

DENÚNCIA N. 932820

Denunciante: C3 Comercial de Alimentos Ltda. - ME

Denunciada: Prefeitura Municipal de Ipatinga

Responsáveis: Maria Cecília Ferreira Delfino, Prefeita à época; Leida Alves Tavares, Secretária de Educação à época; e Luzalva Dias Soares, Pregoeira à época

Interessados: Celma Campos Doro Pereira e Matheus Campos Amaral Doro Pereira

Procuradores: Sérgio Santos Rodrigues - OAB/MG 98.732, Rafael Santiago Costa - OAB/MG 98.869, Mary Ane Anunciação Ianque - OAB/MG 102.655, Alex da Silva Alvarenga - OAB/MG 146.312, Amanda Torquato Duarte - OAB/MG 157.788 e Antônio Carlos Suppes Doorgal de Andrada - OAB/MG 161.007

MPTC: Maria Cecília Borges

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ SANITÁRIO. PERTINÊNCIA COM O OBJETO A SER CONTRATADO. LICITUDE. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO FISCAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. ART. 43, §1º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06. INOBSERVÂNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. Não configura irregularidade a exigência de apresentação, pelos licitantes, de alvará sanitário na fase de habilitação, quando pertinente ao objeto do certame.
2. É passível de multa a inobservância, pela autoridade condutora do certame, da prerrogativa prevista no art. 43, §1º, da Lei Complementar n. 123/06, o qual determina a concessão, às microempresas e empresas de pequeno porte que participem de licitações, de prazo dilatado para regularização de eventuais restrições nos documentos apresentados para comprovação da regularidade fiscal.
3. No art. 26 da Lei n. 8.666/93 não se estabelece a forma como a Administração deve formalizar a razão da escolha do fornecedor ou a justificativa de preços, portanto, embora não tenha sido juntado ao procedimento de dispensa documento denominado “justificativa de preço e razão da escolha do fornecedor”, a pesquisa de preços apresentada pode ser acolhida como justificativa dos preços contratados e a razão da escolha pelo melhor preço apurado.

Primeira Câmara
5ª Sessão Ordinária – 19/02/2019

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada pela Empresa C3 Comercial de Alimentos Ltda.-ME, por intermédio de seu representante legal, Matheus Campos Amaral Doro Pereira, em face de supostas irregularidades que macularam o Pregão Presencial – Registro de Preços n.º 12/2014

e a Dispensa de Licitação n.º 62/2014, ambos os procedimentos de contratação promovidos pela Prefeitura Municipal de Ipatinga, cujo objeto é, respectivamente:

“Seleção de empresa, cujos preços classificados em primeiro lugar serão registrados e incluídos no Sistema de Registro de Preços, possibilitando a aquisição futura de hortifrutigranjeiros, segundo as necessidades da Administração”; fl. 120 – Anexo 01; e
“Aquisição de hortifrutigranjeiros para garantia do cumprimento do cardápio das escolas e creches municipais e creches conveniadas, para o período de 1(um) mês – setembro de 2014, podendo ser encerrado o contrato antes do previsto”; fl. 23 – Anexo 03.

A denunciante alegou, em síntese, que foi indevidamente inabilitada pela Administração, ao fundamento de que não juntou documentos aptos a atender as exigências contidas nos itens 9.4, “d”, e 9.2, “c” do edital, referentes ao alvará sanitário específico para o fornecimento de hortifrutigranjeiros, e à comprovação de regularidade fiscal.

Adiante, afirmou que a Administração não lhe dispensou tratamento idêntico ao dos demais licitantes em igualdade de condições, posto que, assim como a denunciante, a empresa “Divinagula Hortifruti Ltda.” teria apresentado alvará genérico, em afronta ao contido no item 9.4, “d”, do edital e, apesar disso, foi habilitada no certame. Questionou também a decisão de habilitar as licitantes “Verdurão do Vale - ME” e “Donata Distribuidora Ltda. – EPP”, que venceram o certame, pois não teriam atendido as exigências de qualificação econômico-financeira previstas nos itens 9.3.1 e 9.3.1.1 do edital.

Diante disso, requereu a anulação parcial do procedimento licitatório e o sobrestamento da contratação da empresa vencedora. Pleiteou, ao final, a análise do Processo de Dispensa n.º 62/2014, o qual teria sido conduzido sem a devida justificativa da escolha do fornecedor e com favorecimento à empresa “Verdurão do Vale Ltda. – ME”.

