TC nº 72-000.606.08-76

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMG. Registro de preços para aquisição de macarrão. Programas de Alimentação. Ausência de comprovação da cidadania. NÃO CONHECIDA. Votação por maioria.

2.575ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 18.10.2011.

Referência Especial: 72.000.676.07-70, 72.000.978.06-59, 72.000.049.07-20, 72.000.213.99-90, 72.001.944.02-49.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.560ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, votou o Conselheiro EURÍPEDES SALES, com votos anteriormente proferidos pelos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, na 2.510ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM, consoante notas taquigráficas – referentes à 2.510ª S.O. – anteriormente insertas nos autos, e EURÍPEDES SALES, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em não conhecer da representação, tendo em vista o não atendimento do requisito de admissibilidade no tocante à comprovação da cidadania, mediante juntada do respectivo documento, nos termos do artigo 55, § 1º, do Regimento Interno desta Corte.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos de seu relatório e voto, e ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor que conheceram da representação e, quanto ao mérito, julgaram-na improcedente.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, o envio de cópia do presente Acórdão ao representante e à representada, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e EURÍPEDES SALES.

Presente à sessão, nesta data, a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi anteriormente proferido pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, na 2.510ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de agosto de 2011.

EDSON SIMÕES - Presidente, com voto.

ROBERTO BRAGUIM - Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Trata-se do exame de Representação com pedido de suspensão liminar da licitação, subscrita por Reinaldo de Sá Cirilo em face do Edital de Pregão Presencial 003/2008-SMG, promovido pela então Secretaria Municipal de Gestão, com o objetivo de registrar preços para aquisição de macarrão curto para macarronada – 3 itens, destinados aos Programas de Alimentação.

O representante se insurge, contra o Edital da licitação, o qual em seu entender possui máculas insuperáveis, capaz de causar danos irreparáveis ao Erário, afrontando princípios consagrados na legislação em vigor.

Em síntese são os seguintes pontos questionados pelo Representante:

a) Ausência das regras previstas na Lei Complementar 123/2006, que prevê tratamento diferenciado e favorecido para as micro empresas e empresas de pequeno porte;
b) Omissão na atribuição de valor de redução de lances, ficando a atribuição a cargo do Pregoeiro, sendo este dado imprescindível para condução dos lances;
c) Solicitação de apresentação de amostras em embalagem especifica não usual de mercado para o produto, onerando as empresas interessadas;
d) Subcriatividade nos critérios a serem utilizados em relação a avaliação das amostras dos produtos e julgamentos das mesmas;

e) Obrigação de recolhimento de preço público e custos bancários como condição para assinatura da ATA.

A Auditoria entendeu ser procedente a alegação relativamente ao edital não contemplar as regras da Lei Complementar n° 123/06 e da Instrução Normativa n° 01/01/2007, e, quanto aos demais questionamentos, entendeu-os improcedentes. Concluiu, assim, pela procedência parcial da Representação.

A Origem prestou esclarecimentos quanto aos pontos impugnados pelo Representante, justificando, ainda, tratar-se de licitação de grande vulto, com estimativa de desembolso de valores de R$ 266.000,00 por mês e de R$ 3.192.000,00 por ano, extrapolando assim os valores-limites de faturamento bruto anual das microempresas e empresas de pequeno porte, que é de R$ 240.000,00 e R$ 2.400.000,00, respectivamente, o que, por si só, inviabiliza a participação dessa categoria de empresas na licitação.

Frente aos esclarecimentos prestados pela Origem, e considerando que, dos argumentos e informações apresentados pelo Representante, não ficou evidenciada a existência das ilegalidades propaladas nem a demonstração da existência de risco de dano irreparável, e levando em conta que a medida cautelar requerida poderia trazer sérios prejuízos à Administração Pública, diante da proximidade da data da abertura da licitação, indeferi o pedido de suspensão liminar do certame (fls. 102/103).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, quanto aos requisitos de admissibilidade, observou que o Representante não fez prova de cidadania, requisito previsto no artigo 55, § 1°, do Regimento Interno deste Tribunal. Em relação ao mérito, embora entendendo que a Lei Complementar n° 123/06 tenha conferido tratamento jurídico diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte e que o edital deveria fazer menção às regras ali contidas, como forma de garantir o direito de todos os licitantes e a transparência a todos os competidores, concluiu que tal omissão não teria o condão de macular o certame e ensejar a sua nulidade, porquanto a participação das micro e pequenas empresas não estaria obstada, podendo estas ingressar normalmente no certame, demonstrando ao pregoeiro o seu enquadramento no quanto disposto no § 3° da Lei Complementar n° 123/06. No que se refere à cobrança do preço público esclareceu que este tem previsão no Decreto n° 48.074/06, acrescentando que somente o vencedor do certame é que deverá arcar com tal ônus. Opinou, assim, ressalvadas as questões preliminares de admissibilidade, pela improcedência da Representação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo conhecimento da Representação e, no mérito, à vista dos argumentos da Origem, pela sua improcedência.

