



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



TRIBUNAL PLENO - SESSÃO: 28/05/2014
EXAME PRÉVIO DE EDITAL
SEÇÃO MUNICIPAL

(M007)

PROCESSO: TC-001979/989/14-2

REPRESENTANTE: EDUARDO JOSÉ DE FARIA LOPES, MUNÍCIPE DA CAPITAL/SP.

REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

RESPONSÁVEL PELA REPRESENTADA: VALDOMIRO LOPES DA SILVA JÚNIOR – PREFEITO

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL DA CONCORRÊNCIA Nº 02/2014, PROCESSO Nº 1.709/2014, DO TIPO MENOR PREÇO, PROMOVIDO PELA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, OBJETIVANDO A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA, OU CONSÓRCIO DE ATÉ DUAS EMPRESAS, ESPECIALIZADA(S) NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO, ATUALIZAÇÃO E COMPLEMENTAÇÃO DA BASE CARTOGRÁFICA DIGITAL, ATUALIZAÇÃO DO CADASTRO TERRITORIAL MUNICIPAL E ATUALIZAÇÃO E AVALIAÇÃO IMOBILIÁRIA, CONFORME CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NESTE EDITAL E SEUS ANEXOS.

VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO: R\$7.279.097,50

ADVOGADO: LUÍS ROBERTO THIESI (OAB/SP Nº 146.769)

PROCURADOR DE CONTAS: THIAGO PINHEIRO LIMA

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de representação formulada por **EDUARDO JOSÉ DE FARIA LOPES**, Munícipe da Capital/SP, contra o Edital da Concorrência nº 02/2014, Processo nº 1.709/2014, do tipo menor preço, promovida pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO**, objetivando a contratação de empresa, ou consórcio de até duas empresas, especializada(s) na prestação dos serviços de manutenção, atualização e complementação da base cartográfica digital, atualização do cadastro territorial municipal e atualização e avaliação imobiliária, conforme condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos.

A data de entrega dos envelopes de habilitação e proposta estava agendada para ocorrer no dia 29/04/2014.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



1.2. O representante insurgiu-se contra o Edital asseverando que o prazo fixado para a realização da visita técnica, conforme subitem “5.1.2.5.3”¹, é restritivo e ofensivo à jurisprudência desta Corte, na medida em que impede a participação de empresas que venham a tomar conhecimento do Edital após a data marcada, tendo em vista que a visita *in loco* ocorrerá em até 05 (cinco) dias antes da data de abertura do certame. Cita os julgamentos dos processos TC-016339/026/08, TC-017116/026/08 e TC-019844/026/09.

Afirma que há subjetividade na avaliação quanto à prova de conceito por amostragem, conforme determina o subitem “9.6”², do Edital, e respectivo subitem “4” do Anexo A, o que se mostra em contrariedade ao que dispõe o artigo 44, *caput*, da Lei n.º 8.666/93. Alude ao julgamento do processo TC-037605/026/09.

Garante que o ato convocatório contraria a Lei Complementar n.º 123/2006, mormente acerca do artigo 44, na medida em que não confere tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte em caso de empate, consoante a disposição editalícia do subitem “9.5”³. Menciona o julgamento do processo TC-023320/026/11.

1.3. Nestes termos, requereu o representante fosse concedida a liminar de suspensão do procedimento licitatório, e, ao final, o acolhimento das impugnações com a determinação de retificação do ato convocatório.

1.4. Por meio de decisão publicada no D.O.E. em 29 de abril de 2014, fora determinada a suspensão do andamento do certame e fixado o

¹ 5.1.2.5.3 A visita técnica, obrigatória pelas empresas licitantes, deverá ser agendada previamente através do fone mencionado no item 5.1.2.5.2 acima, de segunda a sexta-feira, das 08 às 12 horas e das 13 às 17 horas, e deverá ser realizada até o dia 10/ABRIL/2014.

Comunicado de Redesignação de data para entrega dos envelopes contendo a habilitação e proposta para o dia 29 de abril de 2014, sendo a data limite para as empresas efetuarem a visita técnica, na forma prevista no item 5.1.2.5 e seus subitens, até o dia 24/04/14.

² 9.6 Realizada a classificação inicial das propostas, a licitante classificada em 1º (primeiro) lugar será notificada a realizar, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, uma Prova de Conceito por Amostragem na forma preconizada no Item 4 e seus subitens do “ANEXO A” deste edital.

