



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



EXAME PRÉVIO DE EDITAL
RELATOR CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 09-04-2014 – MUNICIPAL
JULGAMENTO

=====
Processo: TC-0006.989.14-9
Representante: Amazon Diagnósticos por Imagem Ltda. ME
Representada: Prefeitura Municipal de Americana
Assunto: Exame prévio do edital do pregão eletrônico nº 115/2013, do tipo menor preço por lote, que tem por finalidade a “*contratação de empresa para prestação mensal de serviços técnicos de radiologia e laudos de RX*”.
Responsável: Diego de Nadai (Prefeito Municipal)
Advogado: não há advogado cadastrado no e-TCESP
=====

RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio do edital** do pregão eletrônico nº 115/2013, do tipo menor preço por lote, elaborado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA**, que tem por finalidade a “*contratação de empresa para prestação mensal de serviços técnicos de radiologia e laudos de RX*”.

1.2 Queixou-se a Representante **AMAZON DIAGNÓSTICOS POR IMAGEM LTDA. ME** acerca dos seguintes aspectos:

a) Subitens 14.1 e 14.2 do edital¹ e Cláusula Sétima do Anexo 02 - Minuta Contratual²: a previsão de aplicação de penalidades com base na Lei nº

¹ **14 MULTAS E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

14.1 A CONTRATADA sujeitar-se-á, em caso de inadimplemento de suas obrigações, definidas neste instrumento ou em outros que o complementem, as seguintes multas, sem prejuízo das sanções legais previstas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/93 e de responsabilidade civil e criminal:

1 0,03% (três décimos por cento) por dia de atraso, no fornecimento do objeto licitado, calculado sobre o valor correspondente a parte inadimplida.

2 10% (dez por cento) do valor do contrato no caso de rescisão administrativa por ato de sua responsabilidade;

14.2 Aos proponentes que convocados dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa, exigida para a licitação, ensejarem o retardamento da execução do certame, não mantiverem a proposta, falharem ou fraudarem na execução do contrato, comportarem-se de modo inidôneo, fizerem declaração falsa ou cometerem fraude fiscal, poderão ser aplicadas, conforme o caso, as seguintes sanções, sem prejuízo da reparação dos danos causados à (citar o órgão) pelo infrator:

a) advertência;

b) multa



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



8.666/93, especialmente as previstas no seu artigo 87, fulmina o edital de nulidade, uma vez que ao caso deveriam ser estabelecidas as sanções do artigo 7º da Lei nº 10.520/02, que regulamenta a modalidade pregão, ora adotada.

b) Anexo 3 - Exigências para Habilitação³: a imposição de comprovação da regularidade fiscal para com a Fazenda Municipal extrapola as diretrizes do artigo 29, II e III, da Lei nº 8.666/93 e contraria a jurisprudência dominante desta Corte, porquanto não há correlação entre a prestação dos serviços licitados e os tributos imobiliários.

c) A ausência, no instrumento convocatório, do orçamento estimado para a contratação dos serviços representa vício insanável - por contrariar o art. 6º, IX, c.c. art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93 - impossibilitando a aferição da conformidade entre a proposta de menor preço e o valor estimado da contratação, conforme previsto no subitem 8.14 do edital⁴.

1.3 Ante a existência de indícios de restrição indevida à competitividade, a suspensão do certame foi decretada e a medida liminar referendada por este E. Plenário.

1.4 Regularmente notificada (eventos nº 13 e 16), a Administração deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para que o Prefeito Municipal

c) suspensão temporária do direito de licitar, de contratar com a Administração pelo prazo de até 02 (dois) anos;

d) declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade;

² CLÁUSULA SÉTIMA: DAS PENALIDADES E DA MULTA

Pela desistência ou inexecução total ou parcial do contrato, sujeitar-se-á a "CONTRATADA" à aplicação das seguintes penalidades:

I - De 10% (dez por cento) do valor do contrato no caso de rescisão administrativa por ato de sua responsabilidade;

II - De 0,03% (três décimos por cento) por dia de atraso, na entrega do objeto licitado, calculado sobre o valor correspondente a parte inadimplida.

III - As multas previstas nos incisos anteriores serão descontadas em moeda corrente dos pagamentos eventualmente devidos a "CONTRATADA";

IV - Além das estipulações constantes deste contrato, sujeita-se a "CONTRATADA" às demais penalidades prescritas no artigo 87, da Lei 8.666/93, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, preconizadas, inclusive, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.09.90).

³ ANEXO 3 - EXIGÊNCIAS PARA HABILITAÇÃO

[...]

e) [...] Certidão Negativa de Tributos Municipais do município da sede da licitante (mobiliários e imobiliários)

⁴ 8 ABERTURA DAS PROPOSTAS E FORMULAÇÃO DOS LANCES

[...]

8.14 Caso não sejam apresentados lances, será verificada a conformidade entre a proposta de menor preço e valor estimado para a contratação;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



encaminhasse, a este Tribunal, as justificativas que entendesse necessárias, *“acompanhadas do inteiro teor do edital, informações sobre publicações, eventuais esclarecimentos e o destino dado a impugnações ou recursos administrativos”* porventura intentados.

1.5 A **Assessoria Técnico-Jurídica** concluiu pela procedência parcial das impugnações, condenando a exigência de comprovação de regularidade fiscal junto aos tributos imobiliários da Fazenda Municipal e a ausência do orçamento estimado.

Quanto à previsão de aplicação de penalidades com base na Lei nº 8.666/93, a **Unidade Jurídica** entendeu que *“muito embora haja certa razão à Representante quanto às penalidades previstas em dispositivos legais diferenciados, entendo que tal previsão não interfere na formulação das propostas e, portanto, o questionamento da Amazon não cabe em sede de Exame Prévio de Edital”*, ao passo que sua **Chefia** sustentou que *“a censura dirigida aos itens 14.1-A e 14.2 mostra-se procedente [...] tendo em vista que o certame ora em análise trata de Pregão Eletrônico, regulado por legislação específica e, portanto, a matéria deve também ser examinada com base no artigo 7º da Lei Federal nº 10.520/02”*, transcrevendo, neste sentido, trecho da decisão proferida no TC-433/006/09⁵.

1.6 O **Ministério Público de Contas**, por seu turno, pugnou pela procedência das impugnações, censurando a exigência de comprovação de regularidade fiscal junto aos tributos imobiliários da Fazenda Municipal e a ausência do orçamento estimado.

No tocante à previsão de aplicação de penalidades com base na Lei nº 8.666/93, argumentou que *“razão assiste à Chefia de ATJ ao defender a necessidade de adequação do edital em face da norma específica contida no art. 7º da Lei 10.520/02”*, complementando, todavia, que, *“ainda que se pudesse alegar que a matéria seria estranha à análise realizada no rito de Exame Prévio de Edital, porquanto não limita a formulação das propostas, entende-se pertinente que seja determinada a retificação do edital, uma vez que necessária a correção dos demais pontos impugnados”*.

1.7 De outra senda, a **Secretaria-Diretoria Geral** se manifestou pela procedência parcial dos pontos questionados.

⁵ Sessão de 15-04-09 do E. Tribunal Pleno, sob a relatoria do Conselheiro Fulvio Julião Biazzini.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



O Secretário-Diretor Geral considerou *“indevida a previsão de entrega de certidão de tributos imobiliários, contida no Anexo 03, alínea ‘e’, do edital, incompatível com o objeto do certame”*, registrando que, *“a despeito de meu entendimento pessoal sobre o tema [...] destaco que o posicionamento desta Corte é no sentido da obrigatoriedade de divulgação do orçamento global”*.

Por fim, entendeu *“improcedente a impugnação que recaiu sobre os itens 14.1 e 14.2[1] do edital e Cláusula Sétima do “Anexo 02 - Minuta Contratual”, pela qual a representante questiona a previsão editalícia da aplicação conjunta das penalidades pelo descumprimento contratual, contidas nos dispositivos do art. 87 da Lei 8.666/93 e no art. 7º da Lei nº 10.520/2002”*, porquanto *“esta Casa tem considerado a inexistência de manifesta ilegalidade que possa macular o certame”*, citando, neste sentido, o quanto decidido no TC-2239/989/13⁶.

É o relatório.

VOTO

2.1 A Prefeitura Municipal de Americana pretende contratar empresa para prestação mensal de serviços técnicos de radiologia e laudos de RX, por meio do pregão eletrônico nº 115/2013.

A exemplo do quanto sustentado pelos órgãos desta Corte que atuaram no processo, penso que a retificação do edital é medida que se faz necessária.

2.2 O primeiro aspecto a demandar correção diz respeito à obrigatoriedade de comprovação da regularidade fiscal em tributos municipais imobiliários, dispositivo que impõe restrição indevida à ampla participação de interessados, não se harmonizando com o estabelecido no art. 29, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93, uma vez que a exigência não guarda relação com o objeto licitado.

Aliás, como já destaquei no despacho que concedeu a liminar de suspensão do certame, é segura a jurisprudência desta Corte sobre o tema, a exemplo do decidido nos TC's 3049/989/13⁷ e 2835/989/13⁸.

⁶ Sessão de 23-10-13 do E. Tribunal Pleno, sob a relatoria do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho.

⁷ Sessão de 11-12-13 do E. Tribunal Pleno, sob a relatoria do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho.

⁸ Sessão de 13-11-13 do E. Tribunal Pleno, sob a relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



2.3 Quanto à crítica direcionada à estipulação, no edital e na minuta do contrato, de que a contratada sujeitar-se-á exclusivamente às sanções previstas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/93, a despeito de considerar que o questionamento não constitui óbice à participação de interessados, tampouco à formulação de propostas, a teor do posicionamento adotado pelo Ministério Público de Contas, de que o instrumento convocatório será objeto de reformulação, deve o edital estabelecer, no mínimo, a sujeição à regra de que trata o art. 7º da Lei nº 10.520/02⁹.

Sem adentrar na questão acerca da incidência ou não da aplicação subsidiária das sanções previstas na Lei nº 8.666/93, não se pode olvidar que a Lei do Pregão aborda, de forma clara e específica, as hipóteses que ensejam a cominação da sanção de impedimento de licitar e contratar, não podendo a Administração deixar de observar referido comando legal.

Ademais, a própria lei que instituiu o pregão no âmbito do Município de Americana¹⁰ - sendo, inclusive, um dos diplomas que regem a licitação ora em apreço, consoante se verifica no preâmbulo do edital - praticamente reproduz a redação constante na Lei nº 10.520/02¹¹, sendo, assim, norma cogente a ser observada pela Prefeitura em seus editais de pregão.

2.4 No tocante à ausência de divulgação do orçamento estimado em licitação na modalidade pregão, peço vênia para transcrever trecho do voto que proferi nos autos do TC-4049.989.13-0¹²:

No tocante à última questão arguida, deve prevalecer o novel entendimento firmado na sessão de 05-02-14, quando este Plenário, ao

⁹ Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

¹⁰ Lei nº 3.940, de 08-12-03, disponível em <http://www.americana.sp.gov.br/americanaV5/legislacao/lei_3940.html>. Acesso em 07 abr. 2014.

¹¹ Conforme o art. 7º, que se reproduz a seguir:

Artigo 7º - Quem deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração Pública local e, se for o caso, será descredenciado do Cadastro Geral de Fornecedores do Município de Americana, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e em contrato e das demais cominações legais.

¹² Sessão de 19-02-14 do E. Tribunal Pleno.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



apreciar o TC-3975.989.13, relatado pelo e. CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA, após profícuos debates, decidiu que, ante a ausência de expresso mandamento sobre o assunto na Lei do Pregão, a Administração não está obrigada a divulgar o valor estimado da contratação no instrumento convocatório, mas deve tornar público o local onde tal informação poderá ser obtida e facilitar-lhe o acesso, hipótese não comprovada neste caso.