A Secretaria Geral pronunciou-se no sentido de que a Representação seja conhecida, considerando o disposto do artigo 5°, inciso XXXIV,

alínea “a”, da Constituição Federal, que assegura o amplo direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder, bem como o disposto no artigo 113, § 1°, da Lei Federal de Licitações, que garante a qualquer pessoa física o direito de representar ao Tribunal de Contas ou órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da Lei. No mérito, acompanhou o entendimento dos órgãos pré-opinantes no que se relaciona à legalidade do edital quanto aos itens questionados pelo Representante. Relativamente à LC n° 123/06, concluiu, considerando o estabelecido na Instrução Normativa n° 1-PREF.G, que, em se tratando de pregão, as normas da referida legislação complementar não poderão estar implícitas no edital, devendo ser necessariamente expressas. Concluiu, pois, pela procedência parcial da Representação.

É o relatório.

VOTO

A despeito do estabelecido no § 1° do artigo 55 do Regimento Interno desta Corte, conheço da presente Representação, na esteira dos argumentos expendidos pela Secretaria Geral deste Tribunal, por entender que se deva dar ampla interpretação ao direito de petição consagrado pela Constituição Federal, em seu artigo 5°, inciso XXXIV, alínea “a”, bem como ao aspecto da legitimidade para exercício do direito de representação especificamente estabelecido no artigo 113, § 1°, da Lei Federal n° 8.666/93, tendo em vista o interesse público subjacente no referido dispositivo legal.

Ademais, verifica-se que o Representante juntou cópia reprográfica do documento que o identifica como advogado (fls. 14), e, nos termos da Lei Federal n 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados no Brasil – OAB, a inscrição como advogado naquela entidade requer a apresentação de título de eleitor (artigo 8°, inciso III). É bem verdade que a Constituição Federal prevê as hipóteses em que a perda ou suspensão dos direitos políticos possa ocorrer, mas há de se convir que a singela juntada de cópia do título de eleitor à inicial, para fim de atendimento do disposto no artigo 55, § 1°, do Regimento Interno deste Tribunal, é medida que não comprova, por si só, a não ocorrência de fato superveniente que tenha afetado a situação de regularidade do indivíduo frente à Justiça Eleitoral.

Quanto ao mérito, relativamente aos itens e subitens do edital e em relação à cobrança do preço público, conforme mencionados nas alíneas “b” “a” “e” do Relatório, entendo que as questões ficaram exauridas em face dos esclarecimentos prestados pela Origem e diante das análises e conclusões dos órgãos técnicos desta Corte, que opinaram pela regularidade do edital no que concerne aos aspectos apontados. Nesse sentido, na esteira dos pronunciamentos dos órgãos pré-opinantes, julgo improcedentes as alegações do Representante relativamente àqueles tópicos.

Impende, pois, enfrentar a questão relacionada à falta de menção, no edital, à Lei Complementar n° 123/06.

A Lei Complementar nº 123/06 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, deixando expresso que introduz normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a essa categoria de empresas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere ao que interessa ao presente feito, “à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos”, consoante dispõe seu artigo 1° e inciso III, consignando ainda, nos artigos 42 a 49, outras normas gerais de licitação além daquelas estabelecidas pela Lei Federal nº 8.666/93, para criar comandos de tratamento favorecido a serem aplicados às licitações realizadas pela Administração Pública.

Considerando-se a autonomia dos entes federados e a repartição constitucional de competência legislativa, uma vez editadas as normas gerais nas matérias em que a União detenha competência privativa para produção de leis com caráter nacional, cabe aos demais entes federados a edição de normas específicas, genéricas e abstratas, a integrar seu ordenamento jurídico.

A Lei Complementar nº 123/06, em suas Disposições Finais e Transitórias, dispõe que os entes da Federação, dentre os órgãos que especifica, “deverão editar, em 1 (um) ano, as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte” (artigo 77, § 1°).