À fl. 28, constatou-se a ausência do contrato social da denunciante, a qual foi suprida pela empresa, conforme documentos de fls. 31/40.

Recebida a denúncia, fl. 43, os autos foram distribuídos à minha relatoria, fl. 44.

No despacho de fls. 45/49, indeferi os pedidos liminares, por considerar pertinente a exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento contida no edital, em face da natureza do objeto pretendido pela Administração.

Na análise inicial às fls. 55/65, a unidade técnica considerou irregular a exigência, na fase de habilitação, do alvará sanitário específico para o comércio de hortifrutigranjeiros, que teria potencial restritivo à competitividade. Entendeu, ainda, assistir razão à denunciante no que se refere à inobservância, pelo órgão licitador, da necessidade de conceder prazo para sanear a documentação de regularidade fiscal por ela apresentada no certame, em afronta ao disposto no art. 43, §1º, da Lei n.º 123/06.

O órgão técnico considerou também equivocada a decisão de habilitar as licitantes “Verdurão do Vale - ME” e “Donata Distribuidora Ltda. – EPP”, que venceram o certame, pois não atenderam as exigências de qualificação econômico-financeira contidas nos itens 9.3.1 e 9.3.1.1 do edital. Na análise da Dispensa de Licitação n.º 62/2014, apontou irregularidade, face à ausência de justificativa da escolha do fornecedor nos autos do processo administrativo, em afronta ao preceito do art. 26 da Lei n.º 8.666/93. Por fim, entendeu pela inexistência de indícios suficientes para corroborar a alegação de conluio na condução do referido procedimento de dispensa.

Em manifestação preliminar, o Ministério Público junto a este Tribunal requereu a citação das responsáveis, e não teceu apontamentos complementares (fl. 67).

Devidamente citadas, a então Prefeita Maria Cecília Ferreira Delfino, a Secretária de Educação à época, Luzalva Dias Soares, e a Pregoeira Leida Alves Tavares, acostaram a defesa de fls. 81/97, acompanhada da documentação juntada às fls. 98/269.

No novo exame, às fls. 271/280, em síntese, a área técnica ratificou algumas das irregularidades inicialmente apontadas e acatou as razões de defesa em outros pontos.

No parecer às fls. 283/284v, o Ministério Público entendeu que a exigência de apresentação de alvará sanitário específico para hortifrutigranjeiros é compatível com o objeto do certame, e não atentou contra a competitividade. Considerou lícita a decisão por habilitar as empresas “Verdurão do Vale - ME” e “Donata Distribuidora Ltda. – EPP”, e afastou a irregularidade relativa à ausência de justificativa para a escolha do fornecedor na Dispensa n.º 62/14. Por fim, considerou irregular a inobservância, pela Administração, do prazo previsto em lei para regularização da certidão de débitos tributários, contrariando preceitos da Lei Complementar n.º 123/06 e do item 10.2 do edital. Opinou pela procedência parcial da denúncia e aplicação de multa aos responsáveis.

Em síntese, é o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Da exigência de apresentação de alvará sanitário na fase de habilitação

Às fls. 04/10, a denunciante informou que foi inabilitada do certame por não ter apresentado alvará sanitário com menção expressa à atividade de fornecimento de hortifrutigranjeiros. Alegou que, além do alvará, apresentou certificado de regularidade ambiental, o qual faz referência à atividade de “comércio de produtos alimentícios em geral”, que abarcaria produtos hortifrutigranjeiros. Argumentou que a decisão administrativa privilegiou a legalidade estrita e o formalismo exacerbado, em detrimento da razoabilidade.

Na análise inicial às fls. 55/65, a unidade técnica considerou irregular a exigência, na fase de habilitação, do alvará sanitário específico para o comércio de hortifrutigranjeiros, que teria potencial restritivo à competitividade.

Na defesa de fls. 81/97, as responsáveis sustentaram que a exigência contida no edital encontra respaldo no art. 8º da Lei n.º 9.782/99, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. Frisaram que no art. 30, IV, da Lei n.º 8.666/93, admite-se a definição de requisitos previstos na legislação especial, e que a exigência de alvará é pertinente, pois os gêneros alimentícios estão sujeitos à fiscalização sanitária.

