



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Consultoria Jurídica

PARECER Nº 085-2019 - JAS

PROCESSO Nº 3509/2019

INTERESSADO: Sr. OSWALDO RIBEIRO JUNQUEIRA NETO

ASSUNTO: Recurso administrativo – Concorrência Pública n.º 007/18 – Recorrente:
CONSÓRCIO CONASA/ETESCO ENERGÉTICA S.A.

I. Administrativo. Licitações e contratos.

II. Concorrência Pública n.º 007/2018. Objeto: Concessão comum de Água e Esgoto.

III. Recurso administrativo, interposto pela licitante **CONSÓRCIO CONASA/ETESCO ENERGÉTICA S.A.**, ora denominada RECORRENTE, para reformar a decisão proferida pela Comissão Municipal Permanente de Licitações (CMPL), a fim de requer sua habilitação e de inabilitar: o **CONSÓRCIO ÁGUAS CRISTALINA DE ORLÂNDIA** (General Waters S.A. e Água Forte Saneamento Ambiental Ltda), a **SOCIEDADE SANEAMENTO AMBIENTAL ÁGUAS DO BRASIL S.A.**, o **CONSÓRCIO SANO ORLÂNDIA** (Sano Saneamento e Participações S.A. e Aviva Ambiental S.A.), e o **CONSÓRCIO ÁGUAS DE ORLÂNDIA** (Terracom Construções LTDA, Perenge Engenharia e Concessões LTDA e Infometter Soluções em Software e Sistema LTDA).

IV. Opina-se pela total improcedência do recurso administrativo interposto pela licitante **CONSÓRCIO CONASA/ETESCO ENERGÉTICA S.A.**, ora denominada RECORRENTE.

V. Parecer meramente opinativo. Decisão final à critério da Administração Municipal.

Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal:

1. Trata-se de recurso administrativo, interposto pela licitante **CONSÓRCIO CONASA/ETESCO ENERGÉTICA S.A.**, ora denominada RECORRENTE, para reformar a decisão proferida pela Comissão Municipal Permanente de Licitações (CMPL), a fim de requer sua habilitação e de inabilitar: o **CONSÓRCIO ÁGUAS CRISTALINA DE ORLÂNDIA** (General Waters S.A. e Água Forte Saneamento Ambiental Ltda), a **SOCIEDADE SANEAMENTO AMBIENTAL ÁGUAS DO BRASIL S.A.**, o **CONSÓRCIO SANO ORLÂNDIA** (Sano Saneamento e Participações S.A. e Aviva Ambiental S.A.), e o **CONSÓRCIO ÁGUAS DE ORLÂNDIA** (Terracom Construções LTDA, Perenge Engenharia e Concessões LTDA e Infometter Soluções em Software e Sistema LTDA).

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

2. De outro lado, foram apresentadas contrarrazões ao recurso pelas licitantes **CONSÓRCIO ÁGUAS DE ORLÂNDIA, CONSÓRCIO ÁGUAS CRISTALINAS DE ORLÂNDIA E SANEAMENTO AMBIENTAL ÁGUAS DO BRASIL E CONSÓRCIO SANO ORLÂNDIA**, ora denominados RECORRIDOS.

3. **PRELIMINARMENTE**, foram atendidos aos requisitos legais de admissibilidade do recurso, efetuado tempestivamente e por parte legítima, motivo pelo qual deve ser acolhido e analisado.

4. Considerando que o recurso administrativo apresentado pela Recorrente abrange alegações de vícios constantes na documentação de habilitação de cada um dos Recorridos, para a melhor compreensão do **MÉRITO RECURSAL** a sua análise será dividida em tópicos (assuntos específicos).

I – DA INABILITAÇÃO DO CONSÓRCIO CONASA/ETESCO

Da apresentação vencida da certidão conjunta negativa de débitos ou positivas com efeitos de negativa, relativa a tributos federais.

5. A RECORRENTE foi inabilitada, pois apresentou tal certidão vencida.

6. Alega a RECORRENTE que apresentou a certidão de regularidade com a Fazenda Federal vencida em 07.03.2019 (**fls. 1289**), mas que fez juntar aos documentos de habilitação a relação dos débitos junto ao órgão federal e o pedido de parcelamento em 18.03.2019, bem como o pagamento da primeira parcela em 19.03.2019.

7. Adiante no pedido, alega que o deferimento só ocorreu em 20.03.2019 e que somente em 23.03.2019, foi liberada a tal certidão pela Receita Federal do Brasil.

