TC nº 72-000.419.16-39

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SME. Serviço de transporte de pessoas e/ou pequenas cargas, em veículos de passeio com motorista e combustível. Não apresentação de documentação no prazo estabelecido. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

Legislação citada: Lei Compl. 123/06. Art. 81, Lei 8.666/93.

2.897ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 05/07/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, uma vez que se encontram preenchidos os requisitos legais e regimentais de sua admissibilidade e, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após a adoção das providências previstas no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor "ad hoc" e JOÃO ANTONIO.

Ausente o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 9 de novembro de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se do exame da Representação interposta por Argus Transportes e Locação de Veículos Ltda.-EPP em face do Edital do Pregão Eletrônico n° 6/DRE-CS/2015, deflagrado pela Secretaria Municipal de Educação objetivando a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de transporte de pessoas e/ou pequenas cargas, em veículos de passeio, com motorista e combustível.

A Representante se insurge contra a decisão da Secretaria Municipal da Educação que a inabilitou por falta de atendimento aos requisitos do Edital. Alega que em 14 de janeiro de 2016, a empresa foi declarada vencedora e habilitada após a entrega da documentação solicitada, mas que, no decorrer da entrega de documentos, via e-mail, solicitou prazo para o encaminhamento do alvará de funcionamento que se encontrava na relação de documentos de regularidade fiscal, e, por ser EPP, teria prazo de 5 (cinco) dias para solucionar a pendência e entregar o documento. Afirma que, em de 15 da janeiro de 2016, entregou toda a documentação original na DRE, com exceção do alvará, e que no dia 18 de janeiro de 2016, foi inabilitada por não ter atendido a todos os requisitos do Edital. Alega ainda que, extraoficialmente, recebeu informação de que a sua inabilitação ocorreu em razão de a área jurídica da DRE entender que o alvará de funcionamento não é documento de regularidade fiscal, e, assim, argumenta que, se esse entendimento for válido, o Edital está errado, pois o referido alvará consta como item relativo à regularidade fiscal. Desta feita, requer seja revista sua inabilitação ou declarada a irregularidade da licitação.

Os autos foram encaminhados à Subsecretaria de Fiscalização e Controle e à Assessoria Jurídica de Controle Externo, para manifestação, com alerta para a data de retomada dos trabalhos do certame licitatório.

A Auditoria deste Tribunal (fls. 331 e 32) concluiu que o Edital do Pregão Eletrônico é falho ao estabelecer o alvará de funcionamento como documento relativo à regularidade fiscal, e, quanto ao ponto impugnado pela Representante, concluiu ser improcedente a Representação. Sugeriu oitiva da Origem para esclarecimentos detalhados acerca do motivo da inabilitação da empresa.

AJCE (fls. 33 e 34) manifestou-se pelo conhecimento da Representação, por estarem preenchidos os requisitos legais e regimentais de admissibilidade. No mérito, concluiu pela improcedência da Representação. Para tanto, afirmou que a hipótese consagrada na Lei Complementar Federal n° 123/06 não permite que a documentação pertinente deixe de ser entregue juntamente com os demais licitantes na abertura do certame, conferindo, apenas, um prazo para que eventuais pendências sejam regularizadas. Sugeriu a prévia intimação da Origem para apresentar suas justificativas não apenas quanto à inabilitação do Representante, mas também quanto à legitimidade da condição referida no item 8.4.5. do instrumento

convocatório, que incluiu o alvará de funcionamento dentre os documentos relativos à comprovação da regularidade fiscal da licitante.

Oficiados os agentes responsáveis (fls. 39, 40 e 41), vieram aos autos os documentos de fls. 41/58, em resposta ao ofício SSG-GAB n° 7487, dirigido à Sra. Maria Cecília de Freitas Leão, Diretoria Regional de Educação Capela do Socorro. Nessa documentação, argumenta-se que o Edital primou por um excesso de cautela. Destaca-se como esclarecimento que a regularidade do estabelecimento da sede da empresa é primordial e precipuamente exigência legal, mas que, por certo, houve equívoco na inserção do item 8.4.5 no Edital. Ainda assim, entretanto, restou consolidado nesse campo e quesito, pois não houve impugnação de quaisquer das 15 (quinze) empresas partícipes do certame.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 61), ciente do acrescido e na esteira das manifestações dos órgãos técnicos deste Tribunal, requereu seja a Representação conhecida e, no mérito, julgada improcedente. Ressaltou, por oportuno, a manifestação da Origem quanto à correção do teor do item 8.4.5 do Edital para os próximos certames, consoante sugerido pela AJCE.

