



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

17-07-12

CFA

=====

55 TC-000815/004/08

Contratante: Prefeitura Municipal de Assis.

Contratada: Siqueira Comércio e Construções Ltda.

Autoridade Responsável pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação e Autoridade que firmou o Instrumento: Ézio Spera (Prefeito).

Objeto: Fornecimento de 3.650 toneladas de CBUQ (concreto betuminoso usinado a quente).

Em Julgamento: Licitação - Pregão Presencial. Contrato celebrado em 03-03-08. Valor de R\$821.250,00. Justificativas apresentadas em decorrência das assinaturas de prazo, nos termos do artigo 2º, XIII, da Lei Complementar estadual n. 709/93, publicadas no DOE de 10-10-09 e 17-05-12.

Advogados: Jamil Hammond, Jorge Luiz Spera, Herbert David, Carlos Alberto Mariano e outros.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 Versam os autos sobre contrato celebrado em 03-03-08, entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE ASSIS e SIQUEIRA COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA.**, com vigência até 31-12-08 e valor de R\$821.250,00. O ajuste objetiva a aquisição de 3.650 toneladas de concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ).

Precedendo o ajuste, houve pregão presencial (n. 10/08), com participação de licitante única, a depois Contratada (ata, fls. 149/151). O aviso de edital foi publicado e republicado em 16-01-08 e 20-02-08, no DOE (fls. 67 e 105), no Diário Oficial de Assis (fls. 66 e 104) e no endereço eletrônico www.assis.sp.gov.br, para entrega das propostas em 03-03-08.

1.2 O termo de ciência e notificação para as contratantes acompanharem a tramitação processual, por meio das publicações na imprensa oficial, encontra-se à fl. 173.

1.3 A Fiscalização (fls. 185/189) informou que houve retificação do edital para alterar a quantidade das toneladas de CBUQ, bem como para incluir a exigência de licença da COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

- CETESB, prevista na cláusula 15.11¹ do edital. Questionada sobre referida exigência, a Administração encaminhou a licença em nome de outra empresa, a ZETEC EQUIPE TÉCNICA DE CONSTRUÇÕES LTDA.

Assim, depois de constatar a existência de contratação anterior com a mesma finalidade², concluiu pela irregularidade da licitação e do contrato, tendo em conta a falha da apresentação da licença em nome de terceiro, que contrariou item do edital, bem como a ausência de indicação do elemento econômico no contrato.

1.4 A Unidade de Engenharia de Assessoria Técnica (fl. 190) ressaltou que os itens 5.1.9³ e 15.11 do edital estipulam a obrigatoriedade de apresentação de licença da CETESB em nome da vencedora do certame, referente à usinagem do produto, não permitindo a participação de terceiros. Lembrou que o objeto envolve apenas o fornecimento de CBUQ, de modo que a Contratada atua como intermediária entre terceiro, que dispõe de usina de asfalto, e a Prefeitura. Opinou pela irregularidade.

A Unidade Jurídica (fls. 191/193) acompanhou essa manifestação, no que concerne à falta de apresentação de licença emitida pela CETESB em nome da vencedora do certame, uma vez que a constante de fls. 178/179 está em nome de terceiro, alheio à disputa. Propôs, então, o

¹ 15.11 - As obrigações decorrentes desta licitação constarão de Termo de Contrato (minuta anexa) a ser firmado entre a Prefeitura Municipal de Assis (SP) e o adjudicatário da licitação.

15.11.1 - A empresa vencedora da licitação deverá apresentar a **respectiva** licença da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - CETESB, quanto à usinagem do produto - **gn**;

15.11.1.1 - A licença retro mencionada deverá ser apresentada pela empresa vencedora da licitação, no prazo de 03(três) dias úteis, contados da notificação por escrito emitida pela Prefeitura;

15.11.1.2 - A não apresentação da licença, no prazo acima, implicará na decadência do direito à contratação, e na possibilidade de aplicação das sanções estabelecidas na cláusula XII deste edital, principalmente aquelas definidas pelos itens 12.1 e 12.2, sendo facultado à Administração seguir o procedimento indicado no item 7.17 deste edital, ou revogar a licitação.