Não obstante, há de se convir que no bojo dessa inovadora disciplina legal há comandos que esbarram no decantado princípio constitucional da igualdade, estatuído no artigo 37, inciso XXI, da Lei Maior, por permitir que a Administração Pública, em sede de licitação, dispense tratamento privilegiado às categorias de empresas para as quais se dirige, a exemplo da autorização para comprovação de regularidade fiscal somente para efeito de assinatura do contrato (art. 42); da possibilidade da regularização da situação fiscal quando constatada a existência de restrições (art. 43); de assegurar a preferência nas contratações com o Poder Público quando ocorrer empate com os valores das propostas/lances ofertados originariamente por outras empresas que não se enquadrem nas categorias de microempresas e de empresas de pequeno porte (art. 44); na convocação para que apresente nova proposta após o encerramento dos lances na modalidade pregão (art. 45, parágrafo terceiro).

A par disso, introduz dispositivos de reconhecida dificuldade operacional, reforçando a necessidade da edição de regulamentação específica que discipline o procedimento, a fim de que seja assegurada a observância dos princípios que regem a licitação, nos termos do artigo 3° da Lei Federal nº 8.666/93.

Por conseguinte, não se me afigura tratar-se de dispositivos legais autoaplicáveis em matéria de licitações, como alega o

Representante. Ademais, não se pode deixar de aventar a ocorrência de incertezas no trato e manuseio da norma complementar federal, a requerer maior cautela do agente público, sobretudo por se tratar de legislação que inova ao excepcionar o princípio da igualdade, princípio este que já conta com farta e sólida construção doutrinária e jurisprudencial.

À vista, pois, dos princípios da isonomia e da reserva legal contemplados na Constituição Federal, artigo 5°, "caput" e inciso II, e artigo 37, inciso XXI, é razoável concluir que a operacionalização de certames licitatórios que contemplem regras privilegiadas a microempresas e empresas de pequeno porte, na conformidade dos novos comandos introduzidos pela Lei Complementar nº 123/06, necessita de regulamentação que lhes dê diretrizes de aplicabilidade.

No que concerne aos comandos legais específicos do Município de São Paulo, os artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/06 vieram a ser regulamentados por meio do Decreto Municipal nº 49.511, de 20 de maio de 2008, posteriormente alterado pelo Decreto nº 50.537, de 3 de abril de 2009, para lhe acrescer o artigo 13-A, para estender suas disposições também às sociedades cooperativas que menciona.

Destarte, embora à época da realização do Pregão Presencial n° 003/2008/SMG, houvesse disciplina editada por meio da Orientação Normativa nº 1/07-PREF, posteriormente revogada pelo Decreto Municipal nº 49.511/2008, o fato é que o Pregão Presencial a que se contrapõe a Representação foi realizado em data anterior à edição do decreto regulamentador da matéria no âmbito da Administração Pública deste Município.

Posto isto, entendo não possa ser censurado o procedimento da Origem no Pregão em questão, ao argumento de ofensa às normas gerais de caráter complementar, razão pela qual julgo improcedente a Representação também no que concerne a esse particular.

Ao mesmo tempo, por evidente, doravante se impõe a observância do Decreto Municipal nº 49.511/2008, a partir de sua edição.

Dê-se ciência da decisão ao Representante e à Origem, atualmente denominada Secretaria Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização.

Após os trâmites regimentais, arquivem-se os autos. **(2.510ª S.O.)**.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos do TC 72.000.606.08-76 da análise de **representação** formulada por Reinaldo de Sá Cirilo, em face do Pregão 003/2008-

CGBS, promovido pela então Secretaria Municipal de Gestão, tendo por objeto o registro de preços para aquisição de macarrão curto para macarronada, destinados ao Programa de Alimentação.

Na Sessão 2.510ª, o Conselheiro Relator Maurício Faria conheceu da representação, entendendo que deve ser dada ampla interpretação ao direito de petição consagrado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIV, alínea "a", bem como ao disposto no artigo 113, § 1º da Lei 8.666/93. No mérito, julgou-a improcedente, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Revisor Vice-Presidente Antonio Carlos Caruso.

Na mesma sessão, divergiu o Conselheiro Corregedor Roberto Braguim, não conhecendo da representação, por não preenchido o requisito de admissibilidade de comprovação da cidadania pelo representante, infringindo o disposto no artigo 55, § 1º, do Regimento Interno.

Na Sessão 2.560ª, o Conselheiro Eurípedes Sales acompanhou o voto do Conselheiro Roberto Braguim.

Com efeito, registrou-se empate e, consoante disposição legal, profiro o voto de desempate.

Voto, com fundamento no posicionamento por mim já adotado nos TCs 676.07-70, 978.06-59, 049.07-20, 213.99-90 e 1.944.02-49, alinhado à corrente do Conselheiro Eurípedes Sales e do Conselheiro Roberto Braguim, restando, por maioria, não conhecida a representação**,** em razão do não preenchimento do requisito de admissibilidade previsto no artigo 55, § 1º, do Regimento Interno desta Corte.