A Secretaria Geral, fls. 63/65, opinou pelo conhecimento da Representação e, no mérito, pela sua improcedência.

É o relatório.

V O T O

Conheço da Representação, uma vez que se encontram preenchidos os requisitos legais e regimentais de sua admissibilidade.

No mérito, merecem ser considerados os seguintes aspectos:

1) No procedimento do Pregão, nos termos do artigo 4°, incisos XI a XV, da Lei Federal n° 10.520/02, o proponente não é declarado vencedor após a abertura do primeiro envelope com as propostas, mas sim após a abertura do segundo envelope contendo a documentação relativa à habilitação. Por conseguinte, diferentemente do afirmado na inicial, na sessão do Pregão Eletrônico n° 6/DRES-CS/2015, do dia 14 janeiro de 2016, a empresa Representante foi apenas considerada primeira classificada, e não habilitada. Na sessão do dia 18 de janeiro de 2016 acabou sendo desclassificada em virtude da não entrega da documentação de habilitação no prazo estipulado, conforme se verifica pelas mensagens da sessão pública registradas na documentação juntada às fls. 22/26. Por seu turno, no documento de fls. 19, consta o registro da inabilitação da empresa, por não haver atendido aos requisitos do Edital.

2) O Edital, embora tenha inserido equivocadamente a obrigatoriedade da apresentação do alvará de funcionamento dentre os documentos necessários para comprovar a regularidade fiscal das licitantes, não foi objeto de

impugnação, e, assim, manteve seu caráter vinculatório tanto para a Administração como para os licitantes, com aplicação de forma isonômica a todas as empresas participantes do certame licitatório.

3) A Lei Complementar Federal n° 123/06, em seu artigo 43, *caput*, é expressa no sentido de que **"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"**. O § 1° do referido dispositivo, com a redação dada pela Lei Complementar n° 147, de 2014, assegura, na hipótese de haver alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável 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. Por seu turno, estabelece o § 2º que **"A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação"**. Ou seja, a hipótese consagrada na Lei Complementar Federal n° 123/06 não permite que a documentação pertinente deixe de ser entregue pela micro ou pequena empresa na abertura do certame, sendo assegurado pela Lei, apenas, que as micro e pequenas empresas disponham do prazo de 5 (cinco) dias úteis para que eventuais pendências relacionadas à documentação de habilitação, já entregue, sejam regularizadas.

Portanto, resta claro que, no âmbito do procedimento licitatório, aplica-se à empresa Representante o § 2° do artigo 43 da referida Lei Complementar, uma vez que a situação fática não era de regularização da documentação exigida pelo Edital, mas sim da não apresentação da aludida documentação no prazo estabelecido.

Oportuno também consignar que, nesse mesmo sentido, recentemente decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2ª. Câmara – Seção de Direito Público, nos autos da Apelação Cível n° 1006344-30.2014.8.26.0344, com Acórdão de 13 de maio de 2016, votação unânime, sendo Relatora a Desembargadora Luciana Bresciani, Voto n° 17.840, com a seguinte ementa:

Mandado de Segurança – Licitações e Contratos Administrativos – Pregão presencial- Empresa com a melhor proposta que foi inabilitada por ocasião da abertura do 2° envelope, porquanto ausente certidão comprobatória de sua regularidade fiscal junto ao Município – Alegação de que o prazo de duas horas concedido para a obtenção da certidão é ilegal, por contrariar o disposto no artigo 43, § 1°, da Lei Complementar 123/2006 – Artigo mencionado que, ao relegar a comprovação da regularidade fiscal ao momento da assinatura do contrato, quando se tratar de micro ou pequena empresa, não isenta a proponente de apresentar toda a documentação exigida no momento previsto no edital – Prazo de cinco dias a contar do momento em que o

proponente for declarado o vencedor do certame, que é momento posterior à habilitação – Ausência de ilegalidade, na medida em que a Legislação de Regência sequer faculta ao proponente possibilidade de apresentar documentação faltante – Inabilitação escorreita – Segurança concedida – Recursos voluntário e oficial providos.

Assim colocadas as razões de mérito, e à vista dos elementos constantes dos autos e dos pareceres dos órgãos preopinantes deste Tribunal, bem como da douta Procuradoria da Fazenda Municipal, julgo improcedente a Representação.

Dê-se ciência do resultado do julgamento à Origem e à Representante.

Após as providências regimentais, arquivem-se os autos.