² Julgada irregular pela E. Primeira Câmara em sessão de 23-02-10, relator o E. Conselheiro ANTONIO ROQUE CITADINI, TC-840/004/07.

³ Item 5.1.9 - declaração de que a empresa dispõe ou reúne condições de apresentar no momento oportuno (assinatura do contrato, caso seja vencedora da licitação) a licença da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - CETESB, quanto à usinagem do produto, observado o disposto no item 15.1 da cláusula XV deste edital.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

acionamento do inciso XIII do artigo 2º da Lei Complementar estadual n. 709/93.

A ilustre Chefia da Assessoria Técnica, em atenção ao princípio da ampla defesa, também opinou pela assinatura de prazo para manifestação dos interessados.

1.5 Para a digna SDG, além das objeções já suscitadas, outras também mereceriam explicações. Apontou exigências formuladas em outros itens do edital, para habilitação no certame: 6.1.2.3.1 (apresentação de certidão conjunta negativa de débito relativa a tributos federais e à dívida ativa da União, extrapolando o rol do artigo 30 da Lei n. 8.666/93); 6.1.2.3.3 (exigência de certidão negativa de tributos mobiliários e imobiliários, da sede da licitante e em nome do mesmo, impertinente à vista do objeto do certame); 6.1.2.3.3.1 (prova de regularidade perante a Fazenda Municipal, relativa aos tributos imobiliários); 6.1.2.3.4 (CND - certidão negativa de débitos com a Seguridade Social - INSS). O edital não esclareceu a possibilidade de aceitação de certidões positivas, mas com efeito de negativas.

1.6 Marcado prazo para defesa das partes, a Prefeitura apresentou justificativas (fls. 202/217).

Ressaltou que as ressalvas não influíram no resultado do certame e tampouco causaram prejuízo ao erário. Os preços contratados são compatíveis com o mercado, conforme constatado pela Fiscalização.

Esclareceu que, de acordo com a Lei estadual n. 997/76 e o Decreto estadual n. 8.468/76⁴, a usinagem do concreto betuminoso deve ser efetuada em local e com equipamentos previamente licenciados pela CETESB. Assim, a exigência se prestou a cumprir a mencionada legislação ambiental.

Acrescentou que, em obediência à súmula 14⁵ do

⁴ O Decreto n. 8.468, de 08-09-76, aprova o Regulamento da Lei n. 997, de 3105-76, que dispõe sobre a prevenção e o controle da poluição do meio ambiente:

Artigo 57 - Para efeito de obtenção das Licenças Prévia, de Instalação e de Operação, consideram-se fontes de poluição:

*...
V - Usinas de concreto e concreto asfáltico, inclusive instaladas transitoriamente, para efeito de construção civil, pavimentação e construção de estradas e de obras de arte.*

⁵ Súmula n. 14: *Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunal, o edital (item 5.1.9) exigiu a apresentação, no envelope de propostas, apenas da declaração de que as licitantes reúnem condições de apresentar, no momento oportuno, a licença referente à usinagem do produto. No momento da contratação, a Prefeitura efetivamente reclamou a apresentação da licença, o que aconteceu.

Ressaltou que o edital exigiu que a licença fosse apresentada pela empresa vencedora da licitação, mas não que a licença houvesse sido em nome dela próprio. A exigência é de apresentação da licença da usina para saber se o produto está sendo usinado em local e com equipamentos licenciados. O que se pretende é que a usina (local e equipamentos onde será usinado o produto licitado) seja licenciada pela CETESB, em virtude de ser considerada fonte de poluição.

Afirmou que não há irregularidade no procedimento adotado, eis que a vencedora locou uma usina de asfaltos localizada no Município, detentora de regular licença de operação expedida pela CETESB e efetua a usinagem do produto naquele local. Não há obrigatoriedade de adquirir o produto direto do fabricante, ou seja, o CBUQ poderia perfeitamente ser usinado por uma fábrica (que não participou do certame) e, posteriormente, comercializado para a Prefeitura através de outra empresa (vencedora da licitação), como lojas, distribuidores, representantes, comerciantes e afins. Exigir que licença da CETESB fosse apresentada em nome da própria vencedora da licitação seria o mesmo que restringir a participação no certame aos fabricantes do produto licitado, ceifando a possibilidade de participação dos demais empresários, distribuidores e representantes.

Quanto à participação de licitante única, disse que em nenhum dos certames realizados pela Prefeitura para aquisição do produto participaram muitos interessados. São raras as empresas que se dispõem a fornecer o CBUQ à Prefeitura, pela pequena demanda, pela forma de entrega parcelada ou pelas características peculiares do produto.

Da forma como estão prescritas as exigências editalícias nas cláusulas IX (prazos, condições e local de entrega do objeto) e 9.5⁶, as interessadas poderão participar da licitação, independentemente da distância em que estiver estabelecida a usina em que será processado o

somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno.

⁶ 9.5 - O produto deverá ser entregue na temperatura média de 170 graus Celsius, sendo rejeitado aquele que não atender essa exigência.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

produto, sabendo de antemão que o CBUQ deverá chegar aos canteiros de obras na temperatura adequada à sua aplicação.

No tocante à ausência de elemento econômico em cláusula contratual, esclareceu que a abertura do certame foi precedida de declaração de existência de recursos firmada pela Secretaria Municipal da Fazenda; assim, a solução encontrada foi vincular as notas de empenho ao contrato.

As ressalvas de SDG não levaram em consideração o edital modificado, que não faz menção às exigências consideradas como restritivas. Ademais, a exigência de prova de regularidade perante a Fazenda Municipal tem respaldo no artigo 29, III da Lei n. 8.666/93, eis que os tributos municipais são divididos entre mobiliários e imobiliários, sendo a exigência indispensável ao certame.

1.7 A Unidade de Engenharia (fl. 252), analisando as informações prestadas sobre a obrigatoriedade de apresentação de licença da CETESB, retificou seu entendimento anterior e manifestou-se pela regularidade.

A Unidade Jurídica de Assessoria (fls. 253/254), analisando as alegações aduzidas, entendeu que os argumentos eram suficientes para afastar o principal óbice, qual seja, a apresentação de licença emitida pela CETESB em nome da empresa distinta da vencedora do certame. Opinou pela regularidade, com proposta de recomendação.

A Chefia do órgão técnico (fl. 254) também acolheu as justificativas, entendendo que conseguiram afastar as questões suscitadas. Também opinou pela regularidade.

1.8 A SDG, por sua vez, entendeu (fls. 255/257) que a exigência de apresentação da licença da CETESB (item 15.11.1) refere-se à empresa fabricante, responsável pela usinagem do produto, e pode ser diferente da vencedora do certame, que vendeu o produto objeto da licitação.

Quanto à ausência do elemento econômico no termo contratual, considerou que a falha pode ser relevada, uma vez que nas notas de empenhos, vinculadas ao contrato, consta a classificação orçamentária detalhada da despesa. No entanto, cabe recomendação de prever no instrumento contratual o referido elemento econômico, conforme determina o artigo 55, V da Lei n. 8.666/93.

Destacou que houve adequada divulgação do edital e que o preço adotado foi compatível com o mercado. Assim, manifestou-se pela regularidade, com recomendação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

1.9 Marquei prazo para novas justificativas dos interessados, tendo em vista não estar comprovada a publicação do edital em jornal de grande circulação no Estado (fls. 256).

1.10 A Prefeitura apresentou, então, as explicações de fls. 262/267.

Disse que a mesma questão foi suscitada no processo TC-1737/026/08, que tratou das contas anuais do Município de Assis, exercício de 2008. A E. Primeira Câmara já decidiu, na ocasião, pela emissão de parecer favorável às contas, sem nenhuma recomendação a respeito das questões agora suscitadas.

Acrescentou que a Prefeitura sempre divulga suas licitações no Diário Oficial do Estado, na Imprensa Oficial do Município, no site do Município e no painel de licitações. No caso em exame, foram tomadas todas as providências para ampliar o número de competidores, sempre visando à obtenção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

Não há na Lei federal n. 10.520/02⁷ e nem no Decreto municipal n. 5.456/08⁸ nenhuma determinação de publicidade que não tenha sido cumprida.

Dessa forma, apenas a publicação do edital no Diário Oficial do Município de Assis bastaria para atender ao artigo 4º, I, da Lei n. 10.520/02, que somente exige divulgação em jornal de circulação local quando não existir Diário Oficial no respectivo ente. Não foi feita publicação do edital em jornal de grande circulação no Estado porque ela não é exigida por nenhuma norma legal. E não cabe falar em aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93, porquanto não

⁷ Artigo 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o artigo 2º.

⁸ Artigo 9º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados, através da divulgação do edital e aviso específico, observadas as seguintes regras:

(...)

II - a publicação do aviso será efetuada no Diário Oficial do Estado de São Paulo, na Imprensa Oficial do Município de Assis, em Jornal de grande circulação no Município, e, por meio eletrônico no endereço www.assis.sp.gov.br, quando o valor estimado para a contratação for superior ao estabelecido pela alínea "c" do inciso II do artigo 23 da Lei n. 8.666/93.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

há, na Lei do Pregão, lacuna a ser suprida.

A defesa se referiu a doutrina⁹ que considera a publicação no Diário Oficial suficiente para atendimento ao artigo 21 da Lei n. 8.666/93, bem como a acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais (processo n. 1.0637.04.027194-1/002), para concluir que os procedimentos adotados não causaram prejuízo ao erário, tampouco à competição do certame ou ao surgimento de propostas mais vantajosas, não havendo irregularidade de natureza grave.

2. VOTO

2.1 Estes autos versam sobre pregão e contrato celebrado pela Prefeitura Municipal de Assis para aquisição de concreto betuminoso usinado a quente.

Durante a instrução, foram questionadas: (a) a exigência de apresentação de licença da empresa responsável pela usinagem do produto, expedida pela CETESB; (b) a ausência do elemento econômico no termo contratual; (c) a falta de publicação do edital do pregão em jornal diário de grande circulação no Estado.

Cumprido o contraditório, a manifestação dos órgãos técnicos foi unânime: a ilustre Assessoria Técnica (de Engenharia, fl. 252; Jurídica, fls. 253/254; Chefia, fl. 254) e a digna SDG convergiram pelo julgamento de regularidade dos atos em exame, com recomendação.

2.2 a) O artigo 55, V, da Lei n. 8.666/93 realmente prescreve que é cláusula essencial no contrato a que estabelece o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica. Na hipótese, embora com redação que passa longe de ser exemplar, a cláusula nona do instrumento contratual de certa forma acaba por atender à lei, pois conduz à vinculação das notas de empenho à dotação orçamentária da despesa. Assim, não se caracteriza cenário suficiente para reprovar a atuação administrativa, bastando recomendar ao Senhor Prefeito que aprimore a redação de seus contratos, para bem evidenciar o cumprimento da norma legal indicada.

b) A exigência de apresentação de licença da CETESB formulada no item 15.11 do ato convocatório da

⁹ Wálteno Marques da Silva - na obra *Procedimentos para Licitar*, Editora Consulex, pág. 81. José Cretella Junior, na obra *Das Licitações Públicas*, Editora Forense, págs. 218/219.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

disputa (v. nota de rodapé n. 2) também pode ser relevada; de um lado, porque dirigida apenas ao vencedor do certame, escapando à censura da já mencionada súmula 14; de outro, porque o texto dos subitens 5.1.9 (v. nota de rodapé n. 4) e 15.11.1 do edital, embora ambíguo, possibilita a interpretação de que a licença não teria que ser expedida necessariamente em nome do vencedor do certame, mas, sim, de quem fosse o responsável pela usinagem do concreto; e, ainda, porque nenhum interessado impugnou a estipulação, que também não conduziu à inabilitação de qualquer licitante. Assim, também quanto a esse ponto cabe apenas renovar a recomendação acima formulada.

c) Em relação à publicação do edital do pregão em jornal de grande circulação, recorde, inicialmente, que o entendimento francamente dominante na jurisprudência desta Corte é o de que, nos termos do artigo 2º, I, da Lei n. 10.520/02, ela sempre é necessária quando se tratar de licitação de vulto, como tal considerada aquela que alternativamente comportaria concorrência; nessa hipótese, a publicação, necessária, *"deverá ser feita nos termos do regulamento"*.

Em princípio, portanto, não haveria como transigir com a falta dessa divulgação do certame *"em jornal de grande circulação"*.