³ 9.5 No caso de empate entre duas ou mais propostas a classificação se fará por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes envolvidos serão convocados.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



prazo de 05 (cinco) dias à **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO**, para apresentação de suas alegações, juntamente com todos os demais elementos relativos ao procedimento licitatório, tendo em vista a existência de indícios suficientes de contrariedade ao que determina o inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal, e aos artigos 3º, §1º, inciso I, e 44, §1º, ambos da Lei nº 8.666/93, e jurisprudência desta Corte, mormente diante dos precedentes anotados pelo peticionário.

1.5. A matéria foi submetida ao Egrégio Plenário desta Corte, em sessão de 30 de abril de 2014, quando fora recebida como **EXAME PRÉVIO DE EDITAL**, sendo referendada a medida cautelar de paralisação do certame, seguindo-se daí os oficiamentos de praxe.

1.6. Em resposta, a Prefeitura de São José do Rio Preto, por meio de seu Procurador do Município, apresenta suas justificativas; assim, aduz que após conceder o prazo legal para apresentação das propostas, entendeu por bem dilatar o prazo inicialmente estabelecido no Edital, ou seja, fora concedido, em princípio, 32 (trinta e dois) dias e após a prorrogação do período de publicação do Edital passou a ter 46 (quarenta e seis) dias, para a realização da visita técnica. Cita a decisão do processo TC-000333/009/11.

No que se refere à prova do conceito, conforme subitem “9.6”, do Edital, sustenta que o ato convocatório trata da matéria conjuntamente com o Anexo A, registrando cláusulas que não deixam margem de dúvida a qualquer subjetividade, principalmente o subitem “4.1”, do Anexo A, que estabelece quais serão os requisitos que deverão ser atendidos pelo licitante na prova de conceito, ou seja, o subitem “3.4” e seguintes do Anexo A.

No que toca à existência de descumprimento à Lei Complementar nº 123/06, garante que é óbvio que o Edital não necessita trazer expressamente o que é registrado por lei. A lei, por si só, já obriga o seu cumprimento e o fato do Edital não registrar expressamente o comando legal, não o leva a trilhar caminho da ilegalidade.

1.7. A Chefia da Assessoria Técnica Jurídica opina pela **procedência parcial** da representação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Garante que apenas procede a insurgência contra a disposição do subitem “9.6”, do Edital, ou seja, subjetividade na avaliação da prova de conceito, na medida em que está em desconformidade com a legislação e jurisprudência desta Corte.

1.8. O d. Ministério Público de Contas manifesta-se pela **procedência** da representação.

1.9. O Senhor Secretário-Diretor Geral Substituto articula pela **procedência parcial** da representação.

Entende que são procedentes as questões deduzidas contra a prova de conceito por amostragem, principalmente no que toca à instituição de regra para possibilitar a presença de todas as interessadas no momento da avaliação dos sistemas, e do aperfeiçoamento do subitem “9.5”, do Edital, para prever o exercício do direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte.

É o relatório.



TRIBUNAL PLENO
EXAME PRÉVIO DE EDITAL

SESSÃO: 28/05/2014
TC-001979/989/14-2

SEÇÃO MUNICIPAL

2. VOTO

2.1. Trata-se de representação formulada por **EDUARDO JOSÉ DE FARIA LOPES**, Munícipe da Capital/SP, contra o Edital da Concorrência nº 02/2014, Processo nº 1.709/2014, do tipo menor preço, promovida pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO**, objetivando a contratação de empresa, ou consórcio de até duas empresas, especializada(s) na prestação dos serviços de manutenção, atualização e complementação da base cartográfica digital, atualização do cadastro territorial municipal e atualização e avaliação imobiliária, conforme condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos.

2.2. A representação é **parcialmente procedente**.

2.3. No que tange à regra de visitação técnica, preconizada no subitem “5.1.2.5.3”, do Edital, a censura é **improcedente**.

Critica o representante que o prazo fixado para a realização da visita técnica é restritivo e ofensivo à jurisprudência desta Corte, na medida em que impede a participação de empresas que venham a tomar conhecimento do Edital após a data marcada, tendo em vista que a visitação *in loco* ocorrerá em até 05 (cinco) dias antes da data de abertura do certame.

Em análise do Edital da Concorrência este estabelece a obrigação de as licitantes realizarem visita técnica, de segunda-feira à sexta-feira, com agendamento prévio, sendo que, inicialmente, havia sido concedido o prazo de 32 (trinta e dois) dias, e, após a ampliação do período de publicação do Edital, passou a ter 46 (quarenta e seis) dias, para a realização da visitação *in loco*.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Pois bem, a jurisprudência⁴ desta Corte é pacífica no sentido de que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser empregados para a definição das regras da visita técnica, em cada caso concreto, concedendo-se, como regra geral, tempo plausível para o conhecimento do local da prestação dos serviços, sem qualquer condição que possa obstaculizar a realização pelas licitantes.

Ademais, a imposição de data única – o que não é o caso dos autos – é válida em casos excepcionais e devidamente justificados pela Administração Pública.

Destarte, verifica-se que o prazo conferido às interessadas licitantes pela Municipalidade Rio-Pretense para a realização da visita técnica atende tanto a lei de regência, conforme o artigo 30, inciso III, como a jurisprudência desta Corte, porquanto deixou em aberto por quase todo o período da publicação da licitação, restando suprimidos apenas dois dias úteis antes da abertura da licitação.

Sob este aspecto, a decisão coligida aos autos eletrônicos pela representada é satisfatória para a solução do caso em apreço, ou seja, TC-000333/009/11 (Sessão Plenária de 06/04/2011, de Relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Robson Marinho), cujo trecho de interesse reproduzo abaixo:

*“(…) - a marcação de mais de uma data para vistoria, inclusive com a possibilidade de agendamento, preferencialmente intercaladas entre si, ou dentro de um lapso temporal moderado, a critério da discricionariedade administrativa, restringindo-se a estipulação de data única somente em casos excepcionalíssimos, nos quais haja justificativas de ordem técnica que amparem a medida;
- as datas ou o intervalo de tempo para o evento deverão ser marcados de acordo com o princípio da razoabilidade, de forma que proporcionem, de um lado, a plena ciência do edital a todos que efetivamente se interessarem e, de outro, tempo hábil para que as licitantes elaborem adequadamente as suas propostas;*

⁴ TC-001478/989/12-2 (Sessão Plenária de 06/02/2013. Relatoria da Eminentíssima Conselheira Cristiana de Castro Moraes), TC-000135/989/12-7 (Sessão Plenária de 29/02/2012. Relatoria do Auditor Substituto de Conselheiro Antonio Carlos dos Santos), TC-000333/009/11 (Sessão Plenária de 06/04/2011. Relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Robson Marinho), entre outros.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



- só poderá ser elemento obrigatório como condição de habilitação nas situações em que a complexidade ou natureza do objeto a justifiquem, devendo estar devidamente fundamentada a exigência pela Administração; e
 - é encargo da própria licitante a indicação do profissional responsável pela vistoria, não podendo o edital fazer qualquer restrição neste ponto.
- Obviamente, friso que estas são diretrizes gerais, devendo cada caso ser apreciado individualmente, de acordo com suas peculiaridades (...).”

2.4. No que toca à assertiva de subjetividade na avaliação da prova de conceito por amostragem, preconizada no subitem “9.6”, do Edital, é **parcialmente procedente**, pois a cláusula deve ser aperfeiçoada.

Com efeito, a conjugação da disposição editalícia em exame e as especificações técnicas descritas no Anexo A – Termo de Referência, mormente quanto aos subitens “3.4” e “4”, estabelecem objetivamente os serviços que serão submetidos à avaliação para a prova de conceito por amostragem.

Deste modo, a solução ofertada pela licitante classificada em primeiro lugar deverá atender todas as funcionalidades exigidas no Edital, sendo que a solução será considerada homologada tecnicamente pela equipe de apoio, após a realização dos testes necessários à completa demonstração do atendimento aos requisitos constantes no Termo de Referência.

Nesta conformidade, as regras preconizadas no Edital dão conta da existência de elementos objetivos, que apontarão imparcialidade ao julgamento.

Todavia, como anotado pela Secretaria-Diretoria Geral, o aperfeiçoamento da regra impugnada é de rigor para oportunizar as interessadas licitantes acompanhar o exame de avaliação da solução apresentada pela licitante em primeiro lugar, e assim sucessivamente, a fim de dar transparência aos atos da Administração, principalmente ao atendimento do preceito contido no artigo 43 da Lei nº 8.666/93.

2.5. Com relação à censura contra a exigência do subitem “9.5”, da peça editalícia, que não assenta a prerrogativa concedida às microempresas e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



empresas de pequeno porte em caso de empate, nos termos do artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006, é **improcedente**, mas carece expedição de recomendação.

Nesta questão há que assentir com as alegações defensórias da Municipalidade representada, no sentido de que *“a lei, por si só, já obriga o seu cumprimento e o fato do Edital não registrar expressamente o comando legal, não o leva a trilhar caminho da ilegalidade”*.

Deveras, as prerrogativas de preferência conferidas às microempresas e empresas de pequeno porte, decorrentes da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, consubstanciadas nos artigos 44⁵ e 45⁶ <regras para o desempate> prescindem da existência de previsão editalícia, diversamente do que acontece com a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de

⁵ Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

⁶ Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



pequeno porte, estabelecida no artigo 47⁷ da lei supracitada, que a anotação é necessária.

Com efeito, esta conclusão deriva da análise sistemática do artigo 44, *caput*, com o inciso I, do artigo 49, do mesmo diploma legal, porquanto é feita reserva explícita sobre a aplicação da norma:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

Sob este aspecto, trago à colação a decisão contida no julgamento proferido pelo C. Tribunal de Contas da União, no Processo nº 020.253/2007-0 (Acórdão 2144/2007, Sessão Plenária de 10/10/2007, de Relatoria do Eminentíssimo Ministro Aroldo Cedraz), cujo excerto de interesse faço a reprodução, “*in verbis*”:

A Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, ao instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabeleceu tratamento diferenciado e favorecido às empresas da espécie, “inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos” (art. 1º, inciso III). Inseriu, assim, em seu Capítulo V (“Do Acesso aos Mercados”), entre outras, as regras constantes dos seguintes artigos:

(...)

3. Entendo, contudo, conforme consignei no despacho concessivo da cautelar, que tal requisito não se fazia obrigatório. De fato, em uma análise mais ampla da lei, observo que seu art. 49 explicita que os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte previstos em seus arts. 47 e 48 não poderão ser aplicados quando “não forem expressamente previstos no instrumento convocatório”. A lei já ressaltou, portanto, as situações em que seriam necessárias expressas previsões editalícias. Dentre tais ressalvas, não se encontra o critério de

⁷ Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



desempate com preferência para a contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme definido em seus arts. 44 e 45 acima transcritos.

4. A existência da regra restringido a aplicação dos arts. 47 e 48 e ausência de restrição no mesmo sentido em relação aos arts. 44 e 45 conduzem à conclusão inequívoca de que esses últimos são aplicáveis em qualquer situação, independentemente de se encontrarem previstos nos editais de convocação.

Destarte, é certo que a Municipalidade não se omitiu deliberadamente de forma a prejudicar a competição, mas o fez porquanto assim é o comando explícito do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, ou seja, enquanto há caráter impositivo <autoaplicável> no que toca às regras delineadas nos artigos 44 e 45, de outro lado há comando facultativo ou permissivo para a aplicação dos artigos 47 e 48.

Nesta conformidade, não há falar em ilegalidade do Edital pela não aplicação escrita dos termos da Lei Complementar nº 123/2006, na medida em que as regras fixadas nos artigos 44 e 45 não são facultativas, mas, sim, autoaplicáveis – autoexecutáveis.

Todavia, inobstante toda esta argumentação, que culmina na análise teleológica da norma, seja entabulado em ambiente notadamente estrito aos operadores do direito, é recomendável que a Administração representada faça uso expresso da Lei Complementar nº 123/2006 no caderno convocatório, a fim de não gerar dúvida às interessadas licitantes que não dominam toda a hermenêutica jurídica.

2.6. Ante o exposto, por tudo o mais consignado nos autos, **VOTO** pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da representação e determino que a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO** promova a retificação do Edital para que institua regra para viabilizar às interessadas licitantes acompanhar o exame de avaliação da solução apresentada pela classificada em primeiro lugar e recomendo que a Administração faça uso expresso da Lei Complementar nº 123/2006 no caderno convocatório, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo desta decisão, com a conseqüente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



do prazo legal, nos termos do artigo 21, §4º, da Lei nº 8.666/93, para oferecimento das propostas.

Por fim, archive-se o procedimento eletrônico, após o trânsito em julgado da decisão.

Dimas Eduardo Ramalho
Conselheiro