8. Diante do exposto, a RECORRENTE requer sua habilitação no certame licitatório.

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

9. Antes de discutir o mérito das impugnações das RECORRIDAS, o CONSÓRCIO SANO ORLÂNDIA argui preliminar no sentido de que o recurso apresentado pelo Consórcio CONASA-ETESCO, ora denominada RECORRENTE, não pode ser conhecido, uma vez que seu signatário, Sr. Luiz Henrique Martins Branduliz, não teria poderes de representação, nos termos do artigo 24¹ do Estado Social da Sociedade CONASA Infraestrutura S.A. (fls.1.241).

10. Em que pese a eventual possibilidade jurídica de suposta irregularidade na concessão da procuração ao representante da RECORRENTE, tal argumento não pode prevalecer, devendo ser conhecido e analisado uma vez que: a) aquele ato poderia ser retificado ou ratificado a qualquer momento e b) diante do direito constitucional do pedido de petição aos poderes públicos (art. 5º, XXXIV, “a” da CF/88).

11. Por outro lado, as RECORRIDAS (Consórcio Sano Orlândia e Consórcio Águas de Orlândia) contestam e rejeitam tais alegações da RECORRENTE, a saber:

CONSÓRCIO SANO ORLÂNDIA

(i) Alega que a RECORRENTE, em sua própria peça recursal, admite o descumprimento das regras do Edital, a saber: “A empresa CONASA Infraestrutura realmente apresentou a Certidão de regularidade para com a Fazenda Federal vencida 07/03/2019 **(fls. 1289)**; Todavia, apresentou também documentos que comprovam a regularidade da empresa em relação aos Tributos Federais, e que o item do edital 12.3.1, em suas alíneas ‘c’ e ‘d’, é claro quanto às licitantes fazer prova de sua situação regular perante a Fazenda Federal.

(ii) Logo, resta evidenciado que o edital em seu o item 12.3.1, alíneas ‘c’ e ‘d’ é claro quanto às licitantes fazerem prova de sua situação regular perante a Fazenda Federal e que não se admite a comprovação de regularidade fiscal por outro meio que não a apresentação de certidão emitida pela autoridade pública competente. Desse modo, não pode a Comissão avaliar a situação de regularidade fiscal dos licitantes com base em documentos avulsos, gerados unilateralmente pelos próprios licitantes.

¹ (...) Art24 – Para a prática dos atos de gestão estabelecidos no artigo 23, letras “a”, “b”, “c” e “d”, a Sociedade será representada por 02 (dois) Diretores, ou pelo Diretor Presidente e um procurador ou pelo Diretor Administrativo Financeiro e um procurador, sendo que os instrumentos de outorga de procuração deverão ser assinados por 02 (dois) Diretores, sendo 01 (um) deles necessariamente o Diretor Presidente.

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

(iii) Ressalta-se que situação idêntica a ora em comento já foi decidida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – Licitante que apresentou certidão de regularidade fiscal posteriormente à abertura dos envelopes na fase de habilitação – Observância aos princípios da força vinculante do instrumento convocatório e da isonomia – Inabilitação devida. Recursos Provido. TJSP. AC 0000448-16.2011.8.26.0224 – Rel. Des. Moacir Peres.

“À evidência, o impetrante não possuía os documentos exigidos pelo item 1.12.3, alínea “c”, do edital da licitação referente ao Pregão nº 002/2011, de Pindamonhangaba: “certificados de regularidade perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)” (fls. 686). Ainda que o impetrante estivesse em situação regular perante o Fisco, a comprovação posterior não o legitima a participar da licitação e constitui violação às regras fixadas no Edital. Ademais, embora o pedido de certidão seja anterior à data de habilitação, é certo que o impetrante deixou de atender aos deveres que o instrumento convocatório lhe impunha. Não se trata de formalismo exacerbado. As regras do instrumento convocatório devem ser observadas tanto pelo ente licitante quanto pelos interessados, para que se garanta a isonomia entre esses. É esse o fundamento da estreiteza da interpretação dada às regras editalícias, que por vezes contraria os interesses dos proponentes em prol do interesse público.

(...) Com a concessão de prazo ou condições especiais para que um dos licitantes junte certidão, confere-se tratamento não igualitário entre os competidores, já que todos dispõem do mesmo prazo para preparar e entregar os seus documentos.”

(iv) Além do mais, não está sendo discutida uma formalidade desnecessária e de menor importância. O próprio RECORRENTE admite que não dispunha da certidão de regularidade fiscal na data da entrega dos envelopes, e permitir a habilitação seria o mesmo que permitir que as “regras do jogo” fossem alteradas.

(v) Dessa maneira, a decisão da Comissão deve ser mantida e a RECORRIDA deve permanecer inabilitada.

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS**CONSÓRCIO ÁGUAS DE ORLÂNDIA**

(i) Alega que a RECORRENTE em suas razões diz ter cumprido plenamente as exigências contidas no item 12.3.1., tendo apresentados documentos que comprovam sua regularidade perante a Fazenda Federal e que não pode ser penalizada pela demora do Órgão Federal em liberar a certidão no qual ocorreu em 23.03.2019.

(ii) A entrega da documentação para habilitação do processo licitatório deveria ocorrer até o dia 20/03/2019. Todavia, conforme a própria RECORRENTE informa, os pagamentos dos tributos pendentes junto à Receita Federal, somente foram realizados nos dias 18 e 19 de março, ou seja, dois e um dia antes do prazo final para entrega das documentações, o que demonstra que de fato houve um enorme descuido por parte da licitante, Consórcio CONASA/ETESCO, que no último instante para a apresentação da documentação de habilitação procedeu com o pagamento dos tributos pendentes em uma manobra desesperada para tentar se habilitar na concorrência em epígrafe. Ocorre que, como esperado, não obteve, para apresentação de sua proposta, a devida certidão exigida no item 12.3.1, alínea c1, do Edital, apresentado, assim, documentação vencida – é o que consta das fls. 1289 do processo licitatório.

(iii) O que se vê dos argumentos trazidos pela RECORRENTE é uma tentativa de distorcer a realidade dos fatos, fazendo-se passar por prejudicada pela suposta demora da Receita Federal, quanto na realidade, deu causa ao fato narrado, afrontando as regras dispostas no artigo 3º, no inciso III, do artigo 33, no artigo 41 e no artigo 44, todos da Lei Federal n 8.666/93, além de violar os princípios da isonomia, igualdade e da vinculação ao instrumento convocatório.

(iv) Contudo, não se pode aceitar, sob pena de inconstitucionalidade ante a inobservância da isonomia, a apresentação tardia de documento exigido pelo Edital eis que se trata de vício insuperável. Ora, interpretação em sentido contrário acabaria por desprestigiar o licitante que tempestivamente e diligentemente, cumpriu as regras editalícias – negando, portanto, vigência à isonomia.

(v) Nesse sentido, cumpre reproduzir entendimento do Tribunal de Contas da União, na Tomada de Contas Especial nº 029.935/2015-6, proferido pelo Relator Conselheiro Marcos Bemquerer da Primeira Câmara em 25/09/2018, a saber:

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

“(…) 33.1. Quanto à presença de duas certidões negativas de débitos da Secretaria de Estado da Fazenda/AM da empresa contratada, sendo uma vencida e a outra válida, a argumentação apresentada pelo responsável se fundamenta em dispositivo legal não aplicável ao caso, já que o art. 48, §3º, da Lei 8.666/93 apenas se aplica aos casos em que todos os licitantes são inabilitados.

(…) Além disso, o responsável alega que a certidão vencida foi juntada depois da certidão válida, argumento que, por si só, carece de lógica, mas que se torna ainda frágil quando confrontado com a informação do relatório da CGU, no qual consta que, em defesa referente ao relatório de Fiscalização 030003, foi afirmado que a certidão válida foi apresentada para substituir a certidão vencida, anteriormente apresentada.

(…) e) constam do processo licitatório duas Certidões Negativas de Débito da empresa contratada emitidas pela Secretaria de Estado da Fazenda/AM, sendo uma vencida e outra válida. O edital de licitação determina a apresentação de dois envelopes, um contendo documentação de habilitação e outro contendo proposta comercial, não havendo previsão de substituição de documentação em caso de apresentação de certidão vencida. Assim, a comissão de licitação deveria inabilitar a empresa licitante que apresentou certidão vencida, mas a referida acabou sendo contratada.

(…) Sobre a apresentação de certidão vencida à comissão de licitação, não seria o caso de fixar prazo para apresentação de nova documentação, pois nem todas as licitantes haviam sido inabilitadas, conforme prevê o mencionado art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93. Ademais, insta lembrar que está evidente no Relatório de Fiscalização da CGU que a certidão válida foi apresentada em substituição à vencida, primeiramente apresentada.”

(vi) Com efeito, não pairam dúvidas de que a apresentação de certidão Federal com vencimento em 07/03/2019, contraria de forma incontroversa o disposto no item 12.3.1, alínea c1. do Edital.

(vii) Conclui-se, portanto, pela manutenção da decisão da Comissão Permanente de Licitações que inabilitou a RECORRENTE.

12. Estes os fatos. É o necessário. Passemos à análise e a opinar.

13. Sem razão a RECORRENTE.

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

14. Devem ser acolhidos os argumentos das RECORRIDAS, prevalecendo desse modo, no caso concreto, a inabilitação da RECORRENTE diante do fato de ter apresentado Certidão da Receita Federal vencida, o que contraria não só o Edital do certame, mas também o princípio da legalidade e o da isonomia, dentre outros.

15. Com esse entendimento, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MANDADO DE SEGURANÇA LICITAÇÃO INABILITAÇÃO DE PARTICIPANTE Licitante que apresentou certidão de regularidade fiscal vencida **Observação aos princípios da força vinculante do instrumento convocatório e da isonomia Inabilitação devida.** Litigância de má-fé afastada. Recurso parcialmente provido. (grifos nossos).

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 0014504-75.2010.8.26.0320; Relator (a): Moacir Peres; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Limeira - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/04/2012; Data de Registro: 21/04/2012)

Licitação - Concessão de serviço de transporte coletivo - Exclusão da impetrante pela Comissão de Licitação, por não ter juntado certidão negativa de débitos para com a Fazenda Municipal - Interpretação do artigo 27, IV, da Lei nº 8.666/93 - **Os requisitos do edital devem estar preenchidos quando da inscrição ao certame e não em qualquer momento posterior - A ausência de cumprimento dos deveres tributários funciona como indício de inidoneidade financeira. Se o sujeito não pagou os tributos por falta de recursos, dificilmente disporá dos necessários para executar satisfatoriamente o contrato** - Recursos providos para denegar a segurança. (grifos nossos)

(TJSP; Apelação Com Revisão 0071522-35.1996.8.26.0000; Relator (a): Toledo Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 30/12/1997)

II – DA INABILITAÇÃO DO CONSÓRCIO ÁGUAS CRISTALINAS ORLÂNDIA

Da ausência de certidão de comprovação da regularidade estadual da empresa consorciada Água Forte Saneamento Ambiental Ltda.

16. Segundo a RECORRENTE, não foi apresentada pela empresa do Consórcio Águas Cristalina Orlândia (Água Forte Saneamento Ambiental Ltda.), à certidão de regularidade estadual (Certidão de débitos não inscritos em Dívida Ativa), descumprindo o item 12.3.1., alínea “c” do Edital, e que tal certidão foi apresentada por todos licitantes sediados no Estado de São Paulo.

17. Por outro lado, a RECORRIDA contesta e rejeita tais alegações da RECORRENTE, no sentido de que:

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

(i) Não há qualquer exigência editalícia no sentido de serem necessárias ambas as certidões para fins de comprovação da regularidade fiscal das licitantes, bastando a juntada da certidão de débitos inscritos. Isto porque o próprio Código Tributário Nacional, positivado pela Lei nº 5.172/66, determinou os requisitos para comprovação de regularidade em relação aos tributos exigíveis, nos termos do art. 205.²

(ii) a regularidade fiscal quanto aos tributos estaduais, para fins de licitação, se restringe aos débitos inscritos na dívida ativa, não havendo qualquer exigência para além desta, segundo dispõe a Portaria CAT-20, de 01.04.1998, da Secretaria da Fazenda do Governo do Estado de São Paulo, a qual “estabelece procedimentos para pedido, emissão e obtenção de certidão negativa e fixa prazo de validade para os documentos expedidos”.³

(iii) O “Guia do Usuário”, também de autoria da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo, na seção de “Certidão de Débitos Inscritos na Dívida Ativa”, faz referência à referida certidão como meio de comprovação de regularidade fiscal para fins de licitação, veja-se: **“O interessado poderá solicitar a expedição de Certidão Negativa de Débitos Inscritos na Dívida Ativa, para participação em licitação pública, para simples conferência ou para outra finalidade, com efeito de atestar a regularidade do requerente perante a Fazenda do Estado de São Paulo (Portaria CAT 20, de 01.04.1998)”**. (grifos nossos).