Naquele caso concreto, Sua Excelência assim dissertou:

“O ponto da inicial que se apresenta com expressiva controvérsia, compreendo, refere-se à falta de parâmetros orçamentários expressos no edital de Pregão Eletrônico divulgado pelo Departamento de Polícia Judiciária da Capital.

Tratando-se de licitação na modalidade Pregão, nossa jurisprudência coleciona precedentes favoráveis ao modelo adotado pela representada (e.g.: TC-40.648/026/11 e eTC-724.989.12-4), como também julgados reprovando editais que omitem a estimativa de custo global do objeto colocado em disputa, entendimento este, a propósito, ora dominante (e.g.: TCs 143.989.12-7, 812.989.12-7 e 876.989.12-0).

Entretanto, a presente análise, concretamente tomada e de caráter eminentemente apriorístico, não impede aferição mais elástica da questão.

Sensibiliza-me, de um lado, a informação trazida aos autos de que dados orçamentários mais detalhados encontram-se disponíveis aos interessados, o que, ao menos em princípio, tende a mitigar o aspecto alegadamente controvertido da matéria e, conseqüentemente, a possibilidade de restrição de direitos.

Cabe consignar, a propósito, que a Lei que disciplina o Pregão expressamente remete aos autos do processo administrativo da licitação o orçamento dos bens ou serviços objeto da disputa (Lei nº 10.520/02, Art. 3º, inciso III), no que o instrumento questionado é convergente.

De outro, também devo me apegar a um detalhe nem sempre explicitado nos precedentes deste E. Tribunal.

Visitando o sítio da Bolsa Eletrônica de Compras na Internet (www.bec.sp.gov.br), mais precisamente a parte dedicada aos modelos de editais, verifico que as minutas lá dispostas de fato não preceituam sobre cláusula que expressamente cuide do valor estimativo do futuro contrato.

Sem prejuízo do fato de o Administrador estar subordinado ao controle externo exercido por esta Corte, do que se infere o dever de acompanhar permanentemente a jurisprudência aqui formada, parece que a mesma Administração tem fornecido parâmetros de certo modo desalinhados com a dinâmica de nossas deliberações.

Reconhecer, no caso concreto, a alegada omissão implicaria igualmente a penalização do Administrador de certo modo condicionado à regra de acesso à negociação virtual.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Considerando, mais ainda, que a informação do orçamento encontra-se acessível a qualquer interessado, não implicando, nessa exata medida, prejuízo a direito, não subsiste a controvérsia.

Destarte, poderá a Administração informar o valor estimado da contratação no próprio edital ou, não o fazendo, indicar o local onde tal informação deverá ser obtida, facilitando-lhe o acesso.

2.5 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero parcialmente procedentes as impugnações, determinando que a Prefeitura, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, promovendo revisão na exigência de comprovação de regularidade fiscal junto à Fazenda Municipal, bem como nos dispositivos atinentes à aplicação de sanções à futura contratada, providenciando ainda - caso não faça constar o valor estimado da contratação no novo edital a ser publicado - a divulgação do local em que tal informação poderá ser obtida, facilitando-lhe o acesso.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do instrumento convocatório, nos termos reclamados pelo artigo 4º, V, da Lei nº 10.520/02 c.c. o artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Proponho, ainda, a aplicação de pena de multa ao responsável - Sr. Diego de Nadai, Prefeito Municipal - nos termos do artigo 104, III, da Lei Complementar estadual nº 709/93, por não atendimento, no prazo fixado e sem causa justificada, de diligência deste Conselheiro Relator, que fixo no equivalente pecuniário de 200 UFESPs (Duzentas Unidades Fiscais do Estado de São Paulo), a ser recolhido no prazo de 30 dias.

Concluídas as anotações de estilo, com a inserção na jurisprudência inclusive, encaminhem-se os autos ao órgão de fiscalização competente para subsidiar a instrução de eventual ajuste que venha a ser formalizado ou quando da fiscalização ordinária, retornando após as providências de mister.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 9 de abril de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO