacional, por contrariar o disposto no art. 3º, § 2º, III da Lei n. 8.666/93; b) a ausência de definição do prazo de entrega

e serviços, contrariando o disposto no art. 40, II, da Lei n. 8.666/93; c) a ausência do Termo de Referência, contrariando o disposto no art. 40, § 2º, I, da Lei n. 8.666/93; d) a exigência de Alvará de Funcionamento, por não encontrar amparo legal nos arts. 27 e 31, ambos da Lei n. 8.666/93; e) a restrição aos meios de impugnação, contrariando ao princípio da ampla defesa e do contraditório; f) a ausência de especificação dos serviços de troca e recapagem de pneus; g) a publicidade restrita do edital, contrariando diretamente o art. 8º, § 2º e § 4º da Lei n. 12.527/2011; **II)** aplicar multa de R\$3.000,00 (três mil reais) ao Prefeito à época, Sr. Fernando Marangoni, e de R\$3.000,00 (três mil reais) ao Pregoeiro, Sr. José Jairo Alves Martins, sendo R\$500,00 (quinhentos reais) para cada uma das irregularidades constatadas, tendo em vista as peculiaridades do caso em análise, e considerando, ainda, a razoável competitividade apresentada e o porte do Município de Perdizes; **III)** recomendar ao atual Prefeito Municipal de Perdizes que tome conhecimento das falhas apontadas, para evitar a reincidência das irregularidades; **IV)** determinar a intimação dos responsáveis e do atual gestor do inteiro teor dessa decisão por via postal, e o arquivamento dos autos após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie. Vencido, em parte, o Conselheiro Presidente Mauri Torres.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de outubro de 2017.

MAURI TORRES
Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO
Relator

(assinado eletronicamente)

fg/ms

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização e Publicação
das Deliberações e Jurisprudência**