DELIBERAÇÃO AC00 - 671/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/8519/2017
PROTOCOLO	: 1813089
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE IVINHEMA
JURISDICIONADO	: EDER UILSON FRANÇA LIMA
DENUNCIANTE	: VINÍCIUS PAIVA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S
ADVOGADO	: VINÍCIUS MONTEIRO PIVA OAB/MS 14.445
RELATOR	: CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS E JURIDICOS – RECUPERAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUAISQUER NATUREZA (ISSQN) – AUTO DE INFRAÇÃO – COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCAL – CRITÉRIO – LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS – RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO – PUBLICIDADE – ILEGALIDADE – CONHECIMENTO – ANULAÇÃO.

Ao prever no edital que a empresa contratada irá assessorar os quadros técnicos e fiscais para identificação e apuração do ISSQN devido, e após o levantamento, apurada a sonegação do imposto, deverá emitir o auto de infração, nos termos da legislação municipal, verifica-se a invasão de competência da autoridade fiscal, no caso o município. O auto de infração é um instrumento jurídico fiscal que tem por finalidade veicular um ato administrativo de aplicação de penalidade ao infrator da legislação tributária pelo descumprimento de obrigações tributárias. Ele decorre do Poder de Policia da Administração Pública que consiste no poder de restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais em nome do interesse coletivo, conforme definição dada pelo Código Tributário Nacional.

Exigir como critério de avaliação o assessoramento relacionado ao levantamento de depósitos judiciais nos termos da Lei Complementar demonstra restrição ao caráter competitivo do certame, sendo que a restrição afronta a Lei Geral de Licitações e Contratos.

A Lei de Licitações e Contratos traz explicitamente o princípio da publicidade como um dos princípios norteadores da licitação. É importante enfatizar que a publicidade é alcançada não somente pela publicação dos atos, mas, sobretudo, pela viabilização do amplo acesso de todos os interessados aos processos e atos que integram a licitação. A Lei de Acesso à Informação Pública estabelece a obrigatoriedade de publicação dos editais de licitação na rede mundial de computadores e tem por objetivo regular um preceito constitucional, o acesso à informação.

A constatação de ilegalidades enseja no conhecimento da denúncia, determinando a anulação do procedimento licitatório, fixando multa em caso de descumprimento da decisão sem prejuízo das demais sanções aplicáveis ao caso.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 13 de dezembro de 2017, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela **anulação da licitação**, na modalidade Concorrência n. 01/2017, de responsabilidade da Prefeitura Municipal de Ivinhema, fixando multa de 1.000 (mil) UFERMS em caso de descumprimento desta decisão, sem prejuízo das demais sanções aplicáveis ao caso; determinando a **quebra do sigilo processual**.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2017.

Conselheiro **Osmar Domingues Jeronymo** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo – Relator

Trata-se de denúncia oferecida por Vinícius Paiva Advogados Associados S/S, por meio de petição recebida pela Presidência desta Corte de Contas, referente à apuração de possíveis irregularidades no procedimento licitatório, modalidade concorrência, Edital n. 01/2017, promovido pelo Município de Ivinhema-MS, cujo objeto é "contratação de serviços técnicos e jurídicos especializados para a prestação de serviços de assessoria na área fiscal e tributária para fins de identificação e recuperação de receitas sonegadas do Imposto Sobre Serviços de Quaisquer Natureza (ISSQN) das Instituições Financeiras com agência no Município, em função de recolhimento indevido no exercício atual bem como nos últimos 05 (cinco) anos".

A denunciante aludiu, em síntese, a existência de irregularidades no objeto da contratação, na habilitação jurídica do licitante e nos critérios de avaliação e julgamento. E informa, ainda, quanto à ausência de publicação na íntegra do edital da licitação.

Em razão do caráter urgente da matéria e havendo fundado receio de violação ao caráter competitivo do certame, foi concedida medida liminar que determinou a suspensão do procedimento, conforme consta da Decisão Liminar DLM-G.ODJ-27/2017.

Devidamente intimado, o responsável compareceu aos autos, peça 18, e comprovou a suspensão da licitação e apresentou as razões de defesa da decisão liminar.

Em resposta à intimação, resumidamente, argumenta que a impugnação apresentada pela Empresa está "*inexoravelmente fadada à extinção prematura ante a flagrante ilegitimidade ativa uma vez que a sociedade advocatícia impugnante não retirou, no local indicado pela Administração Municipal de Ivinhema, a cópia do edital da Concorrência n. 01/2017, o que a impediria de participar do referido certame licitatório nos termos da legislação vigente e, por conseguinte, carecendo de legítimo interesse para postular perante esta colenda Corte de Contas as providências reclamadas em seu petitório*".

E, quanto aos pedidos da empresa denunciante o argumento é de que o edital não apresenta restrição à competitividade do certame e atende os requisitos legais para a sua realização.

O Ministério Público de Contas (MPC) emitiu parecer pelo conhecimento da Denúncia e anulação do procedimento licitatório, conforme Parecer PAR – 4ª PRC-16713/2017.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo – Relator

Dentre as alegações apresentadas, as quais serão analisadas individualmente neste voto, a denunciante informa que há extrapolação do objeto do edital no seguinte sentido:

a) Invasão de competência da autoridade fiscal municipal, ante a previsão de emissão pela licitante de auto de infração (alínea a, item 2.1);

b) Inclusão de assessoramento para "saque de 70% dos depósitos judiciais em dinheiro efetuados em decorrência das ações de execução fiscal interpostas pelo município contra as instituições financeiras para a cobrança de ISSQN" nos termos da Lei Complementar n. 151/2015 (alínea d).

O objeto da licitação é a contratação de serviços técnicos e jurídicos especializados, para a prestação de serviços de assessoria na área fiscal e tributária para fins de identificação e recuperação de receitas sonegadas do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) das Instituições Financeiras com agência no Município, em função de recolhimento indevido no exercício atual bem como nos últimos 05 (cinco) anos, envolvendo:

a) Assessoramento técnico aos quadros fiscais locais, para a identificação e apuração de ISSQN devido pelas instituições financeiras, compreendendo o exercício atuai bem como os últimos 05 (cinco) anos. Neste serviço a Licitante deverá acompanhar e orientar os fiscais do Município a realizar o levantamento e, uma vez apurada a sonegação do Imposto, emitir o auto de infração, conforme os parâmetros legais do Município de Ivinhema;

b) Assessoramento jurídico à Secretaria de Finanças do Município de Ivinhema no processo de lançamento necessário à constituição válida dos créditos tributários oriundos do ÍSSQN junto às instituições financeiras. Neste serviço está incluída toda a específica análise jurídica, indicação dos instrumentos adequados para as soluções propostas, assim como o fornecimento de suporte técnico para a correta constituição do crédito tributário;

c) Assessoramento jurídico do processo fiscal tributário na fase administrativa, elaboração de pareceres jurídicos para fundamentar decisão, entre outros atos que assegurem o regular processamento administrativo e fiscal, para fins de lançamento do débito e constituição regular do crédito tributário;

d) Assessoramento para a realização, nos termos da Lei Complementar Federai n. 151, de 05 de agosto de 2.015, do saque de 70% (setenta por cento) dos depósitos judiciais em dinheiro efetuados em decorrência das ações de execução fiscal interpostas pelo Município, contra as instituições financeiras para cobrança de ISSQN;

e) Assessoramento jurídico referente aos créditos constituídos e não pagos,

lançados em dívida ativa, envolvendo a defesa dos interesses do Município de Ivinhema em processos diretamente relacionados à cobrança dos créditos de ISSQN apurados contra as instituições financeiras, até o trânsito em julgado dás ações, tais como ações de execução fiscal, ações anulatórias de lançamento, medidas cautelares, mandados de segurança, impugnação aos embargos à execução e outras medidas incidentais e recursais.

Ao prever no edital (alínea a, item 2.1) que a empresa contratada irá assessorar os quadros técnicos e fiscais para identificação e apuração do ISSQN devido, e após o levantamento, apurada a sonegação do imposto deverá emitir o auto de infração, nos termos da legislação municipal, verifica-se, claramente, a invasão de competência da autoridade fiscal, no caso, o Município de Ivinhema.

O auto de infração é um instrumento jurídico fiscal que tem por finalidade veicular um ato administrativo de aplicação de penalidade ao infrator da legislação tributária pelo descumprimento de obrigações tributárias.

Ele decorre do Poder de Policia da Administração Pública que consiste no poder de restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais em nome do interesse coletivo, conforme definição dada pelo Código Tributário Nacional:

> *"Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos."*

A competência para exercer o poder de polícia é da pessoa federativa à qual a Constituição Federal conferiu a competência para regular a matéria.

O poder de polícia, por ser atividade exclusiva do Estado, não pode ser delegado a particulares, mas é possível sua outorga a entidades de Direito Público da Administração Indireta, como as agências reguladoras. Eventualmente, particulares podem executar atos de polícia, mas sob o comando direto da Administração Pública.

Porém, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), devem ser consideradas as quatro atividades relativas ao poder de polícia: legislação, consentimento, fiscalização e sanção. Assim, legislação e sanção constituem atividades típicas da Administração Pública e, portanto, indelegáveis. Consentimento e fiscalização, por outro lado, não realizam poder coercitivo e, por isso podem ser delegados.

> "ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da

> propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente o atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação.” (STJ, REsp 817534 / MG).”

Deste modo, verifica-se a ilegalidade quanto ao item 2.1, “a”, do edital que autoriza a empresa contratada emitir o auto de infração quando identificada a sonegação do imposto.

A alínea “d” do item 2.1 do edital prevê que a empresa contratada deverá realizar o assessoramento para o saque de 70% (setenta por cento) dos depósitos judiciais em dinheiro efetuados em decorrência das ações de execução fiscal interpostas pelo Município contra as instituições financeiras para cobrança de ISSQN.

De acordo com a Lei Complementar n. 151, de 5 de agosto de 2015, os depósitos judiciais e administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, no qual o Município seja parte, deverão ser efetuados em instituição financeira oficial federal, estadual ou distrital (art. 2º).

A instituição financeira oficial deverá transferir para a conta única do Tesouro do Município 70% (setenta por cento) do valor atualizado dos depósitos referentes aos processos judiciais e administrativos, bem como os respectivos acessórios.

Para a realização da transferência não há a necessidade de uma empresa de consultoria assessorando o saque do valor devido. Tal serviço pode ser feito pela Assessoria Jurídica do Município com o auxílio do setor de contabilidade da Prefeitura uma vez que não envolve serviço técnico especializado.

No que tange à habilitação jurídica do licitante, item 6.2 do edital, a denunciante informa que há contradição uma vez que os serviços a serem contratados são serviços técnicos jurídicos (assessoria jurídica) e o edital prevê a comprovação de registro comercial, no caso de empresa individual e sociedades empresárias e não a sociedade simples, como é o caso de sociedade de advogados.

Segundo a denunciante, essa exigência desvirtua a habilitação jurídica uma vez que os serviços jurídicos podem ser prestados apenas por advogados, conforme consta do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

É importante esclarecer que o objeto a ser contratado não trata apenas de assessoria jurídica especializada, mas também de serviços técnicos fiscais, conforme consta do item 2 do edital.

Desse modo, a empresa a ser contratada não será necessariamente um escritório de advocacia, mas poderá ser uma empresa especializada na prestação dos serviços e que tenha em seu quadro de pessoal, funcionários especializados na área jurídica tributária municipal bem como na área fiscal, com conhecimentos contábeis, devendo comprovar mediante documentação a ser exigida no edital da licitação.

No que tange aos fatores e critérios de avaliação e julgamento da licitação, item 8 do edital, a denunciante alega que há restrição ao caráter competitivo do certame ao incluir no objeto e nos fatores de avaliação das propostas o assessoramento relacionado ao levantamento de depósitos judiciais, nos termos da Lei Complementar n. 151/2015, demonstrando restrição ao caráter competitivo do certame.

De acordo com a redação do edital da licitação (item 8), as licitantes deverão apresentar no Envelope 2 a proposta técnica que deverá conter:

> “a) Memorial Descritivo de todos os serviços a serem prestados ao Município, conforme descrito neste Edital, no Anexo VI, sob pena de desclassificação;
>
> b) Atestado de capacidade técnica, original ou cópia autenticada, que comprove o desempenho de atividade compatível com o objeto desta licitação, fornecidos por entidades de direito público ou privado, apresentado em papel timbrado;
>
> c) Cópia simples de processo Judicial da execução fiscal de cobrança de ISSQN contra instituição financeira, com trânsito em julgado, que demonstre que o trabalho do licitante no município onde o serviço foi desempenhado tenha resultado em incremento de ISSQN de forma definitiva aos cofres do respectivo município, acompanhada da apresentação de cópia autenticada do contrato de prestação de serviços entre a licitante e o município onde foi prestado o serviço;
>
> d) Declaração fornecida por qualquer Município, apresentada em papel timbrado, em original ou cópia autenticada, que comprove o assessoramento para a realização, nos termos da Lei Complementar Federal nº 151, de 05 (cinco) de agosto de 2.015, do saque de 70% (setenta por cento) dos depósitos judiciais em dinheiro efetuados em decorrência das ações de execução fiscal interpostas pelo município contra as Instituições financeiras para cobrança de ISSQN, acompanhada de cópia simples do processo administrativo que demonstre referido saque é transferência para conta do tesouro do município.”

Exigir como critério de avaliação o assessoramento relacionado ao levantamento de depósitos judiciais nos termos da Lei Complementar n. 151/2015,

demonstra restrição ao caráter competitivo do certame uma vez que a comprovação técnica deve estar relacionada à realização de levantamento de depósitos judiciais, não se exigindo vinculação à referida lei complementar.

Tal restrição afronta o art. 3º, § 1º, I, da Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei n. 8.666/93:

> *"...*
>
> *§ 1º É vedado aos agentes públicos:*
>
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;"*

Por fim, a denunciante informa a ausência de publicação da íntegra do edital.

De acordo com a denunciante foi publicado apenas o aviso de licitação no Diário Oficial informando que o edital e seus anexos estariam disponíveis no setor de licitação e contratos do Município, não o tendo disponibilizado publicamente.

A Lei de Licitações e Contratos traz explicitamente o princípio da publicidade como um dos princípios norteadores da licitação (art. 3º, V, Lei 8.666/93). É importante enfatizar que a publicidade é alcançada não somente pela publicação dos atos, mas, sobretudo, pela viabilização do amplo acesso de todos os interessados aos processos e atos que integram a licitação.

A lei n. 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação Pública, em seu art. 8º estabelece a obrigatoriedade de publicação dos editais de licitação na rede mundial de computadores e tem por objetivo regular um preceito constitucional, o acesso à informação, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

De acordo com a Lei n. 12.527/2011, de observância obrigatória pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

> *"Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.*
>
> *§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:*
>
> *...*
>
> *IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; (grifo nosso)*

> ...
>
> *§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).”*

Em consulta à página da *internet* da Prefeitura Municipal de Ivinhema, em 27 de novembro de 2017, verifiquei que o portal da transparência encontrava-se fora do ar e os avisos de licitação não estavam disponíveis no *site*, tampouco os arquivos contendo os editais de licitações do Município.

No que tange à manifestação do Sr. Éder Uilson França Lima, prefeito de Ivinhema, no que diz respeito à falta de legitimidade da denunciante perante esta Corte de Contas em razão de não ter retirado o edital da licitação no local indicado pela Administração Municipal, é importante esclarecer que nos termos do art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/93, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica pode representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidade na aplicação da referida Lei.

Deste modo, não assiste razão ao Sr. Éder Uilson França Lima, prefeito de Ivinhema-MS, ao afirmar que a empresa denunciante não poderia representar junto a esta Corte de Contas, apenas por não ter retirado o edital da Concorrência n. 01/2017.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho o parecer do Ministério Público de Contas e **VOTO**:

1. pela **anulação da licitação**, na modalidade Concorrência n. 01/2017, de responsabilidade da Prefeitura Municipal de Ivinhema-MS;

2. pela **fixação** de multa de 1.000 (mil) UFERMS em caso de descumprimento desta decisão, nos termos do art. 44, I, e art. 45, I, da Lei Complementar Estadual (LCE) n. 160/2012 e do art. 170 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas (RITC/MS), aprovado pela Resolução Normativa n. 76/2013, sem prejuízo das demais sanções aplicáveis ao caso;

3. pela **quebra do sigilo processual**, nos termos do art. 61, § 2º, do RITC/MS; e

4. pela **comunicação** do resultado deste julgamento aos interessados, com fulcro no art. 50 da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2 de janeiro de 2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela anulação da licitação, fixando multa em caso de descumprimento desta decisão, determinando a quebra do sigilo processual.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Iran Coelho das Neves, Ronaldo Chadid, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2017.

Conselheiro **OSMAR DOMINGUES JERONYMO**
Relator

DSSM