Ela é exigida pelo artigo 4º da Lei do Pregão e, também, pelo regulamento da própria Prefeitura Municipal de Assis. O Decreto n. 5.446¹⁰, de 07-01-08, anterior à divulgação do edital em causa, dispõe, em seu artigo 9º:

Artigo 9º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados, através da divulgação do edital e aviso específico, observadas as seguintes regras:

(...)

II - a publicação do aviso será efetuada no Diário Oficial do Estado de São Paulo, na Imprensa Oficial do Município de Assis, em Jornal de grande circulação no Município, e, por meio eletrônico no endereço www.assis.sp.gov.br, quando o valor estimado para a contratação for superior ao estabelecido pela alínea "c" do inciso II do artigo 23 da Lei n. 8.666/93 (gn).

Como a Prefeitura não comprovara a publicação do aviso de edital em jornal de grande circulação no

¹⁰ O texto está disponibilizado no site da Câmara Municipal, com a nota de que continua em vigor, sem alterações posteriores.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Município, o despacho de fl. 256 instou-a a apresentar prova de que a divulgação se dera em jornal de grande circulação no Estado, com o que a regra poderia ser considerada cumprida; afinal, os jornais de grande circulação no Estado também circulam bem em Municípios da importância de Assis. A resposta acabou por confirmar que realmente não houve divulgação do pregão em jornal de grande circulação no Município, nem mesmo daqueles que têm circulação grande também em todo o âmbito do Estado.

Portanto, os artigos 4º, I, da Lei do Pregão e 9º, II, do regulamento (o Decreto municipal) na verdade não foram atendidos.

No caso concreto, no entanto, cabe ponderar que se trata, agora, do contrato celebrado em 03-03-08, para o exercício de 2008.

Na ocasião, a prescrição normativa citada tinha vigência muito recente. Além disso, a licitação com a mesma finalidade, realizada em 2006, já havia sido julgada regular pela E. Segunda Câmara desta Corte em 27-03-07, nos autos do processo TC-000702/004/06, sem recomendação nenhuma. Acresce que, apesar de não ter sido realizada a devida publicação em jornal de grande circulação no Município, o aviso do edital foi divulgado, no âmbito local, pelo Diário Oficial editado pela Municipalidade¹¹.

Nesse contexto, considero ainda possível, no pregão do contrato celebrado para 2008, relevar a falta de divulgação do edital em jornal "de grande circulação no Município", como está na lei. Mas com severa recomendação de que a Prefeitura dê adequado atendimento à prescrição da Lei n. 10.520/02 e da norma regulamentar citada, sob pena de seus futuros pregões ficarem sujeitos à reprovação desta Corte e os Responsáveis, à imposição de multa.

¹¹ Incidentalmente, registro, que não é procedente o argumento da Contratante (item 1.10 deste voto) de que o assunto foi decidido no TC-1737/026/08, que tratou das contas anuais do Município, emitindo parecer favorável à sua aprovação, sem recomendação a respeito do assunto agora examinado. Ao contrário, a E. Segunda Câmara desta Corte (cf. DOE de 20-08-10) "*decidiu emitir Parecer Favorável à aprovação das contas do Prefeito de Assis, exercício de 2008, exceção feita aos atos porventura pendentes de apreciação por este Tribunal*" (gn), entre os quais estão, evidentemente, os atos agora examinados. Ademais, o que referido parecer considerou razoável foi, como consta do voto do E. Relator, que não se exija a publicação do edital em jornal de grande circulação no Estado (tanto mais que essa especificidade não está no artigo 4º, I, da Lei do Pregão); bastaria, como argumentara o próprio Prefeito, publicação em "*jornal de grande circulação diária no Município*", o que, na hipótese, não ocorreu.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

d) E nesses termos, acolho a unânime conclusão dos órgãos técnicos, que propõem o julgamento de regularidade dos atos em exame.

2.3 Diante do exposto e do que consta dos autos, julgo regulares a licitação e o contrato, bem como legais os atos ordenadores das despesas decorrentes, com as recomendações constantes do corpo deste voto, que serão transmitidas por ofício ao Senhor Prefeito, para as providências cabíveis.

Sala das Sessões, 17 de julho de 2012.

CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA
CONSELHEIRO