(iv) Apelação Cível nº 1001102-30.2014.8.26.0073 - TJSP, publicada em 04.02.2015: Mandado de Segurança – Certidão Apresentada pela empresa vencedora que se mostram hábeis a demonstrar sua regularidade com o fisco. Inteligência dos artigos 27 e 29, da Lei nº 8.666/93 e item 8.5 do Edital nº 11/14 Processo 27/14. Obediência às regras do edital e à legalidade. Voto acolhido pelo Plenário: “Deste modo, constata-se que tanto no edital do pregão como na legislação federal que disciplina a matéria pertinente à licitação e suas modalidades, não há referência a cerca do tipo de certidão de débitos a ser apresentada pela empresa para demonstração de sua regularidade fiscal. A pretensa discussão acerca da pertinência ou não da certidão de débitos não inscritos ou certidão de débitos inscritos é inócua na espécie. Na realidade, o que a Administração Pública efetivamente pretende ter conhecimento é a empresa que participa do pregão está em dia com suas obrigações tributárias.

² Art. 205. **A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa**, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique se refere o pedido.

Parágrafo único: A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

³ Artigo 1º - O interessado poderá solicitar a expedição de certidão negativa nos seguintes casos:

I – Para participação em licitação pública.

II – Para simples conferência e outra finalidade.

§ 1º - Na hipótese do inciso I, serão pesquisados e informados somente os débitos inscritos na dívida ativa.

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

Tal regularidade fiscal se mostra necessária mediante apresentação de certidão emitida pela autoridade fiscal que, na hipótese da empresa vencedora, fora demonstrada sua regularidade por meio das certidões emitidas em nível federal, estadual e municipal.”

(v) Ainda, em Parecer da Procuradoria Jurídica do Município de São Paulo, no âmbito do processo TC 72.005.847/17-10, em trâmite perante o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, o órgão jurídico assim consignou: **“Analisando esses normativos, verifica-se que, na realidade, O Estado de São Paulo optou apenas por restringir a análise da regularidade fiscal, para fins de habilitação em licitações, aos débitos tributários já inscritos na Dívida Ativa Estadual.** Assim, se um dado licitante tiver débitos para com a Fazenda Estadual, débitos estes já constituídos (art. 142 e ss do CTN), mas que ainda não tenham chegado ao ponto de serem inscritos na Dívida Ativa (art. 201 e ss do CTN), tal licitante não estaria em situação de irregularidade fiscal perante a Fazenda Estadual para fins de licitação. **Apenas os licitantes que possuam débitos já inscritos na dívida ativa é que seriam, em tese, impedidos de se habilitar em licitações.”**

(vi) Assim, por absoluta incompatibilidade com as regras editalícias, bem como pela ausência de respaldo jurisprudencial e legal, não há que se falar em descumprimento por parte deste Consórcio da condição de habilitação, uma vez que não há qualquer referência à necessidade de juntada de Certidão de Débitos Não Inscritos na Dívida Ativa Estadual.

18. Estes os fatos. É o necessário. Passemos à análise e a opinar.

19. Sem razão a RECORRENTE.

20. Entendemos que a RECORRIDA, pelos motivos apresentados, atendeu as exigências do item 12.3.1, “c” do edital do certame⁴.

⁴ (...) **12.3. Regularidade Fiscal e Trabalhista**

12.3.1. A regularidade fiscal se restringe aos tributos incidentes sobre a atividade compreendida no escopo desta licitação e será comprovada mediante:

a) Prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ).

b) Prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes Estadual ou Municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto do certame;

c) Prova de regularidade para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, do domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto do certame, ou outra equivalente na forma da lei, mediante a apresentação das seguintes certidões:

c1) Prova de regularidade para com a Fazenda Federal, mediante a apresentação de Certidão Conjunta Negativa de Débitos ou Positiva com Efeitos de Negativa, relativa a Tributos Federais (**inclusive as contribuições sociais**) e à Dívida Ativa da União; assinada pelo representante legal do licitante, sob as penas da lei;

c2) Certidão Negativa ou Positiva com Efeitos de Negativa de Tributos Mobiliários, expedida pela Secretaria Municipal de Finanças;

d) Prova de regularidade perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), por meio da apresentação do CRF - Certificado de Regularidade do FGTS;

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

21. Portanto, a prova de regularidade perante a Fazenda Estadual de São Paulo é a Certidão Negativa de Débitos Tributários Inscritos na Dívida Ativa emitida eletronicamente Pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Nesse sentido:

PROVA REGULARIDADE FAZENDA ESTADUAL SÃO PAULO

07/11/2017 - PROVA DE REGULARIDADE PARA COM A FAZENDA ESTADUAL DE SÃO PAULO É A CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA

No Sistema CAUFESP o documento hábil para comprovação e validação da regularidade fiscal estadual quando o cadastrado for Contribuinte do Estado de São Paulo é a Certidão Negativa de Débitos Tributários Inscritos na Dívida Ativa.

Visando dirimir equívocos e uniformizar a comprovação da regularidade para com a Fazenda Estadual de São Paulo, consistente na Certidão de Tributos Estaduais, foi editada a Portaria CCE-G 05, de 01-11-2017, abaixo transcrita.

COORDENADORIA DE COMPRAS ELETRÔNICAS

Portaria CCE-G 05, de 01-11-2017

A Coordenadora de Compras Eletrônicas da Secretaria da Fazenda, no uso de suas atribuições e tendo em vista o § 2º, do artigo 9º, do Decreto 52.205 de 27-09-2007, que institui e regulamenta o Cadastro Unificado de Fornecedores do Estado de São Paulo - Caufesp, considerando a necessidade de uniformizar a comprovação da regularidade para com a Fazenda Estadual relativa aos contribuintes do Estado de São Paulo cadastrados no Sistema Caufesp, expede a presente portaria:

Artigo 1º - O contribuinte estadual sediado no Estado de São Paulo para fins de validação de cadastro no Sistema Caufesp, deverá apresentar como prova de Regularidade Fiscal para com a Fazenda Estadual, a Certidão Negativa de Débitos Tributários Inscritos na Dívida Ativa emitida eletronicamente pela Procuradoria Geral do Estado, conforme disciplinado na Resolução Conjunta SF/PGE - 02, de 09-05-2013. (grifos nossos).

Parágrafo único - A obtenção da certidão será possível por intermédio do endereço eletrônico www.dividaativa.pge.sp.gov.br.

Artigo 2º - Na hipótese do contribuinte possuir débito com a Fazenda Estadual deverá solicitar junto ao Posto Fiscal de vinculação a emissão de certidão que somente será aceita para validação de cadastro no Sistema Caufesp se na própria certidão estiver grafada a expressão “positiva com efeito de negativa”.

Artigo 3º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Publicada no Diário Oficial - Poder Executivo - Seção I

Data: 02/11/2017

Página 42

Atenciosamente,
Centro de Gestão de Fornecedores – CGF

e) Prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação da **Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - (CNDT) ou Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeitos de Negativa**, em cumprimento à Lei nº 12.440/2011 e à Resolução Administrativa TST nº 1470/2011;

12.3.2. Para fins de comprovação da regularidade estabelecida nas alíneas “c” a “e”, será admitida a apresentação de certidão negativa de débito ou certidão positiva com efeitos de negativa.

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

III – DA INABILITAÇÃO DOS CONSÓRCIOS: ÁGUAS CRISTALINA ORLÂNDIA; CONSÓRCIO SANO ORLÂNDIA; CONSÓRCIO ÁGUAS DE ORLÂNDIA; E SANEAMENTO AMBIENTAL ÁGUAS DO BRASIL S.A.

Da ausência de declaração

22. Alega a RECORRENTE que os consórcios acima descritos não cumpriram a exigência editalícia contida no subitem 12.2.2., “Declaração da licitante conforme modelo constante do Anexo VI”, de que os sócios ou acionistas eleitos para o mandato de administração ou direção não se encontram impedidos de praticar atos da vida civil ou de licitar e contratar com a Administração Pública, nem estão sob restrição dos direitos decorrentes de sentença condenatória criminal transitada em julgado”.

23. A RECORRENTE alega, ainda, que o Anexo VI do Edital em referência não traz a redação que consta no subitem 12.2.2. e que não foram feitas nenhum pedido de esclarecimento quanto a tal fato e que por esse motivo os licitantes que não fizeram tal declaração devem ser inabilitadas.

24. Por sua vez as RECORRIDAS, contestam e rejeitam as alegações da RECORRENTE, pelos seguintes motivos:

CONSÓRCIO ÁGUAS CRISTALINAS DE ORLÂNDIA

(i) Alega que a RECORRENTE apresentou infundados argumentos sobre um suposto descumprimento do item 12.2.2. do Edital, mas se contradiz ao apresentar tabela relacionando o cumprimento/descumprimento por cada uma das empresas licitantes, sejam elas integrantes de consórcio ou não, indicando ainda a página do processo administrativo no qual se encontram os documentos daquelas que cumpriram a exigência do referido item 12.2.2. Na referida tabela a RECORRENTE indica que as empresa General Water S.A. **(fls. 3591)** e Água Forte Saneamento Ambiental LTDA **(fls. 3729)**, apresentaram a certidão disposta no item 12.2.2. Nesse sentido não há de se falar em inabilitação da RECORRIDA, uma vez que cumpriu em estrito os termos do Edital.

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

CONSÓRCIO SANO ORLÂNDIA

(i) Em sua peça recursal, a RECORRENTE ataca a habilitação da RECORRIDA por suposta não apresentação da declaração exigida pelo item 12.2.2⁵ do Edital, conforme modelo apresentado no Anexo VI⁶.

(ii) A RECORRIDA alega em suas contrarrazões que identificou a tal falha e formulou pedido de esclarecimento, respondido no documento intitulado Esclarecimento nº 008, a saber:

“3º Questionamento → Item 12.2.2 do Edital: (...)”

Entendemos que os licitantes devem desconsiderar o disposto no item 12.2.2 do edital, visto que o conteúdo da declaração cujo modelo consta do Anexo VI não coincide com o previsto no item 12.2.2. Assim sendo, não deverá ser apresentada a declaração referida no item 12.2.2 e Anexo VI.

RESPOSTA: Não, o entendimento não está correto, **a declaração do item 12.2.2 deve ser apresentada, conforme modelo de Anexo VI, cujo teor deste, apresenta-se complementar ao disposto naquele**, ou seja, ao item 12.2.2, ambos tratam da inexistência de fatos impeditivos da licitante, compreendendo seus sócios administradores ou diretores, para contratar com a Administração Pública.

(iii) A comissão expressamente esclareceu que a declaração do item 12.2.2 deveria ser apresentada “conforme modelo do Anexo VI”, não determinando qualquer tipo de alteração em seus termos. Com efeito, a resposta foi clara ao dispor que o teor do item 12.2.2 e o modelo do Anexo VI são complementares, o que é substancialmente diferente de determinar que o modelo deveria ser completado.

(iv) Desse modo, alega a RECORRIDA que atendeu plenamente às exigências editalícias, devendo ser mantida sua participação no certame.

⁵ Declaração da LICITANTE, conforme modelo constante do Anexo VI, de que os sócios ou acionistas eleitos para o mandato de administração ou direção **não se encontram impedidos de praticar atos da vida civil ou de licitar e contratar com a Administração Pública**, nem estão sob restrição dos direitos decorrentes de sentença condenatória criminal transitada em julgado.

⁶ Anexo VI. (...) A empresa....., com sede à, na cidade de, no Estado de, inscrita no CNPJ nº, declara, sob as penas da Lei, que até a presente data **não existem fatos impeditivos para sua habilitação no presente processo licitatório**, estando ciente da obrigação de declarar ocorrências posteriores.

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

CONSÓRCIO ÁGUAS DE ORLÂNDIA

(i) Alega a RECORRIDA que apresentou a declaração nos moldes do item 12.2.2, conforme o modelo constante do Anexo VI do Edital. Desta maneira, não há que se falar em descumprimento como alega da RECORRENTE. Pugna-se pela sua permanência no certame licitatório.

SANEAMENTO AMBIENTAL ÁGUAS DO BRASIL S/A

(i) Alega a RECORRIDA que também apresentou a declaração nos exatos termos previstos no Anexo VI, documento-base confeccionado aos moldes e padrões exigidos pela própria Administração e que pautou e análise da observância do mencionado item editalício. Assim, conclui-se pela improcedência das razões recursais apresentadas pela RECORRENTE.

25. Estes os fatos. É o necessário. Passemos à análise e a opinar.

26. Sem razão a RECORRENTE

27. Acolhem-se, na íntegra, os argumentos das RECORRIDAS.

28. Por fim, em relação a este tópico, é importante ressaltar que qualquer esclarecimento ao instrumento convocatório não deve se sobrepor ao que dispõe a legislação vigente e nem pode traduzir-se em motivo de apego ao formalismo excessivo⁷ na interpretação

⁷ **FORMALISMO EXCESSIVO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS:** A licitação pública destina-se, conforme dispõe o art. 3º da Lei no 8.666/1993, a garantir que a proposta mais vantajosa seja selecionada pela Administração. Essa seleção deve ser julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Durante a seleção, a comissão de licitação deverá ter cautela para não infringir os princípios licitatórios.

Nesse sentido, é preciso evitar os formalismos excessivos e injustificados a fim de impedir a ocorrência de dano ao erário e valorizar a economicidade e vantajosidade da proposta.

O Tribunal de Contas da União – TCU posiciona-se veementemente contra o excesso de formalismo:

As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o formalismo desnecessário.

Caberia, no máximo, por parte da instituição promotora da licitação “promover diligência destinada a esclarecer a questão, indagando da empresa a utilização ou não de menores aprendizes”, o que não configuraria irregularidade, qualquer que fosse a resposta obtida. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo de aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão no 7334/2009 – 2ª Câmara.1

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

do edital. Ou seja, a resposta será vinculativa tão somente se razoável, dentro de uma extensão de legalidade plausível, viável e possibilite a ampliação da disputa. Nesse sentido, esclarece Davi Augusto Souza Lopes Frota⁸:

(...) O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra a assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados (Resp. 198665/RJ). **A resposta será vinculativa tão somente se razoável, dentro de uma extensão de legalidade plausível, viável e possibilite a ampliação da disputa. Não se pode esquecer que a Comissão e o pregoeiro devem reverencia, quando não ilegal o item ou a cláusula, ao princípio da vinculação ao edital, não podendo ambos criarem interpretações demasiadamente extensíveis que subvertam a própria letra do item ou da cláusula. A margem interpretativa deve ser lógica e razoável, além de sempre ser norteada pela ampliação da disputa.** (grifos e destaques nossos)

Assim, diante do exposto podemos concluir que toda e qualquer dúvida, desde que plausível, ou seja, que realmente gere obscuridades ou ambiguidades pode ser objeto de pedido de esclarecimento. Resumindo: todas as regras procedimentais e materiais não observadas pelo edital e seus anexos, referentes inclusive ao objeto do certame podem ser objeto de esclarecimentos.

Em acórdão deste ano, o TCU novamente fez um alerta a respeito da necessidade de ocorrer flexibilização nas regras de editais de licitação, já que é uma medida benéfica, sem a incidência de burla à lisura do certame.

Nesse sentido, por meio do Acórdão no 342/2017 – 1a Câmara, oriundo de representação que foi considerada prejudicada por perda de objeto em face da revogação da Tomada de Preços, foi dada ciência ao município de Itaetê/BA de que:

[...] em razão da jurisprudência consolidada do TCU (Acórdãos 1.791/2006 e 1.734/2009-Plenário, entre outros), configura formalismo excessivo a desclassificação de empresa participante de certame licitatório em decorrência de mero erro material no preenchimento de anexo, desde que seja possível aferir a informação prestada, sem prejudicar o andamento da sessão, situação ocorrida no julgamento das propostas das empresas na Tomada de Preços [...]. 2

Mais uma vez o TCU considerou um formalismo exacerbado a desclassificação da empresa.

Salienta-se também que, quando há situações nesse sentido, o TCU costuma orientar os gestores a interpretar o edital sob a perspectiva da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes.

1TCU. Processo TC no 008.284/2005-9. Acórdão no 2003/2011– Plenário. Relator: ministro Augusto Nardes.

2TCU. Processo TC no 032.051/2016-6. Acórdão no 342/2017 – 1a Câmara. Relator: ministro Augusto Sherman.

https://www.portaldecompraspublicas.com.br/18/Noticias/FormalismoExcessivoNasLicitaesPublicas_380/. Acesso em 30.04.2019

⁸ O DIREITO AO ESCLARECIMENTO DO ATO CONVOCATÓRIO DE LICITAÇÃO. <https://jus.com.br/artigos/52513/o-direito-ao-esclarecimento-do-ato-convocatorio-de-licitacao>. Acesso em 02.05.2019.

Continuação do PARECER n.º 085-2019-JAS

CONCLUSÃO

29. Diante de todo o exposto, opinamos pela **total improcedência** do recurso administrativo interposto pela licitante **CONSÓRCIO CONASA/ETESCO ENERGÉTICA S.A.**, ora denominada RECORRENTE.

Este é o nosso parecer, meramente opinativo, salvo melhor juízo, o qual submetemos à análise e decisão final da Administração Municipal.

Orlândia/SP, 10 de Maio de 2019.

Jefferson Aparecido Solly
Consultor Jurídico
OAB/SP 240.373