DECISÃO SINGULAR	:	**DSG-G.WNB-5115/2014**
PROCESSO TC/MS	:	TC/120211/2012
PROTOCOLO	:	1361979
ÓRGÃO	:	SECRETARIA MUNICIPAL DE POLÍTICAS E AÇÕES SOCIAIS E CIDADANIA CAMPO GRANDE
ORDENADOR (A) DE DESPESAS	:	NILVA SANTOS
CARGO DO ORDENADOR (A)	:	SECRETÁRIA
ASSUNTO DO PROCESSO	:	NOTA DE EMPENHO Nº 86/2012
RELATOR	:	CONS. WALDIR NEVES BARBOSA
CONTRATADO (A)	:	MDR DISTRIBUIDORA E SERVIÇOS LTDA - ME
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	:	CONVITE Nº 319/2012
OBJETO DA CONTRATAÇÃO	:	AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS
VALOR INICIAL DA CONTRATAÇÃO	:	R$ 55.548,00

EMPENHO – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO CONVITE – AUSÊNCIA DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS COM O INSS E CERTIFICADO DE REGULARIDADE DE SITUAÇÃO COM O FGTS – IRREGULARIDADE E ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DA FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL.

Trata o presente processo do Empenho nº 86/2012, oriundo da licitação modalidade Convite nº 319/2012, celebrado entre a Secretaria Municipal de Políticas e Ações Sociais e Cidadania de Campo Grande – MS e a empresa MDR Distribuidora e Serviços Ltda. - ME, tendo por objeto a aquisição de gêneros alimentícios.

A 3ª Inspetoria de Controle Externo exarou a Análise Processual **n° 8144/2013** e, tendo em vista a ocorrência de irregularidades, sugeriu a notificação da responsável, com o fim de que esta encaminhasse a essa Corte de Contas documentos e justificativas que comprovassem a regularidade do procedimento licitatório e da formalização do empenho em comento.

Devidamente notificada, a responsável acostou aos autos os documentos e justificativas.

Ao depois, a 3ª Inspetoria de Controle Externo exarou a Análise Conclusiva **n° 114/2014**, manifestando-se no seguinte sentido:

> *"Ex Positis, com supedâneo aos Artigos 311, Inciso I e 312, Inciso II, primeira parte, ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 57/06, entendemos pela IRREGULARIDADE e a ILEGALIDADE do Procedimento Licitatório e da Formalização do Empenho (1º fase)."*

Finalmente, o Ministério Público de Contas exarou o parecer PAR-GAB. 7 DR.JAC – **12756/2014**, manifestando-se no seguinte sentido:

> *"Nestas condições, por cautela e com supedâneo no inciso I do artigo 11 da Lei Complementar n. 148/2010, manifesta-se este Ministério Público de Contas para que a egrégia Corte de Contas adote o seguinte julgamento:*
> *1 - **JULGAR IRREGULAR** o procedimento licitatório e da formalização do empenho, nos termos dos incisos III, do artigo 59 da Lei Complementar, TC/MS n. 160/2012, por infringência, ao caput do artigo 37, da*

Constituição Federal e, ao Anexo I, Capítulo III, Seção I, Subseção 1.1.1, B I, da Instrução Normativa TC/MS n. 035/2011;

2 – Recomendar a ex e Atual Ordenadora de Despesas, senhora Nilva Santos, inscrito no CPF sob o n. 305.953.551-53, ex-secretária municipal e a senhora Thais Helena Vieira Rosa Gomes inscrito no CPF sob o n. 305.953.551-53, que observe com maior rigor o envio da documentação comprobatório a legislação com fulcro no artigo 77, incisos VIII, § 3º da Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul;

3 – Aplicar multa com fulcro no Paragrafo Único, inciso I, do artigo 44, da Complementar 160, de 2 de janeiro de 2012, pela não remessa da Pesquisa de Mercado, exigida na Instrução Normativa TC/MS n. 035/2011, descrito no Anexo I, capítulo III, Seção I, Subseção 1.1.1, B I;

4 – comunicar o resultado do julgamento aos interessados com fulcro no inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal."

É o breve relatório.

Inicialmente, cabe esclarecer que o objeto do presente julgamento, nos termos do artigo 120, I e II, da Resolução Normativa n.º 76/2013, diz respeito à formalização do procedimento licitatório Convite nº 319/2012, bem como à regularidade do Empenho nº 86/2012, oriundo de tal procedimento licitatório, firmado entre a Secretaria Municipal de Políticas e Ações Sociais e Cidadania de Campo Grande – MS e a empresa MDR Distribuidora e Serviços Ltda. - ME, tendo por objeto a aquisição de gêneros alimentícios.

Pois bem, de acordo com os apontamentos exarados pela 3ª Inspetoria de Controle Externo, através da Análise Processual **n° 8144/2013**, verificou-se a ocorrência das seguintes irregularidades:

- Ausência da Certidão Negativa de Débito com o INSS e Certificado de Regularidade de Situação com o FGTS das empresas participantes do Certame, quais sejam: Cometa Comércio e Representações LTDA e Maria Aparecida Rodrigues da Silva - ME, Anexo I, Capítulo III, Seção I, Item "11", letra "b" da Instrução Normativa TC/MS n° 35/11;

- Ausência de Lei que estabelece o veículo oficial de divulgação da Administração Pública – infringência ao Anexo I, Capítulo III, Seção I, "B.1", Item 8 da Instrução Normativa TC/MS nº 35/11

- Ausência de pesquisa de mercado - infringência do Anexo I, Capítulo III, Seção I, Item "1", letra "B" "2" da Instrução Normativa TC/MS nº 35/11.

- Ausência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, das empresas participantes do Certame, Artigo 29, Inciso V da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações.

Devidamente notificada para apresentar documentos e justificativas que sanassem referidas irregularidades, a responsável se fez presente nos autos, entretanto, segundo apontamentos da equipe técnica, permaneceram as impropriedades de ausência de Certidão Negativa de Débito com o INSS e Certificado de Regularidade de Situação com o FGTS das empresas participantes do Certame e de ausência de pesquisa de mercado.

Pois bem, em relação à irregularidade de ausência de pesquisa de mercado, verifica-se que pelos documentos de número 28, que a responsável alegou que "*no que tange à pesquisa de mercado informamos que a referida Prefeitura possui o banco de dados denominado - BDCOMPRAS - que é o Banco de Dados onde ficam registrados todos os preços das últimas aquisições feitas e estes registros servem de parâmetro para as aquisições seguintes, portanto, essa é a pesquisa de mercado que a Prefeitura dispõe.*"

Entretanto, melhor sorte não cabe à responsável.

Isso porque, de uma análise detida dos documentos acostados aos autos pela responsável, constata-se que dentre os mesmos não existe sequer uma relação dos preços registrados no referido BDCOMPRAS, referentes às últimas aquisições feitas pelo órgão em comento, não podendo tal banco de dados ser considerado "pesquisa de mercado".

Ora, não basta a responsável alegar que o órgão em comento possui o banco de dados citado acima, sem ao menos demonstrar os preços registrados referentes às últimas aquisições, permanecendo assim a irregularidade apontada pela equipe técnica.

Por conseguinte, é sabido que tanto o artigo 357 da Resolução Normativa nº 57/06, quanto o artigo 89 da Lei Complementar Estadual nº 160/2012, preveem expressamente que às disposições desta Lei Complementar são aplicáveis, subsidiariamente, as prescrições do Código de Processo Civil.

Já o Código de Processo Civil dispõe expressamente sobre o ônus da prova, nos seguintes termos:

> *"Art. 333. O ônus da prova incumbe:*
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*
> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

Ou seja, cabia à responsável comprovar cabalmente nos autos, através de documentos, que a exigência de apresentação de pesquisa de mercado foi sanada, o que não o fez.

Já em relação à irregularidade de ausência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos com o INSS e Certificado de Regularidade de Situação com o FGTS das empresas participantes do certame, a responsável, ao apresentar suas justificativas, limitou-se a alegar *"é importante destacar que a Prefeitura não dispõe de legislação específica sobre licitações, seguindo, portanto, ao que determina especificamente a Lei Federal n. 8.666/93 e suas alterações. Depreende-se do documento sub examine, que os Doutos Analistas consideraram infringência ao art. 29, inciso IV, do Estatuto das Licitações e das contratações públicas, a não solicitação pela Administração das Certidões Negativas de Débitos junto ao FGTS e ao MPAS. na fase de habilitação, de todas as participantes do certame, inclusive a de Débitos Trabalhistas. Insta salientar que o art. 32, no seu § 1°. do Diploma legal citado assim preleciona: 'A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei. poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite...'. Como se vê, é lídima a dispensa da apresentação das certidões na fase de habilitação, portanto, no Convite que deu origem a esta contratação, foi exigida a apresentação dessas mesmas certidões, à exceção da Trabalhista, apenas da vencedora, conforme faculta a Lei, no ato do recebimento do empenho ou documento equivalente, em atendimento ao § 3°, do art. 195, da nossa Carta Magna, sendo que as mesmas, já se encontram acostadas aos autos em comento."*

Entretanto, melhor sorte não cabe à responsável.

Primeiramente, porque, a imprescindibilidade de apresentação da documentação relativa à capacidade jurídica e certidões negativas de débitos perante a seguridade social e FGTS (inciso IV do mencionado art. 29) em qualquer ajuste, está expressamente prevista no art. 195, §3º da Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 195 (...)
(...)

> *§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios."*

Segundo, porque a exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débitos com o INSS e da Certidão Negativa de Débitos Trabalhista, na fase de habilitação das licitações, seja qual for a modalidade adotada, está expressamente prevista no artigo 27 da Lei n. 8.666/93, *in verbis*:

> *"Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*
> *I — habilitação jurídica;*
> *II — qualificação técnica;*
> *III — qualificação econômico-financeira;*
> *IV — regularidade fiscal e trabalhista;*
> *V — cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal."*

Já a prova da inexistência de débitos inadimplidos perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho far-se-á por meio de certidão negativa, conforme dispõe o inciso V do art.29 da Lei n. 8.666/93, *in verbis:*

> *"Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso consistirá em:*
> *V — prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo*

Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943."

Ou seja, a exigência de comprovação da regularidade fiscal e da regularidade trabalhista visa evitar que uma empresa que se encontra em débito com as obrigações trabalhistas, além de estar infringindo a lei, tenha, em tese, condições de apresentar preços mais vantajosos em relação às outras que, por obedecerem à legislação, têm seu custo majorado, o que violaria a competitividade, além do que, visa à avaliação do interessado no que diz respeito à sua idoneidade e capacidade de assumir obrigações contratuais perante a Administração na execução do objeto por esta almejado, restando claro que se trata de fase pré-contratual, pouco importando por qual modalidade de licitação o ajuste decorrerá.

Assim, verifica-se que tal regra privilegia os princípios da legalidade, isonomia e da moralidade, devendo ser aplicada como padrão para todos os certames, independentemente do objeto da contratação.

Sobre o assunto, o doutrinador Jessé Torres Pereira Junior leciona:

> *"Conquanto a lei consinta na dispensa de todos os documentos, pelo menos um não poderá dispensar a Administração: a prova de regularidade perante a seguridade social (art. 29, IV), porque a Constituição não distingue entre modalidades, espécies ou objetos quando proíbe o Poder Público de contratar pessoa jurídica em débito com a Previdência (art. 195, §3º). A dispensa total da documentação é inconciliável com a ordem constitucional, no concernente à prova da regularidade fiscal referente a débito previdenciário."(PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 5 ed. Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo – 2002).*

Nesse sentido, é o entendimento da jurisprudência atual:

"EMENTA: LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS JUNTO AO INSS E CERTIFICADO DE REGULARIDADE DO FGTS DEVEM CONSTAR DO EDITAL CORRESPONDENTE. TRATA-SE DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL.

(...)

"NO MÉRITO, respondo, em tese, à indagação apresentada, reproduzindo, em primeiro lugar, o art. 32, § 1º, da Lei 8666/93, alterada pela Lei 8883/94, que estabelece as hipóteses nas quais poderá ser dispensada a documentação relativa à habilitação jurídica (art. 28), regularidade fiscal (art. 29), qualificação técnica (art. 30) e econômico-financeira (art. 31), 'verbis':

*'Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração ou publicação em órgão da Imprensa Oficial. § 1º - A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta-entrega e leilão.'(*Consulta n.º 453.071, Relator Conselheiro Simão Pedro, sessão de 19/9/97*).*

Assim, mesmo que a Administração, utilizando de seu poder discricionário, dispense os documentos concernentes à habilitação jurídica (art.28), à qualificação técnica (art.30) e à econômico-financeira (art.31), a documentação referente à regularidade fiscal (art.29) poderá ser dispensada, somente em relação aos incisos I a III, posto que a prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por

Tempo de Serviço (FGTS) demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (inciso IV), deverá ser feita, obrigatoriamente, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, haja vista a vedação constitucional constante do art. 195, § 3º, da Carta Federal.

Portanto, resta claro que o procedimento licitatório e a formalização do empenho objeto dos autos encontram-se irregulares e ilegais, tendo em vista a infringência aos artigos 27 e 29 da Lei nº 8666/93 e ao artigo 195, §3º, da Constituição Federal, ante a ausência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos com o INSS das empresas participantes do certame, bem como ante a ausência de apresentação de pesquisa de mercado, em infringência ao Anexo I, Capítulo III, Seção I, Item "1", letra "B" "2" da Instrução Normativa TC/MS nº 35/11.

Diante de todo o exposto, voto:

1 – Pela ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório e da formalização do Empenho nº 86/2012, oriundo da licitação modalidade Carta-Convite nº 319/2012, celebrado entre a Secretaria Municipal de Políticas e Ações Sociais e Cidadania de Campo Grande – MS e a empresa MDR Distribuidora e Serviços Ltda. - ME, nos termos dos artigos 9º e 10 c/c artigo 70, todos da Resolução Normativa n.º 76/2013, ante a ausência de pesquisa de mercado, em afronta ao Anexo I, Capítulo III, Seção I, Item "1", letra "B" "2" da Instrução Normativa TC/MS nº 35/11, bem como ante a ausência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos com o INSS e com a Justiça do Trabalho das empresas participantes do certame, em afronta aos ditames dos artigos 27 e 29 da Lei nº 8666/93 e ao artigo 195, §3º, da Constituição Federal;

2 – Pela aplicação de multa no valor de 100 (cem) UFERMS a Sra. Nilva Santos, portadora do CPF n° 305.953.551-53, nos termos dos artigos 44, I e 46 da Lei

Complementar nº 160/2012, pela prática de ato com infração à norma legal, sendo 50 (dez) UFERMS pela ausência de pesquisa de mercado, em afronta aos ditames do Anexo I, Capítulo III, Seção I, Item "1", letra "B" "2" da Instrução Normativa TC/MS nº 35/11 e, 50 (dez) UFERMS pela ausência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos com o INSS e com a Justiça do Trabalho das empresas participantes do certame, em afronta aos ditames dos artigos 27 e 29, da Lei nº 8666/93 e do artigo 195, §3º, da Constituição Federal;

3 – Pela concessão do prazo de 60 (sessenta) dias para que a responsável acima citada recolha o valor referente à multa junto ao FUNTC, comprovando nos autos no mesmo prazo, conforme o estabelecido no § 1º, I e II do art. 172 da Resolução Normativa TC/MS n.º 76, de 11 de dezembro de 2013;

4 - Pela intimação dos interessados acerca do resultado do julgamento, nos termos do artigo 50 da lei Complementar n° 160/2012 c/c artigo 94 da Resolução Normativa nº 76/2013.

Campo Grande, 03 de outubro de 2014.

Conselheiro Waldir Neves Barbosa
Relator

AFM