



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 08-10-14 – MUNICIPAL

=====
Processo: TC-002461.989.14-7
Representante: J. M. Guimarães ME
Representada: Prefeitura Municipal de São José dos Campos
Assunto: Exame prévio do edital do pregão presencial nº 93/2014, do tipo menor preço por item, que tem por objeto *“o registro de preços para fornecimento de dispensadores, pelo prazo de 12 (doze) meses”*.
Responsável: Carlos José de Almeida (Prefeito)
Subscritora do Edital: Juliana Aparecida Pepato (Diretora do Departamento de Recursos Materiais)
Advogados no e-Tcesp: Larissa Alves Nogueira (OAB/SP nº 316.204), Ronaldo José de Andrade (OAB/SP nº 182.605)
Valor estimado: Não consta no edital
=====

01. RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio** do edital do pregão presencial nº 93/2014, elaborado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS**, cujo objeto é *“o registro de preços para fornecimento de dispensadores”*.

1.2 Insurgiu-se a **Representante** contra as seguintes disposições do edital:

- a) Falta de requisição de comprovação de regularidade fiscal perante as Fazendas Federal, Estaduais e Municipais;
- b) Ausência de indicação dos quantitativos mínimos e máximos que a Administração pretende contratar.

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.



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



1.4 Regularmente notificada, a Administração defendeu, em linhas gerais, a regularidade dos atos praticados.

Argumentou que a comprovação de regularidade fiscal deve ser requerida conforme o caso, nos termos do artigo 29 da Lei nº 8.666/93, evitando-se a interpretação ampliativa.

Deste modo, a exigência se daria em face da complexidade do objeto licitado, ou seja, quanto maior o risco assumido pela Administração para a aquisição do objeto, maior a necessidade de comprovação de regularidade fiscal e quanto menor o risco, menor a sua exigência. Portanto, por se tratar de registro de preços de dispensadores, objeto simples e sem riscos para a Administração, seria dispensável a exigência de comprovação fiscal.

Alegou que o ato convocatório indica a quantidade estimada pretendida pela Administração e, por se tratar de sistema de registro de preços, na qual não há obrigatoriedade de se adquirir as quantidades registradas, não há necessidade de indicar a quantidade mínima de aquisição.

1.5 A **Assessoria Técnica Jurídica**, sua **Chefia**, e o **Ministério Público de Contas** pronunciaram-se pela procedência das impugnações.

Consideraram que o disposto no artigo 29 da Lei de Licitações impõe ao Administrador a obrigação de exigir a comprovação fiscal do ente licitante. Aduziram que, em consonância ao mencionado regramento legal, o artigo 193 do Código Tributário Nacional determina que a Administração não efetue nenhum contrato ou aceite proposta em concorrência pública sem a devida comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Pública, relativa à atividade em cujo exercício contrate ou concorra.

Argumentaram que, não obstante a imprevisibilidade de aquisição do bem licitado, deve ser indicado uma previsão de quantidades mínimas que a Administração pretende adquirir, para evitar a incerteza dos licitantes e conseqüente desinteresse na disputa.

Outrossim, o **Ministério Público de Contas** aponta que, caso a quantidade estimada de itens arroladas no certame seja a efetivamente pretendida pela Administração, a adoção do sistema de registro de preços seria inadequado ao certame, merecendo a sua correção.



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



1.6 Por sua vez, a **Secretaria de Diretoria-Geral** opina pela procedência parcial apenas em relação à ausência de exigência de comprovação fiscal, em conformidade aos preopinantes.

É o relatório.

2. VOTO

2.1 A Prefeitura Municipal de São José dos Campos pretende registrar preços para a aquisição de dispensadores. No entanto, o instrumento convocatório elaborado para esse fim merece correção, a fim de se amoldar às diretrizes da legislação de regência e à jurisprudência desta Corte.

2.2 De início, impende destacar que a exigência de comprovação de regularidade fiscal pelas empresas licitantes, no ato convocatório, é obrigação imposta à Administração, conforme se depreende do disposto no artigo 29 da Lei federal nº 8.666/93, artigo 193 do Código Tributário Nacional e artigo 4º, XIII, da Lei nº 10.520/02.