No reexame, fls. 271/280, a unidade técnica ratificou a irregularidade inicialmente apontada, considerando indevida a exigência de alvará sanitário para o comércio de hortifrutigranjeiros, como condição de habilitação.

Cumpra transcrever o item 9.4, “d”, do edital em comento: (fl. 125 do Anexo 01):

“9.4. DOCUMENTOS COMPLEMENTARES:

d) Alvará sanitário emitido pela Secretaria de Saúde do local onde está instalada a empresa; o mesmo deverá conter **Hortifrutigranjeiros**, que é o objeto pretendido no certame. Caso não conste descrito no alvará, hortifrutigranjeiros, se a empresa licitante estiver apta a fornecer estes produtos, trazer anexa ao alvará, declaração da Vigilância Sanitária da referida Secretaria de Saúde devidamente assinada pelo responsável, afirmando que a mesma possui aptidão a fornecer o objeto do certame.”

Compulsando os autos, pode constatar que a inabilitação da denunciante decorreu, dentre outros motivos, do não cumprimento de dispositivo expressamente previsto no ato convocatório, o que não poderia ser desconsiderado pela Administração Pública, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, consignado no *caput* do art. 3º da Lei de Licitações e Contratos, aplicável subsidiariamente à modalidade pregão. A propósito, o doutrinador Marçal Justen Filho tece o seguinte comentário acerca da matéria:

“Na licitação, a vinculação à lei é complementada pela vinculação ao ato convocatório. A Administração dispõe de margem de autonomia para configurar o certame. Mas incumbe à Administração determinar todas as condições de disputa antes de seu início e as escolhas realizadas vinculam a autoridade (e aos participantes do certame).” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição, São Paulo: Dialética, 2012. pg. 73).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corrobora esse posicionamento:

“Consoante dispõe o art. 41 da Lei 8.666/93, a Administração encontra-se estritamente vinculada ao edital de licitação, não podendo descumprir as normas e condições dele constantes. É o instrumento convocatório que dá validade aos atos administrativos praticados no curso da licitação, de modo que o descumprimento às suas regras deverá ser reprimido. Não pode a Administração ignorar tais regras sob o argumento de que seriam viciadas ou inadequadas. Caso assim entenda, deverá refazer o edital, com o reinício do procedimento licitatório, jamais ignorá-las.” (MS n.º 13.005/DF, 1ª S., rel. Min. Denise Arruda, j. em 10.10.2007, DJe de 17.11.2008)

Na Lei n.º 10.520/02 - Lei do Pregão, faculta-se a inserção, no instrumento convocatório, de exigências específicas quanto à qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira para fins de habilitação, quando for o caso, *in verbis*:

“Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;”

Por sua vez, no inciso V do art. 28 da Lei n.º 8.666/93, faz-se expressa menção à possibilidade de inclusão da autorização para funcionamento dentre os requisitos de habilitação.

Nesse sentido, o posicionamento adotado pelo Ministério Público, no parecer conclusivo constante da Denúncia n.º 944.779, que teve objeto similar ao versado neste processo, *in verbis*:

“32. Em nosso sentir, a exigência de alvará de funcionamento encontra amparo legal no art. 28, V, *in fine*, do Estatuto Licitatório, que assim dispõe: Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: [...] V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir. [grifos nossos]

33. Com a devida vênia, entendemos que o alvará de funcionamento não pode ser melhor conceituado senão como o documento que concretiza autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, o que o faz abarcado pelo dispositivo legal citado e, por isso, perfeitamente admissível entre as condições de habilitação jurídica.

34. Inclusive, em nossa opinião, a previsão legal de inclusão dessa exigência para fins de habilitação é pertinente e de salutar importância para a qualidade da contratação pública.
35. Afinal, como se reconhecer apta à prestação de um serviço público, até mesmo requerendo demonstrações financeiras e técnicas, se a empresa sequer detém autorização da municipalidade em que está sediada para funcionar?
36. Especialmente na situação presente, em que se objetiva a contratação de empresa para o transporte escolar de alunos matriculados na rede municipal de educação, verifica-se com maior clareza a relevância da observância de normas mínimas de segurança que permitam o funcionamento de um estabelecimento, sem as quais o serviço evidentemente não será prestado com a qualidade pretendida.”

Desse modo, verifico que a supramencionada exigência editalícia para a habilitação jurídica das licitantes objetivou assegurar à Administração a contratação que melhor atendesse ao interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade.

A apresentação do alvará sanitário e do alvará de localização e funcionamento pelos licitantes não constitui exigência excessiva ou desarrazoada, não restringe a competitividade do certame, nem causa prejuízo à Administração ou aos particulares, mas seleciona os interessados que efetivamente tenham condições de executar os serviços licitados, já que o documento solicitado é indispensável para o exercício da atividade empresarial. Ambos os documentos são autorizações indispensáveis ao funcionamento regular dos estabelecimentos sujeitos à fiscalização sanitária.

A busca pela melhor proposta não significa necessariamente eleger aquela que apresente o menor preço, mas sim a que propicie o melhor negócio possível, ou seja, dentre os licitantes habilitados, nas condições previstas no ato convocatório, será escolhida a proposta contendo o preço inferior.

Compulsando os autos, verifiquei que o alvará sanitário e o alvará de funcionamento apresentados pela denunciante não mencionam o fornecimento de hortifrutigranjeiros, e se referem ao “comércio atacadista de produtos alimentícios em geral”, correspondente ao CNAE 4639-7/01 (fls. 188 e 189 do Anexo I, respectivamente).

A Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, de responsabilidade do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, atribui códigos às diversas atividades econômicas e as descreve com precisão, organizando-as em grupos, classes e subclasses.

Em consulta ao site oficial do IBGE, constatei que o código 4639-7/01, mencionado nos alvarás da denunciante, insere-se na Classe 46.39-7, intitulada “Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral”. Já o “comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos”, código 4633-8/01, é atividade específica pertencente a uma classe distinta, denominada “comércio atacadista de hortifrutigranjeiros” CNAE 46.33-8.

Assim, ao classificar tais atividades, o IBGE adotou um grau de especialização, com a atribuição de classes distintas, o que não se faz por acaso. De fato, tais alimentos requerem cuidados específicos de higiene, manipulação, transporte e armazenagem, em razão de serem perecíveis, de elevada sensibilidade.

Nesse sentido, cumpre transcrever a justificativa apresentada pela Administração na resposta ao recurso interposto pela denunciante, fls. 320 do Anexo I:

“A exigência da Declaração da Vigilância Sanitária, além de ser comum nos processos anteriores, é solicitada, pelo fato de que, após diligência realizada, foi constatado que os

hortifrutigranjeiros são considerados produtos perecíveis onde, alguns necessitam de armazenamento especial para manter a qualidade dos mesmos, algumas frutas não devem ser colocadas próximas porque absorvem o aroma umas das outras, os vegetais possuem um gás que faz com que amadureçam muito rápido e dependendo do grau de maturação do produto, ele deverá ser armazenado sob refrigeração para que não se estraguem(...)

Friso, ainda, que a legislação brasileira ampara as exigências contidas no edital para o objeto específico a ser contratado. Nesse sentido, é obrigatório exigir a apresentação de alvará de localização e funcionamento, como critério de habilitação jurídica, pelas empresas cuja atividade principal seja a manipulação e o preparo de alimentos, conforme dispõe a Lei n.º 6.437/77:

“Art. 10 - São infrações sanitárias:

IV - extrair, produzir, fabricar, transformar, preparar, manipular, purificar, fracionar, embalar ou reembalar, importar, exportar, armazenar, expedir, transportar, comprar, vender, ceder ou usar alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos dietéticos, de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens, saneantes, utensílios e aparelhos que interessem à saúde pública ou individual, sem registro, licença, ou autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando o disposto na legislação sanitária pertinente;

pena - advertência, apreensão e inutilização, interdição, cancelamento do registro, e/ou multa”

Merecem destaque, ainda, os arts. 45 e 46 do Decreto-Lei n.º 986/69, de abrangência nacional, o qual institui normas básicas sobre alimentos, *in verbis*:

“Art. 45. As instalações e o funcionamento dos estabelecimentos industriais ou comerciais, onde se fabrique, prepare, beneficie, acondicione, transporte, venda ou deposite alimento ficam submetidos às exigências deste Decreto-lei e de seus Regulamentos”.

“Art. 46. Os estabelecimentos a que se refere o artigo anterior devem ser previamente licenciados pela autoridade sanitária competente estadual, municipal, territorial ou do Distrito Federal, mediante a expedição do respectivo alvará”.

Pelo exposto, afasto a impropriedade apontada e considero pertinente a exigência, contida no edital, de apresentação de alvará específico para o fornecimento de hortifrutigranjeiros, por condizer com o objeto a ser contratado pela Administração.

2. Do suposto tratamento diferenciado concedido às demais licitantes: possível irregularidade na habilitação das Empresas “Verdurão do Vale - ME” e “Donata Distribuidora Ltda. – EPP”.

Às fls. 01/24, a denunciante afirmou que a Administração não lhe dispensou tratamento idêntico ao dos demais licitantes em igualdade de condições, posto que a empresa “Divinagula Hortifruti Ltda.” teria apresentado alvará genérico, assim como a própria denunciante, em afronta ao contido no item 9.4, “d”, do edital, e, apesar disso, foi habilitada no certame.

Questionou também a decisão de habilitar as licitantes “Verdurão do Vale - ME” e “Donata Distribuidora Ltda. – EPP”, as quais venceram o certame, pois não teriam atendido as exigências de qualificação econômico-financeira contidas nos itens 9.3.1 e 9.3.1.1 do edital. Alegou que a empresa “Donata Distribuidora Ltda. – EPP” apresentou o balanço patrimonial sem os respectivos termos de abertura e de encerramento; e que a empresa “Verdurão do Vale

- ME” teria apresentado balanço patrimonial sem o termo de abertura e o registro na Junta Comercial de Minas Gerais.

Na análise inicial, fls. 55/65, a unidade técnica considerou equivocada a decisão de habilitar as licitantes “Verdurão do Vale - ME” e “Donata Distribuidora Ltda. – EPP”, pois não teriam atendido as exigências de qualificação econômico-financeira contidas nos itens 9.3.1 e 9.3.1.1 do edital.

Na defesa às fls. 81/97, as responsáveis alegaram que não foi exigida, no edital do Pregão Presencial n.º 12/2014, a apresentação dos termos de abertura e encerramento dos balanços patrimoniais, tampouco o registro perante a Junta Comercial de Minas Gerais. Afirmaram, ainda, à fl. 85, que a empresa “Divinagula Hortifruti Ltda.” apresentou alvará sanitário em conformidade com o item 9.4 do edital.

No reexame às fls. 271/280, a unidade técnica acatou os argumentos da defesa e considerou que a documentação das referidas empresas atendeu ao disposto no item 9.3.1. do edital, confirmando que o instrumento convocatório não continha a exigência de apresentação do registro na Junta Comercial.

Passo a reproduzir os itens do edital questionados pela denunciante – fl. 124 do Anexo 1:

“9.3.1. Balanço Patrimonial e DRE – Demonstração de Resultados do Exercício referentes ao último exercício social, assinados pelo representante legal e pelo contador registrado, que comprove a boa situação financeira da Empresa, sendo vedada a sua substituição por Balancetes ou Balanços Provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 03 (três) meses da data da apresentação da proposta.”

“9.3.1.1. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, optantes pelo SIMPLES ou pelo regime de Lucro Presumido, não estão desobrigadas da exigência acima referente ao item 9.3.1, para efeito de participação nesta Licitação.”

Verificando o instrumento convocatório juntado no Anexo 1, pude constatar que, de fato, não foi exigida a comprovação, pelos licitantes, de registro do balanço patrimonial na Junta Comercial do Estado, acompanhado dos termos de abertura e de encerramento, seja nas cláusulas apontadas pelo denunciante, seja nas demais referentes à qualificação econômico-financeira. Logo, andou bem a unidade técnica ao rever seu posicionamento anterior.

À fl. 362 do Anexo 2 foi juntado o alvará sanitário apresentado pela empresa “Divinagula Hortifruti Ltda.”. O documento é referente ao “comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos”. Na folha seguinte, consta o alvará de localização e funcionamento da licitante, também específico para o comércio de hortifrutigranjeiros. Constatado, portanto, que a documentação vai ao encontro do exigido no item 9.4, “d”, do edital.

Acorde com a unidade técnica, fls. 271/280, afasto as irregularidades inicialmente apontadas pela denunciante.

3. Da inobservância do prazo a ser concedido às microempresas para regularização dos documentos referentes à situação fiscal.

A denunciante alegou, fl. 10, que foi indevidamente inabilitada pela Administração, pois não lhe foi concedido o prazo previsto em lei para regularizar a documentação exigida para efeito de comprovação da regularidade fiscal.

