



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais – DEPME
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



AUTOS N°: 944.741

Tratam os autos de Denúncia formulada por Transporte Joelma Ltda. em face de supostas cláusulas restritivas e ilegais existentes no edital do Pregão Presencial n° 062/2014, lançado pela Prefeitura Municipal de Sabinópolis, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em transporte escolar dos alunos da rede municipal de ensino do município de Sabinópolis.

2 - DOS FATOS, DA FUNDAMENTAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

O Exmo. Conselheiro Relator, à fl. 79 se manifestou:

Como medida de instrução processual, determino a intimação, por *e-mail* e *fac-símile*, do Prefeito de Sabinópolis e do Pregoeiro, subscritor do edital do Pregão Presencial n° 062/2014, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em transporte escolar dos alunos da rede municipal de ensino do município de Sabinópolis, para que, no prazo de **quarenta e oito horas**, encaminhem, a esta Corte de Contas, a fase interna e externa do certame em epígrafe, e prestem as justificativas alusivas às exigências contidas no item 5.1.8 do edital.

Às fls. 83/1172, o Sr. Carlos Roberto Barroso Mourão, Prefeito, enviou documentação e esclarecimentos relativos ao certame.

Às fls.1174/1179, passou-se ao exame preliminar do edital de Pregão Presencial n° 062/2014, face aos termos da denúncia, entendendo-se:

Do exame preliminar do edital de Pregão Presencial n° 062/2014, face aos termos da denúncia, entende esta Unidade Técnica como irregular:

1. Exigência de propriedade prévia de veículos, item 5.1.8 do edital, na fase de habilitação.

Entende-se também que após os autos serem enviados ao *Parquet* de Contas, o responsável: o Sr. Carlos Roberto Barroso Mourão, Prefeito, pode ser citado para que apresente defesa sobre a irregularidade descrita, bem como sobre eventuais aditamentos do *Parquet* de Contas.

Às fls. 1182/1187, o Órgão Ministerial se manifestou:

Dando continuidade, este Órgão Ministerial apurou a existência de irregularidade no Edital, referente à vedação da participação de empresas reunidas em consórcio. Com efeito, o item 02, subitem 2.2.3, vedou de forma expressa a participação de empresas em consórcio, nos seguintes termos:

2 – DA PARTICIPAÇÃO

[...]

2.2. Não será admitida nesta licitação a participação de empresas:

[...]

2.2.3. Que estejam reunidas em consórcio, coligadas ou subsidiárias entre si, ou ainda, qualquer que seja sua forma de constituição. [...]
(grifo nosso).

[...]

No entanto, entende-se que tal discricionariedade deve vir fundamentada, de forma sólida, no procedimento licitatório.

Logo, a justificativa de proibição de empresas em consórcio participarem do certame deveria ser devidamente fundamentada no instrumento convocatório, com a motivação da administração pública para a sua escolha, independente da modalidade de licitação escolhida.

[...]

Por fim, o *Parquet* de Contas verificou a existência de inconsistência no Edital, referente à exigência de apresentação única e exclusiva de Certidão Negativa para comprovação de regularidade trabalhista (item 07 do Edital – Regularidade Fiscal), fl. 158.

A mencionada cláusula editalícia tem o seguinte teor:

7. DA HABILITAÇÃO

[...]

REGULARIDADE FISCAL

[...]

- Prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa – CNDT, observada sua validade.

À fl.1198, o Relator se manifestou:

Em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição da República, e observado o disposto no art. 307 da Resolução nº 12, de 2008, RITCEMG, proceda-se à **citação** do Prefeito do Município de Sabinópolis e do Pregoeiro, para que, no prazo de quinze dias, apresentem as alegações e documentos que entenderem pertinentes, à vista dos apontamentos constantes no relatório da Unidade Técnica, de fls. 1174 a 1179, e no parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, de fls. 1182 a 1197.

Cumprido o disposto no prazo determinado, encaminhem-se os autos à Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação, para reexame e, em seguida, ao Ministério Público junto ao Tribunal.