Bem por isso, não cabe à Administração, a despeito das demais exigências de habilitação, que se encontram no âmbito do exercício de sua competência discricionária, deixar de requisitar, de todos os licitantes, a comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Federal. Ao invés, em relação às demais Fazendas, somente requisitar a prova de regularidade dos tributos que se relacionam diretamente com o objeto do certame e o ramo de atividade da licitante.

Neste sentido, a decisão proferida nos autos TC-001656.989.13-3, sob minha relatoria, na sessão Plenária de 21-08-2013:

“Sobre a exigência de prova de regularidade em relação a todos os tributos, recorro que os federais são devidos por todos, independentemente da natureza do objeto licitado; também já se esclareceu que o subitem item 14.2.3.4 reclama, em verdade, tributos *mobiliários* e não imobiliários (IPTU), como apontou o representante.

No que diz respeito aos tributos estaduais, na esteira da jurisprudência desta Corte, não há como condenar a Administração, em sede de exame prévio de edital, pelo fato de transcrever o texto da lei.



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



É o que se extrai da decisão do TC-00000887.989.12, Relator o e. CONSELHEIRO ROBSON MARINHO, segundo quem *O edital impôs que a interessada demonstrasse a situação regular inclusive perante a Fazenda Estadual, de forma genérica.*

No entender da fiscalização, a redação do edital determinou a comprovação de situação regular em relação a todos os tributos estaduais, inclusive aqueles não relacionados com o objeto licitado, a exemplo do ICMS.

Recentemente esse tema foi abordado em sede de exame prévio de edital nos processos 887/989/12-7, 00000899/989/12-3, 00000902/989/12-8 e 00000921/989/12-5, sob minha relatoria.

“Em relação ao exigido para comprovação de regularidade fiscal quanto ao ICMS, entendo que a questão deve ser abordada com suporte nas recentes discussões desta Corte acerca da matéria.

Adiro ao entendimento no sentido de que não é competência do Tribunal de Contas decidir sobre a incidência ou não incidência de tributos, principalmente quando se trata de serviços e equipamentos, uma vez que a própria doutrina especializada se mostra, por vezes, dividida e que questões do tipo acabam decididas somente no âmbito das Cortes Superiores do Poder Judiciário.

Uma reflexão sobre o tema me leva a levantar a seguinte hipótese: o edital poderia simplesmente ter repetido o texto do inciso III do artigo 29 da Lei de Licitações, exigindo apenas prova de regularidade fiscal com a Fazenda Estadual.

Nessa situação, a necessidade de comprovação da regularidade perante o ICMS estaria inclusa, pelo menos em tese, uma vez que tributo de competência estadual, e é provável que a discussão trazida pela Representante nem tivesse sido aventada, até porque não há como condenar a Administração por transcrever o texto da lei.

O exposto me leva a concluir que questões que envolvam dúvidas acerca de incidência tributária não justificam a paralisação de nenhum procedimento licitatório, principalmente com as características do ora examinado, cabendo uma melhor análise apenas no caso concreto.”

Nesses termos, observo que o texto do edital, ao exigir simplesmente a regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual simplesmente reproduziu o texto do artigo 29, III, da Lei de Licitações.

E não há como condenar a Administração por transcrever o texto legal nos seus editais.”

Neste sentido também, a decisão Plenária, sessão de 03-10-2012, nos autos TC-000980.989.12-3, relator e. Substituto de Conselheiro ANTONIO CARLOS DOS SANTOS:



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



“A título de propiciar ampla competitividade, sem que, no entanto, se descuide de garantir a boa execução contratual, a demonstração de regularidade fiscal deve limitar-se aos tributos relacionados à natureza do objeto licitado.

Nestes termos, a decisão Plenária de 24-11-10, Relator o E. CONSELHEIRO ROBSON MARINHO, nos autos do TC- 035998/026/10.