Reconheceu ter apresentado certidão negativa de débitos perante a Fazenda Estadual, com data de validade vencida, mas argumentou que possuía a faculdade de sanar o problema no prazo de 02 (dois) dias úteis, conforme dispõe o art. 43, §1º, da Lei Complementar n.º 123/06, e o próprio edital, em seu item 10.2.

Na análise inicial, fls. 55/65, o órgão técnico entendeu que assiste razão à denunciante no que se refere à inobservância, pelo órgão licitador, da necessidade de conceder prazo para sanear a documentação de regularidade fiscal por ela apresentada no certame, em afronta ao disposto no art. 43, §1º, da Lei n.º 123/06.

As defendentes alegaram, fls. 89/90, que o tratamento diferenciado deverá ser concedido à licitante considerada vencedora do certame, ocasião em que se abrirá prazo para regularização dos documentos e que, na hipótese em apreço, a empresa foi considerada inabilitada por não ter apresentado o alvará requerido no edital, inviabilizando-se o exercício da prerrogativa legal.

Frisaram que não houve prejuízo à obtenção da proposta mais vantajosa, e sustentaram que a pregoeira apenas deixou de constar em ata o prazo para tal regularização, porém comunicou, às microempresas participantes, que estavam amparadas pelo item 10.2 do edital. Alegaram, ainda, que a denunciante efetivamente juntou nova certidão, a qual foi aceita pela Administração.

No reexame de fls. 271/280, a unidade técnica rejeitou os argumentos da defesa e confirmou o apontamento inicial de que deveria ter sido concedido prazo para regularização dos documentos apresentados pela denunciante.

Às fls. 283/284v, o *Parquet* adotou a argumentação do órgão técnico e confirmou a irregularidade.

À época dos fatos, a Lei Complementar n.º 123/06 vigorava com a seguinte redação:

“Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa”.

Os itens 9.2, “c”, e 10.2 do edital assim dispõem:

“9.2. REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA:

(...)

c) Prova de regularidade Fiscal para com a Fazenda Estadual, sede da empresa licitante” (fl. 123 do Anexo 1).

“10.2. Aos licitantes credenciados na condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte serão aplicadas as condições previstas no artigo 43 da LC nº 123/06, devendo a proponente apresentar a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta possua alguma restrição, sendo assegurado o prazo de 2(dois) dias úteis para sua regularização, podendo este prazo ser prorrogado, a critério da administração, por igual período”. (fl. 125 do Anexo 1)

Compulsando os autos, verifico, conforme a ata de continuidade do pregão, fls. 128/129 do Anexo 02, que a denunciante formulou a proposta de melhor preço, porém foi inabilitada por

ter apresentado certidão vencida, em afronta ao contido no item 9.2, “c”, do edital, e também por seu alvará não atender ao disposto no item 9.4, “d”, do instrumento convocatório.

Na referida ata, relatou-se que a proponente cuja oferta continha o segundo melhor preço, “Odriene Fernandes Gomes Vieira – ME”, também foi inabilitada, pelos seguintes motivos: apresentou certidão de regularidade fiscal vencida, violando os termos do item 9.2, “c”, do edital; não atendeu a exigência contida no item 9.4, “d”, do edital; e não apresentou os documentos exigidos no item 9.3.1, editalício. Noto que a empresa renunciou ao direito de recorrer, fl. 130 do Anexo 2.

Constato, ainda, que a denunciante apresentou certidão negativa de débitos perante a Fazenda Estadual, com data de validade expirada, fl. 237 do Anexo 2, situação posteriormente sanada, com a apresentação de certidão escoimada de vícios, fl. 280 do Anexo 1.

Ocorre que, no momento da apresentação do documento válido, a empresa já havia sido inabilitada por ter apresentado certidão negativa vencida, decisão que contrariou o disposto no edital e na legislação de regência.

No artigo “A função social e solidária das microempresas e empresas de pequeno porte e sua aplicabilidade na seara das licitações públicas”, Lucas Pires Maciel e Mariana Ribeiro Santiago, referenciado Marçal Justen Filho, tecem lúcidos comentários a respeito do art. 43, §1º, da LC n.º 123/06:

“(…) com a disposição mencionada fica vedada a inabilitação da empresa do SIMPLES se a sua documentação contiver qualquer restrição no que toca à regularidade fiscal, situação em que será assegurado o prazo de dois dias (redação original) e cinco dias (redação dada pela LC 147/2014) para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. Sobre o tema, Justen Marçal Filho ensina que:

[...] o benefício reside não na dispensa de apresentação de documentos de regularidade fiscal. Nem se trata da dilação quanto à oportunidade própria para exibição dos documentos. O que se faculta é a desnecessidade de perfeita e completa regularidade fiscal no momento da abertura ou de julgamento do certame. Em outras palavras, o benefício outorgado às pequenas empresas, no âmbito da habilitação, está sintetizado no parágrafo 1º do art. 43: trata-se da faculdade de regularização dos defeitos existentes e comprovados nos documentos de regularidade fiscal apresentados na oportunidade devida pela pequena empresa. Daí se segue que o licitante que tiver deixado de apresentar documento de regularidade fiscal, exigido no ato convocatório, deverá ser inabilitado.

Assim, as empresas do Simples Nacional têm a possibilidade de apresentar a certidão de regularidade fiscal somente após ser considerada a vencedora, o que denota que foi cumprido com a determinação constitucional de tratamento especial para esse tipo de empresa. A empresa não deixa de ter a necessidade de cumprir com tal exigência, mas a legislação concede um prazo diferenciado para a empresa apresentar tais certidões”. MACIEL, Lucas Pires; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A função social e solidária das microempresas e empresas de pequeno porte e sua aplicabilidade na seara das licitações públicas. In: Direito Empresarial. Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago; Roney José Lemos Rodrigues de Souza- Florianópolis: CONPEDI, 2017.

A meu ver, a atuação das responsáveis poderia gerar graves prejuízos à busca pela proposta mais vantajosa ao interesse público, os quais só não se verificaram, na prática, porque a denunciante, que formulou a melhor proposta, não juntou documentação apta ao pleno atendimento da exigência de habilitação jurídica contida no item 9.4, “d”, do edital, qual seja, a apresentação de alvará sanitário específico para o comércio de hortifrutigranjeiros.

Pelo exposto, constatada a irregularidade em comento, aplico multa individual, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), à Pregoeira, Sra. Luzalva Dias Soares, e à Secretária Municipal de Educação à época, Sra. Leida Alves Tavares, que indeferiu o recurso do denunciante e ratificou os atos realizados no certame (fl. 205 do Anexo 1), face ao descumprimento do preceito contido no art. 43, §1º, da Lei Complementar n.º 123/06, e tendo em vista o potencial lesivo da conduta, que poderia ter resultado em prejuízo financeiro para a Administração.

4. Da suposta ausência de justificativa da escolha do fornecedor na Dispensa de Licitação n.º 62/2014.

A denunciante alegou, fls. 20/22, que o Processo de Dispensa n.º 62/2014 foi conduzido sem a devida justificativa da escolha do fornecedor, e que havia indícios de conluio entre as empresas consultadas, com favorecimento à Empresa “Verdurão do Vale Ltda. – ME”.

No exame inicial apontou-se suposta irregularidade na dispensa de licitação, face à ausência de justificativa da escolha do fornecedor nos autos do processo administrativo, e concluiu-se pela ausência de indícios suficientes para corroborar a alegação de conluio entre os possíveis fornecedores.

Às fls. 81/97, as defendentes argumentaram, em síntese, que todas as propostas continham carimbo e assinatura das empresas. Afirmaram que há nos autos detalhamento dos preços ofertados por 05 (cinco) proponentes, e comprovação de que a empresa escolhida propôs, de fato, o menor preço. Transcreveu a justificativa apresentada no ato de ratificação, para sustentar que a escolha do fornecedor foi orientada pelo critério do menor preço.

Em sede de reexame, fls. 271/280, a unidade técnica afastou o apontamento inicial de suposta impropriedade e acatou os argumentos aduzidos pelas defendentes.

Os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação devem ser instruídos, no que couber, com os requisitos previstos nos incisos do art. 26 da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

Art. 26. (...)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Compulsando os autos, verifico que o processo de contratação direta foi instruído com coleta de preços realizada pela Administração, fls. 30/34 do Anexo 3. Pude constatar, ainda, que cinco empresas apresentaram orçamentos, todos identificados com carimbo e assinatura de seus representantes. Com efeito, a empresa “Verdurão do Vale Ltda. – ME” ofertou o menor preço, conforme se vê às fls. 61/65 do Anexo 3.

A meu ver, embora não tenha sido juntado ao procedimento de dispensa documento denominado “justificativa de preço e razão da escolha do fornecedor”, a pesquisa de preços apresentada pode ser acolhida como justificativa dos preços contratados, e a razão da escolha pelo melhor preço apurado, restando sanada a irregularidade apontada. Foi esse o entendimento adotado, à unanimidade, por este Tribunal, em sessão da Primeira Câmara, no julgamento do Processo n.º 898.426, transcrito abaixo:

DISPENSAS DE LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. ARQUIVAMENTO.

1. O art. 26 da Lei n. 8666/93 não estabelece como a Administração deve formalizar a razão da escolha do fornecedor ou a justificativa de preços, portanto, embora não tenha sido juntado ao procedimento de dispensa um documento denominado “justificativa de preço e razão da escolha do fornecedor”, a pesquisa de preços apresentada pode ser acolhida como justificativa dos preços contratados e a razão da escolha pelo melhor preço apurado. (Processo n.º 898.426, Relator Conselheiro Mauri Torres, sessão do dia 20/10/15).

Ademais, o contrato decorrente da dispensa foi previsto para vigorar por um mês, a partir da assinatura – fl. 108 (Anexo 3), condizendo com as justificativas apresentadas no termo de referência e no parecer jurídico, respectivamente, às fls. 23 e 56 do Anexo 3, no sentido de que a contratação deveria perdurar apenas pelo prazo necessário à conclusão da licitação por registro de preços. Vejo, ainda, que o procedimento de dispensa foi fundamentado, com acerto, nos incisos IV e XII do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, exigindo-se da fornecedora os documentos de habilitação e a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, fls. 36/44. No ato de ratificação menciona-se que a escolha da fornecedora se amparou na apresentação do menor preço global, fl. 76 do Anexo 3.

Por todo o exposto, acorde com o órgão técnico, considero regular a Dispensa de Licitação n.º 62/2014, e afasto a suposta irregularidade apontada pelo denunciante neste item.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia e aplico multa individual, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), à Pregoeira, Sra. Luzalva Dias Soares, e à Secretária Municipal de Educação à época, Sra. Leida Alves Tavares, que ratificou os atos realizados no certame (fl. 205 do Anexo 1), face ao descumprimento do previsto no art. 43, §1º, da Lei Complementar n.º 123/06, e tendo em vista o potencial lesivo da conduta, que poderia ter resultado em prejuízo financeiro para a Administração (item 3).

Recomendo aos responsáveis que nos próximos certames licitatórios atentem para a prerrogativa prevista no art. 43, §1º, da Lei Complementar n.º 123/06, a fim de cumprir o dever constitucional de conferir tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte participantes de licitações, nos termos do art. 179 da Constituição da República.

Intimem-se a denunciante e os denunciados, por AR, do teor desta decisão.

Findos os procedimentos pertinentes à espécie, archive-se o processo, consoante previsto no inciso I do art. 176 do Regimento Interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em: **I)** julgar parcialmente procedente a denúncia; **II)** aplicar multa individual, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), à Pregoeira, Sra. Luzalva Dias Soares, e à Secretária Municipal de Educação à época, Sra. Leida Alves Tavares, que ratificou os atos realizados no certame (fl. 205 do Anexo 1), face ao descumprimento do previsto no art. 43, §1º, da Lei Complementar n. 123/06, e tendo em vista o potencial lesivo da conduta, que poderia ter resultado em prejuízo financeiro para a Administração (item 3); **III)** recomendar aos responsáveis que nos próximos certames

licitatórios atente para a prerrogativa contida no art. 43, §1º, da Lei Complementar n. 123/06, a fim de cumprir o dever constitucional de conferir tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte participantes de licitações, nos termos do art. 179 da Constituição da República; **IV)** determinar a intimação da denunciante e dos denunciados, por AR, do teor desta decisão; **V)** determinar o arquivamento do processo, findos os procedimentos pertinentes à espécie, consoante previsto no inciso I do art. 176 do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente José Alves Viana.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 19 de fevereiro de 2019.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

(assinado eletronicamente)

jc/rp/mp

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 de
Deliberações e Jurisprudência**