Às fls. 1203/1281, os Srs. Sr. Carlos Roberto Barroso Mourão e Luciana Queiroz Barroso, respectivamente, Prefeito do Município de Sabinópolis e do Pregoeiro, enviaram documentação, da qual se destacam:

- Portaria 154/2013, que nomeia cargos comissionados, fl.1203;
- Defesa, fls.1208/1216;
- Solicitação de abertura de licitação, fl.1217;
- Portaria 125/2014, que nomeia servidores para a Comissão de Licitação, fl.1218;
- Impugnações ao edital, fls. 1219/1231;
- Documentação de licitante, fls.1232/1240;
- Ata do Pregão de 12/01/15, registrando-se a participação de 17 (dezessete) empresas no certame, e que a sessão foi suspensa para reabertura posterior, fls. 1242/1243;
- Ata do dia 13/01/15, para continuação da sessão, registrando-se que 15 (quinze) licitantes foram vencedores do certame e que os licitantes de n°s 15 e 17, manifestaram interesse em recorrer, fls.1244/1245;
- Recurso e decisão de acatamento pela Administração, informando da reabertura do certame em 30/01/15, fls.1246/1273;
- Portarias n.º: 048; 038; e 089que dispõem sobre nomeação de Comissão Sindicante para apurar possíveis práticas de fraude nos pregões 062/2014; 03/2014 e 044/2014, respectivamente, fls. 1274/1279;
- Portaria 091/2013, que instaura processo administrativo para apurar possível prática de fraude no processo administrativo 001/2013 que objetiva contratação de empresa para transporte escolar, fls.1280/1281.

Isso posto, passa-se ao exame do defesa e documentação de fls. 1203/1281, face os apontamentos constantes no relatório da Unidade Técnica, de fls. 1174 a 1179, e o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, de fls. 1182 a 1197.

2.1. Exigência de propriedade prévia de veículos, item 5.1.8 do edital.

Em estudo anterior esta Unidade Técnica entendeu que coube razão à denunciante quando à irregularidade do item 5.1.8. pelo descumprimento do § 6º do art. 30 da lei 8666/93 ao se exigir na fase de habitação a apresentação de documentos que pressupõem a propriedade prévia dos veículos, considerando ainda que tal dispositivo restringe indevidamente a ampla participação no certame.

Entendeu-se ainda que os documentos do item 5.1.8 só podem ser exigidos em termos de declaração de disponibilidade, nos termos do § 6º do art. 30 da lei 8666/93, sendo efetivadas as suas exigências quando da contratação.

Os defendentes alegaram às fls. 1208/1216, que além da denunciante, outra empresa, que não pôde ser constatada sua localização, apresentou a mesma impugnação,



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais – DEPME
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Alegaram ainda que o Município tem histórico de fraudes em licitações, em que os licitantes ofertam dinheiro a outros interessados para que apresentem propostas, por exemplo empresas do mesmo grupo familiar, tais como pai e filho disputando o procedimento.

Alega-se também que em 2014, quando não foi exigida a situação vigente, licitantes fraudaram documentação emitida pela Polícia Civil, bem como alega-se que o certame em estudo não foi restritivo ao contar com a participação de 17 (dezesete) empresas.

Análise:

Em que pese as alegações dos defendentes de que houve ampla participação no certame e que a exigência em epígrafe visa coibir fraudes, entende-se que não ficou comprovado nos autos que efetivamente a verificação da documentação se efetuada na fase habilitatória pode efetivamente coibir fraudes ou conluíus entre os licitantes, assim como se entende que a exigência em epígrafe, se efetuada no momento da contratação, não impede que veracidade da documentação também possa ser verificada, além de ir ao encontro da característica da celeridade da modalidade Pregão.

Isso posto, entende-se que fica mantida essa irregularidade, no sentido de que a exigência em tela restringe a ampla participação no certame.

2.2. Vedação à participação de empresas que estejam reunidas em consórcio.

O Órgão Ministerial entendeu que a justificativa de proibição de empresas em consórcio participarem do certame deveria ser devidamente fundamentada no instrumento convocatório.

Não se observou manifestação dos defendentes, dentre a documentação de fls. 1203/1281.

Análise:

Data Vênia ao entendimento do Órgão Ministerial, esta Unidade Técnica entende que no certame em exame, a justificativa é dispensada pelas razões a seguir expostas.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais – DEPME
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Antes de entrar no mérito da questão posta pelo Ministério Público de Contas, registre-se que a admissão de consórcios em uma licitação é uma possibilidade oferecida pela lei ao administrador público. Todavia, é preciso que se esclareça que o Poder Público não pode dispor de tal instrumento quando bem entender – sempre há que se ter em vista o interesse público. No caso específico, averiguar se o objeto da licitação comporta ou não a execução por meio de empresas consorciadas.

Sabe-se que a utilização de consórcio é uma forma de conjugação de esforços, seja para qualificação técnica, seja para qualificação econômico-financeira, a permitir que a empresa, que isoladamente não atenderia às condições editalícias, participe de determinada licitação, unindo-se a outras empresas que a suprem em um item ou outro. Em tese, implica ampliar o universo de licitantes, atendendo com isso ao princípio da competitividade.

Com essas considerações iniciais, esta Unidade Técnica entende que a previsão da participação de empresas em consórcio no edital de licitação está no âmbito do poder discricionário do administrador público, conforme se depreende do *caput* do art. 33 da Lei nº 8.666/93, mas sempre levando em consideração o interesse público:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

Verifica-se, pois, que a participação de consórcio na licitação depende de autorização do administrador público, a quem cabe avaliar a conveniência e a oportunidade em torno da admissão ou não de consórcios, em face do vulto e/ou complexidade técnica do objeto do certame, sempre levando em consideração o interesse público.

Nesse sentido, registre-se:

Na forma do art. 33 da Lei nº 8.666/93, a participação de consórcio nas licitações está condicionada à existência de permissivo nesse sentido no edital. Assim, em um primeiro momento, depende de autorização da Administração.

A finalidade básica em permitir a participação de consórcios é oportunizar a ampliação da competitividade, uma vez que empresas interessadas no certame poderão reunir recursos financeiros e técnicos, em face do vulto de determinados empreendimentos desejados pela Administração, que isoladamente só poderiam ser

realizados por poucas empresas ou até, eventualmente, por nenhuma, em particular considerada.

Daí porque, em função da complexidade ou do vulto do objeto a ser licitado, caberá à Administração, por ocasião do planejamento da licitação, avaliar a conveniência e a oportunidade em torno da admissão ou não de consórcios¹.

Nessa toada, registre-se ainda a lição de Carlos Pinto Coelho Motta²:

Pergunta – *Permitir o consórcio em licitações é sempre uma decisão discricionária da Administração?*

Resposta – É pertinente a indagação sobre a extensão discricionária da Administração, no que tange à decisão de permitir – ou não – a participação de consórcios de empresas em cada certame específico.

Sustenta-se o entendimento de que à entidade licitadora assistiria sempre a prerrogativa de *proibir* a participação de consórcio, registrando obviamente essa proibição no edital.

Nessa linha, quando permitido o consorciamento, deveria também ser previsto explicitamente na peça convocatória, como estímulo à participação de empresas menores ou mais especializadas. Contudo, o silêncio do edital quanto à admissibilidade de consórcio *não poderia ser entendido como vedação ou impedimento*. [...]

[...]

Todavia, vemos atualmente avolumar-se outra interpretação mais estrita, no sentido de que, *em casos concretos*, essa decisão poderia não ter caráter discricionário. Ou seja: no exame de cada situação, poderão surgir circunstâncias factuais, econômicas, de mercados etc., que *obriguem* a Administração a admitir o consorciamento de participantes, sob pena de frustrar o caráter competitivo da licitação.

[...]

Nesse contexto, situa-se a expressa censura de Lucas Rocha Furtado à vedação de consórcio quando se verifique um agrupamento de obras que resulte em objeto de grande vulto. (itálico do texto)

Ainda que se considere que o caráter discricionário do administrador público é relativo, e não absoluto (acórdão nº 1678/2006 – Plenário do TCU), dependendo do caso concreto, verifica-se que, no caso dos autos, o objeto do certame (contratação de empresa para efetuar o transporte escolar), embora de valor significativo (R\$ 1.783.063,20 – fl. 169), não se esbarra nas questões de maior vulto e de maior complexidade técnica, a justificar a necessidade de formação de empresas em consórcio para participação na licitação, de forma a unir esforços para se conseguir somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas.

¹ Fonte: www.zenite.com.br. PERGUNTAS E RESPOSTAS - 1005/212/OUT/2011.

² In Eficácia nas licitações e contratos – 12. ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 461/462.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais – DEPME
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Entende-se que as empresas no mercado que prestam o serviço transporte têm condições de realizar, sozinhas, o objeto da licitação. Ademais, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão, o que se extrai por analogia do acórdão nº 2295/2005, Plenário do TCU, citado, inclusive, no texto de Rafael Marinangelo que se segue.

Ao contrário, poderia até prejudicar a competitividade do certame, em virtude de pactos de eliminação de concorrentes que visem ampliar a participação no mercado. Ou seja, nem sempre a participação de empresas reunidas em consórcio nos certames públicos garante a competitividade nas licitações; há casos em que o efeito é justamente o inverso.

Nesse sentido, segue o texto de Rafael Marinangelo³, com quem esta Unidade Técnica faz coro:

Não é incomum o gestor público se deparar com o dilema sobre a pertinência, ou não, de se permitir a participação de empresas reunidas em consórcio, nos certames públicos.

Isso porque, se, por um lado, a formação de consórcio de empresas pode ampliar a competitividade, de outro, igualmente, pode ter o efeito exatamente contrário, implicando, ao menos em tese, prejuízo para a Administração Pública.

Assim, é comum o gestor público tomar sua decisão lastreada no temor de que o Tribunal de Contas ou mesmo o Poder Judiciário atribua a pecha de "restritivo" ao edital que impede a participação de empresas em consórcio.

Na dúvida, o gestor público prefere admitir a formação de consórcio, tentando, deste modo, salvaguardar uma falsa impressão de que, assim, estaria prestigiando a ampla competitividade e, conseqüentemente, garantindo a rigidez do procedimento licitatório. É preciso, todavia, esclarecer algumas questões.

Não se pode negar que a união de empresas em consórcio, muitas vezes, pode implicar vantagens para os concorrentes como para a administração. Isso porque com a viabilidade de formação de consórcios os concorrentes unem-se, somando qualidades técnicas e econômicas que, sozinhos, não teriam condições de ostentar, impedindo-os de participar do certame.

Logo, com a formação do consórcio as empresas ganham força e conseguem atender aos termos editalícios, ampliando o leque de participantes elegíveis para o certame, e, portanto, (pelo menos em tese) a competitividade.

³ Fonte: <http://www.infraestruturaurbana.com.br/solucoes-tecnicas/8/artigo239370-1.asp>. Acesso em 03/09/2013.

[...]

PROIBIÇÃO

Se a formação de consórcio traz (ou aparenta trazer) tantas vantagens para as partes, será permitido à administração pública proibir a formação de consórcio? Tal proibição pode mesmo ser considerada como forma de restrição à competitividade?

Não há dúvidas para os professores de direito administrativo que a permissão de formação de consórcio é escolha discricionária da administração pública, que deverá fazê-lo segundo seus critérios de conveniência e oportunidade.

As decisões dos Tribunais de Contas, entretanto, não veem a restrição à formação de consórcios com tanta simpatia e impõem algumas barreiras a essa discricionariedade. Em certos casos, é bom alertar, vedam à administração a faculdade de impedir a formação do consórcio.

A esse respeito, e apenas a título ilustrativo, parece-nos importante ressaltar o entendimento manifestado pelo TCU, no sentido de impor a participação de empresas reunidas em consórcio quando o contrário representar restrição à competitividade do certame (*vide Acórdão 1672/2006 - Plenário*).

Ocorre que nem sempre a participação de empresas reunidas em consórcio trará benefícios para a administração pública, pois muitas vezes o objeto licitado possui peculiaridades que limitam o número de empresas aptas a participar do certame. É o caso, por exemplo, de obras de grande complexidade técnica, nas quais poucas empresas demonstram ter experiência anterior compatível com o seu vulto e dimensão.

Nestes casos, a reunião de empresas em consórcio restringiria a competitividade, pois empresas que seriam competidoras entre si poderiam participar da licitação de forma consorciada, diminuindo o número de empresas elegíveis ao certame.

Logo, não há motivos para se considerar a participação de empresas reunidas em consórcio como a grande salvação da competitividade, pois há casos em que o efeito é justamente o inverso, ou seja, o de restringir a competitividade.

Parece-nos, pois, que a melhor conduta a ser adotada pelo gestor público é a de avaliar as condições objetivas da obra, os requisitos técnicos e econômicos envolvidos e, bem sopesados, optar por permitir, ou não, a participação de empresas reunidas em consórcio, tomando a cautela, porém, de justificar tecnicamente a sua escolha, no processo administrativo que instaura o procedimento licitatório (TCU - Acórdão 1636/2007 - Plenário).

As reflexões anteriores conduzem-nos a concluir, portanto, que a permissão, ou não, de participação de empresas reunidas em consórcio deve ser considerada como um ato sujeito à discricionariedade da administração pública, a quem competirá decidir sobre o tema motivadamente e em vista da preservação da maior competitividade possível.

Para os interessados no assunto, sugerimos a consulta aos seguintes julgados do TCU: Acórdãos: 1094/2004 - Plenário; 2295/2005 - Plenário; 22/2003 - Plenário; 1678/2006 - Plenário. (sublinhamos)



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais – DEPME
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Quanto ao mérito da questão apontada pelo Ministério Público de Contas, referido texto mostra que o administrador público deve ter a **cautela** de justificar tecnicamente a sua escolha no processo administrativo que instaura o procedimento licitatório; entretanto, não se vislumbra nos autos qualquer prejuízo ao certame devido à vedação de participação de empresas em consórcio, principalmente considerando que o objeto licitado por si só justifica a vedação.

Diante do exposto, este Órgão Técnico entende que o edital de Pregão nº 062/2014 não é irregular quanto a este ponto, em que pese entendimentos em contrário. Mas, diante da preocupação do Ministério Público de Contas em relação à apresentação de justificativa nos processos licitatórios, de forma a facilitar o controle, recomenda-se que nos próximos editais de licitação o responsável pelo processo licitatório apresente justificativas quanto à sua escolha, seja ela pela permissão ou pela vedação de consórcio no procedimento licitatório.

2.3. Exigência de apresentação única e exclusiva de Certidão Negativa para comprovação de regularidade trabalhista.

O Órgão Ministerial entendeu como inconsistente a exigência em epígrafe.

Não se observou manifestação dos defendentes, dentre a documentação de fls. 1203/1281.

Análise:

Quanto aos instrumentos utilizados para comprovar a regularidade fiscal, cumpre aqui destacar o art. 205 c/c art. 206, ambos do Código Tributário Nacional - CTN, que tratam das certidões negativas, a conferir:

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 o período a que 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.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais – DEPME
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa. Pelo que se verifica dos dispositivos legais citados, é possível a expedição de certidão negativa de débito ou certidão positiva com efeitos de negativa nos seguintes casos: a) existência de créditos não vencidos; b) quando o processo de execução estiver garantido pela penhora; c) quando a exigibilidade do crédito estiver suspensa. A legislação tributária equiparou a certidão positiva com efeitos de negativa, quanto aos seus efeitos, à certidão negativa, sendo este dois instrumentos aptos para a comprovação da regularidade fiscal.

Nesse sentido, é o aresto do Superior Tribunal de Justiça, a conferir:

RECURSO ESPECIAL Nº 645.192 - SC (20040017910-9)
RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : PATRÍCIA VARGAS LOPES E OUTROS
RECORRIDO : MARCOS ALEXANDRE GREUL E OUTROS
ADVOGADO : EVANDRO LUIZ MAÇANEIRO E OUTRO
RELATÓRIO A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):
Trata-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado:
"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. INCORPORAÇÃO. ADQUIRENTES DE UNIDADES AUTÔNOMAS DE CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. POSSIBILIDADE.
1. A legitimidade para postular em juízo decorre do direito de incorporação conferido pelo art. 43, VI, da Lei 4.591/64, aos adquirentes de unidades imobiliárias cuja incorporadora tenha sido destituída.
2. A legitimidade para pleitear CND resulta da expressa menção feita pelo art. 47, § 7º, da Lei 8.212/91.
3. Se o processo de execução estiver garantido através de penhora, resta preenchido o suporte fático do art. 206, CTN, donde possível a expedição de CPD-EN.
4. Apelação parcialmente provida." (fl. 1.048)
No presente recurso especial, a autarquia federal aponta violação dos arts. 47, § 7º, da Lei 8.212/91, e 206 do CTN, alegando, em síntese, que é descabida a emissão de certidão negativa de débitos, na medida em que não houve pagamento do débito ou qualquer outra hipótese de suspensão do crédito tributário. Afirmo, outrossim, que "o fato de já existir suposta garantia do juízo em ação de execução fiscal não supre o pagamento das contribuições relativas às unidades autônomas para fins de suspensão do crédito tributário com vistas à expedição de certidão de regularidade fiscal" (fl. 1.055).
Contra-razões apresentadas às fls. 1.058/1.061.
É admitido o recurso na origem, subiram os autos. É o relatório.
RECURSO ESPECIAL Nº 645.192 - SC (20040017910-9) VOTO
A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):
A respeito da certidão negativa de débito e da certidão positiva com efeitos de negativa,



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais – DEPME
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



o Código Tributário Nacional, respectivamente em seus arts. 205 e 206, dispõe o seguinte:

"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 o período a que 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.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa."

Especificamente em relação à segunda hipótese legal, autorizadora da expedição de certidão positiva de débito com efeitos de negativa, a saber, a certidão de que conste a existência de créditos tributários em curso de cobrança executiva em que tenha sido "efetivada" a penhora, convém ressaltar que tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei de Execuções Fiscais consideram realizada a penhora mediante a lavratura do respectivo auto ou termo, e não simplesmente com a nomeação dos bens sobre os quais o executado pretende recaia a constrição judicial.

Desse modo, havendo créditos tributários objeto de cobrança através da ação de execução no âmbito da qual já tenha sido efetivada a penhora, cabe ao Fisco fornecer ao executado a certidão negativa de débito ou a certidão positiva com efeitos de negativa. Outra não é, a propósito, a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, conforme consta do seguinte precedente:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CPEN. ART. 206 DO CTN. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. É necessária a suficiência da penhora para que possa ser autorizada a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.
2. Recurso especial provido.” (REsp 705.804MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 10.10.2005)

"TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA - CONDICIONAMENTO À PENHORA QUE SATISFAÇA O DÉBITO EXEQUENDO - LEGALIDADE - PROTEÇÃO AO INTERESSE E AO PATRIMÔNIO PÚBLICO.

1. Não se reveste de ilegalidade a determinação de que a expedição de certidão positiva com efeito de negativa esteja condicionada à penhora de bens suficientes que garantam o débito executando, posto que a exegese do art. 206 do CTN conspira em prol do interesse público.

2. Para ser reconhecido o direito à Certidão Negativa de débito, não basta o oferecimento de bens à penhora. É necessário seja a mesma efetivada, garantindo o débito. Precedente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 469.422/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19.5.2003)

No caso dos autos, ficou consignado no acórdão proferido pelo Tribunal de origem que a penhora foi devidamente realizada, garantindo, portanto, o processo executivo (fls. 1.045/1.048). Assim, resta configurada uma das hipóteses previstas no art. 206 do CTN, para que seja expedida a certidão negativa de débitos, qual seja a efetivação da penhora, nos termos da orientação pacificada nesta Corte de Justiça, *in verbis*: "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MATÉRIA NÃO PACIFICADA PELA 1ª SEÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA. RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 206 do CTN, pendente débito tributário, somente é viável a expedição de certidão positiva com efeito de negativa nos casos em que (a) o débito não está vencido, (b) a exigibilidade do crédito tributário está suspensa ou (c) o débito é objeto de 'cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora'. (...)

3. Embargos de divergência a que se dá provimento." (EREsp 641.075/SC, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25.9.2006)

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação supra. É o voto.

Numa análise perfunctória do aresto citado, constata-se que o STJ faz referência à certidão negativa de débito e à certidão positiva com efeitos de negativa para um mesmo fato que desafia a expedição de uma ou de outra certidão, qual seja: créditos tributários objeto de cobrança através da ação de execução no âmbito da qual já tenha sido efetivada a penhora. Neste caso, segundo o STJ, cabe ao Fisco fornecer ao executado a certidão negativa de débito ou a certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos dos art. 205 c/c art. 206, ambos do CTN.

A doutrina também atribui à certidão positiva com efeitos de negativa os mesmos efeitos da certidão negativa de débito, a conferir:

Certidão negativa de tributos. Aspectos práticos - por Kiyoshi Harada⁴
Dispõe o art. 205 do CTN que a prova de quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa à vista do requerimento do

⁴ Sítio eletrônico: <http://jusvi.com/pecas/2606>, consulta realizada em 03/10/2012.

interessado. O prazo para expedição dessa certidão é de dez dias, conforme preceituado no parágrafo único do citado dispositivo legal.

As três esferas políticas adotaram a certidão negativa como única forma de comprovar a quitação de tributos, nas mais diversas situações em que se faz necessária a prova de inexistência de débitos tributários.

Dessa forma, a certidão negativa de tributos passou a ser uma condição indispensável, em âmbito nacional, para a prática de inúmeros atos como concessão de concordata, extinção de obrigações do falido, desembaraço aduaneiro, participação em certame licitatório, transferência de domicílio para o exterior etc.

A certidão positiva em que constem créditos tributários vincendos ou com exigibilidade suspensa, ou, ainda, sob execução mas, com o juízo garantido pela penhora, surte o mesmo efeito de uma certidão negativa, nos termos do art. 206 do CTN.

[...]

Atualmente, a existência de débito sob o regime de parcelamento não mais impede a expedição de certidão, pois, a Lei Complementar nº 104/01 veio incluir o parcelamento e a moratória entre as hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do CTN.

[...]

Positivamente, na fase administrativa de cobrança de crédito tributário, que se situa entre o trânsito em julgado da decisão administrativa e o ajuizamento da execução fiscal, é perfeitamente possível a obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, mediante caução idônea por via de medida cautelar seguida de ação principal, ou por meio de ação ordinária, com pedido de tutela antecipatória.

Logo, considerando a legislação tributária e considerando os entendimentos jurisprudencial e doutrinário, entende-se que é razoável a exigência de certidão negativa de débito, sem indicação expressa da possibilidade de apresentação da certidão positiva de débito com efeitos de negativa, uma vez que o CTN equipara esta certidão, quanto aos seus efeitos, à certidão negativa de débito.

Diante do exposto, este Órgão Técnico, de forma fundamentada e justificada, conclui pela razoabilidade da exigência de certidão negativa de débito fiscal apenas, ainda mais considerando que é de praxe a Administração Pública aceitar a certidão positiva de débito com efeitos de negativa, mesmo não constando expressamente do edital.

Todavia, esta Unidade Técnica recomenda que a Administração inclua nos seus editais a possibilidade dos licitantes poderem apresentar na habilitação a certidão positiva com



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais – DEPME
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



efeitos de negativa, de forma a dar mais transparência aos licitantes e evitar qualquer questionamento a respeito.

4 – CONCLUSÃO

Do exame da defesa e documentação de fls. 1203/1281, face os apontamentos constantes no relatório da Unidade Técnica, de fls. 1174 a 1179, e o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, de fls. 1182 a 1197, entende esta Unidade Técnica que permanece a seguinte irregularidade no edital de Edital de Pregão Presencial 062/2014:

2. Exigência de propriedade prévia de veículos, item 5.1.8 do edital, na fase de habilitação.

Considerando que já foi oportunizada a apresentação de defesa; que nesta data, em consulta ao *site* do Município, <http://sabinopolis.mg.gov.br/portal-transparencia/editais-e-licitacoes/pregao/1025-n-do-processo-100-2014-1025>, verificou-se que o procedimento licitatório em estudo está em andamento, bem como a ata de fls.1268/1269 indica que o processo está em fase recursal, entende esta Unidade Técnica que os responsáveis: o Prefeito Municipal de Sabinópolis – MG, Sr. Carlos Roberto Barroso Mourão, e a Pregoeira do Município de Sabinópolis – MG, Sra. Luciana Queiroz Barroso, podem ser intimados para que anulem o Processo licitatório 100/2014, Edital de Pregão Presencial 062/2014.

DEPME/CFEL, 12 de fevereiro de 2016.

Francisco V.S.Lima
Analista de Controle Externo
TC 1785-7