—As condições para a demonstração da regularidade fiscal também se encontram viciadas. É que a cláusula 10.1.2, —b ||, do edital destoa da jurisprudência deste Tribunal, eis que exige prova de regularidade de todos os tributos na esfera Estadual, e mobiliários e imobiliários na esfera Municipal. Recordo, a respeito, o decidido no TC-27069/026/10, onde consignei que decisões desta Corte são unânimes no sentido de que essa prova de regularidade deve restringir-se aos tributos decorrentes do ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual. A propósito, nos autos do TC-746/009/10, que esteve sob minha Relatoria, assim externei meu posicionamento:

‘Observa-se, assim, não ser adequada a exigência de comprovação da regularidade do recolhimento de tributos cujo fato gerador, que nos termos do art. 114 do Código Tributário Nacional é ‘a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência’ – esteja inconciliável com o objeto que se pretenda adquirir, como são exemplos, à evidência, os impostos relativos a tributos imobiliários (...).’

(...)

A este respeito, pondero que a jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que a demonstração da regularidade fiscal deve ser feita pela empresa que efetivamente executará o contrato, não importando se matriz ou filial”.

Assim, deve a Administração retificar o edital, de forma a exigir a comprovação de regularidade fiscal das empresas licitantes, em tributos que guardem relação com o objeto do certame e o ramo de atividade da empresa.

2.3 Quanto à impugnação referente à ausência de indicação no edital de quantitativos mínimos e máximos que a Administração pretende contratar, primordial tecer algumas ponderações.

O Sistema de Registro de Preços possibilita reduzir custos administrativos, em face da diminuição do número de procedimentos licitatórios, promove rapidez nas aquisições, melhora a logística de distribuição dos produtos e favorece a desmistificação da necessidade de manutenção de setor tradicional de almoxarifado central, porquanto este



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



será de certa forma virtualizado, prestando-se à desburocratização de procedimentos organizacionais.

Contudo, mais que isso, uma das importantes características do SRP é o fato de não vincular a Administração à aquisição do bem ou serviço registrado em Ata, o que não a desonera de realizar um planejamento adequado, por meio de estudos, para estimar a demanda dos itens a serem adquiridos, em função do seu consumo e utilização prováveis.

Dentre as vantagens da utilização do registro de preços, o ganho na economia de escala é uma das mais relevantes, pois garante uma das finalidades do procedimento licitatório, que é a economicidade das aquisições e contratos públicos.

Para tanto, é imprescindível que o ato convocatório delimite os quantitativos, proporcionando aos licitantes o conhecimento do real dimensionamento do objeto. Esta estimativa deve ser precedida de estudo sério, de modo a refletir, de maneira aproximada, a real necessidade da Administração, não podendo ser fixada aleatoriamente, sem parâmetros.

De se observar que, por vezes, os editais de licitações representam o *quantum* apurado em seus estudos através de um único valor, considerando uma margem de variação, dentro de um parâmetro de razoabilidade, como no caso destes autos. Noutras, representam o levantamento de sua pretensão mediante a indicação de quantitativos mínimos e máximos, fixando um intervalo, como é a hipótese tratada no TC-2237.989.14-7.

Contudo, seja qual for a opção da Administração para representar sua necessidade, deve ser ela fruto de estudos e planejamento escorreitos, que traduzam, o mais próximo possível, o interesse almejado.

E, neste contexto, é que reputo, ao menos neste exame apriorístico, não haver censura a se fazer à escolha da Administração, já que o edital informou, em seu anexo I, as quantidades máximas estimadas de consumo, e não há, nos autos, controvérsia em relação à grandeza dos valores utilizados para essa quantificação.

2.4 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero **parcialmente procedentes** as impugnações, determinando que



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



a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente para requisitar a comprovação de regularidade fiscal das empresas licitantes em relação aos tributos federais, bem como daqueles que tenham pertinência com o objeto do certame.

Deve também promover cuidadosa e ampla revisão de todos os demais itens do ato convocatório relacionados.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

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

Sala das Sessões, 08 de outubro de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO