

A

**PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRACATU**

Pregão Eletrônico Nº 018/2023

**ASSUNTO: RECURSO CONTRA DECISÃO DE INABILITAÇÃO.**

Excelentíssima senhora pregoeira da Prefeitura Municipal de Miracatu.

A ULTRACOM COMERCIO E SERVIÇOS LTDA, inscrita no CNPJ sob o n. 34.229.403/0001-29, por seu responsável legal infra-assinado, VICTOR HUGO DE GODOI SIMONETTI, RG n. 50.375.950-8, CPF n. 460.523.048-39, sócio administrador, vem através deste impetrar recurso contra decisão que inabilitou a recorrente, demonstrando o motivo de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas.

**I – DOS FATOS SUBJACENTES**

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitacional susografado, a recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias, daquelas que estão amparadas pela lei. Ocorre que a Pregoeira julgou a subscrevente inabilitada sob a alegação de que a mesma não apresentou a Certidão Negativa de Débitos Não Inscritos na Dívida Ativa.

Ocorre que essa decisão não se mostra consentânea com a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e com a própria Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, como adiante ficará demonstrado.

## II – DAS RAZÕES DA REFORMA

De acordo com explicação do Professor Dr. Roberto Baungartner, a Certidão Negativa de Débitos Tributários emitida pela Procuradoria Geral do Estado de SP basta à finalidade de habilitação em licitação, com base na **Portaria CAT-20, de 1/4/98**. Essa portaria está no site da Fazenda de SP, e pode ser acessada pelo link: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/certidoes/Paginas/Legislacao.aspx>.

Eis o texto da Portaria:

*“Estabelece procedimentos para pedido, emissão e obtenção de certidão negativa e fixa prazo de validade para os documentos expedidos.*

*O Coordenador da Administração Tributária, considerando o que dispõem os artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional; considerando que somente o débito inscrito na dívida ativa, nos termos dos artigos 204 do Código Tributário Nacional e 3º d a Lei Federal 6.830/80, tem presunção de certeza e liquidez que possa ser oposta aos pretendentes de certidões negativas; considerando a necessidade de uniformizar procedimentos a serem observados pelas repartições fiscais e para facilitar o atendimento ao público em geral, expede a seguinte portaria:*

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

*I – para participação em licitação pública,*

*II – para simples conferência ou outra finalidade.*

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

*§ 2º - Na hipótese do inciso II:*

a) *tratando-se de pedido de certidão para simples conferência, serão pesquisados e informados tanto os débitos não inscritos quanto os débitos inscritos na dívida ativa;*

b) *tratando-se de pedido para outra finalidade, serão pesquisados e informados somente os débitos inscritos na dívida ativa, salvo se o interessado requerer também a pesquisa e informação dos débitos não inscritos.*

(...)"

Acreditamos não ser necessário ser apresentado mais nada para que tenha ficado evidente qual é a certidão que deve ser exigida para participação em licitação. A Portaria da Fazenda do Estado de São Paulo é claríssima, não deixa dúvidas, ao utilizar a palavra “somente”, que **nada além da certidão de débitos inscritos na dívida ativa deve ser exigida para fim de licitação**. É o que estabelece o próprio órgão do Estado que emite as certidões!

Apenas com o texto do que estabelece a citada Portaria responsável por normatizar os procedimentos para pedido, emissão e obtenção de certidão negativa no Estado de São Paulo, fica claro o que deve e o que não deve ser exigido para habilitar uma empresa em um processo licitatório em relação a prova de regularidade fiscal estadual no estado de São Paulo. A única certidão que a Administração deve exigir, de acordo com a Portaria, é a certidão negativa (ou positiva com efeito de negativa) de débitos inscritos na dívida ativa. **E essa foi exatamente a certidão apresentada pela recorrente.**

Acreditamos, portanto, que a Portaria da Coordenação de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do estado de São Paulo seja suficientemente clara. Ainda assim, expomos a seguir decisões do Tribunal de Contas em relação a exigência (equivocada) de certidão de débitos não inscritos na dívida ativa em Editais de licitação com o objetivo de evidenciar que a jurisprudência do Tribunal de Contas reforça o que foi estabelecido na Portaria. Ou seja, através de casos julgados, poderá ser observado que o Tribunal de Contas reiterou expressamente diversas vezes que a certidão negativa de

débitos não inscritos não pode ser exigida como requisito de habilitação – como era de se esperar.

A questão foi tratada de maneira exaustiva pelo Tribunal de Contas da União no ACÓRDÃO 1848/2003 ATA 48 – PLENÁRIO, como se pode constatar do excerto da referida decisão que aqui se transcreve:

“Quanto à exigência de débitos não inscritos em dívida ativa, cabe dizer que podem estes estar sendo parcelados ou questionados em juízo, ou ainda, discutidos no âmbito da própria administração, o que, por si só, não torna a situação do licitante irregular perante à Fazenda Pública, haja vista o disposto no art. 151, incisos III, IV, V e VI, do Código Tributário Nacional, com as alterações posteriores (suspensão da exigibilidade do crédito tributário).”

É assente na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais que a existência de dívida não inscrita não pode impedir a emissão de Certidão negativa de débitos, já que a **dívida não inscrita não goza de certeza e liquidez**. Ainda que esse entendimento seja referente a crédito tributário da União, poder-se-ia estendê-lo ao crédito tributário de outros Entes Federados, por se tratar de instituto de mesma natureza jurídica.

Assim foi decidido no seguinte julgado:

“TRIBUTÁRIO. DÉBITO TRIBUTÁRIO. DÉBITOS NÃO INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA. CIRCUNSTÂNCIA QUE CONFERE AO CONTRIBUINTE O DIREITO DE OBTER A CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO, COM EFEITOS NEGATIVOS, NOS MOLDES DO ART. 206 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator):  
Consoante se verifica da documentação acostada aos autos, a certidão de regularidade fiscal foi negada à impetrante ao fundamento de existem débitos em cobrança (SIEF), os quais ainda não foram inscritos em dívida ativa da União (fls. 90/91).

Nesta senda, é de se reconhecer que os valores em cobrança não gozam da presunção de liquidez e certeza, pelo que não podem ser óbice à expedição da certidão que comprove a regularidade fiscal da impetrante.

A própria União reconhece o equívoco cometido pela autoridade impetrada, tanto que expediu a Portaria PGFN nº 294, de março de 2010 onde autoriza a não apresentação de contestação ou a não interposição de recurso ou ainda a desistência daqueles eventualmente interpostos em feitos como o da espécie, sendo do seguinte teor a Súmula Administrativa AGU nº 18 de 19 de junho de 2002:

EXPEDIÇÃO DE CND - CRÉDITO NÃO CONSTITUÍDO. SÚMULA ADMINISTRATIVA AGU Nº 18, DE 19 DE JUNHO DE 2002."Da Decisão judicial que determinar a concessão de Certidão Negativa de Débito (CND), em face da inexistência de crédito tributário constituído, não se interporá recurso". JURISPRUDÊNCIA: Superior Tribunal de Justiça; EREspds nº - 180.771/PR e 202.830/RS (Primeira Seção); AGREsp nº 303.357/RS (Primeira Turma); AGREsp nº 255.749/RS (Segunda Turma). Art. 1º, inciso II, Portaria nº 294/2010.

Assim sendo, meu voto nega provimento à apelação e à remessa oficial. (TRF-3 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA : AMS 34845 SP 2004.61.00.034845-0, 22/10/2010)"

Confira-se excerto elucidativo de voto condutor de julgamento proferido em Sessão Plenária de 26/09/2018, que elucida a razão para exclusão dessa previsão da exigência editalícia impugnada, **de modo a limitar a imposição apenas aos débitos já inscritos em dívida ativa:**

"De igual modo, procedente a representação no quesito alusivo à solicitação de prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual, referente a débitos não inscritos em dívida ativa - item 6.1.2, alínea "d". **Cabe à Prefeitura de Araçariquama limitar a**

**prova de regularidade perante a Fazenda Estadual aos débitos inscritos na dívida ativa, vez que aqueles ainda não possuem os requisitos de certeza e liquidez aptos a lastrearem sua cobrança.** (SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Exame Prévio de Edital. TC-018419.989.18-1. Relator: Substituto de Conselheiro Valdenir Antonio Polizeli. Acórdão Publicado no DOE-SP de 02/10/2018.)”

Ainda, em Parecer da Procuradoria Jurídica do Município de São Paulo, no âmbito do processo TC 72.005.847/17-10, em trâmite perante o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, o órgão jurídico assim consignou:

“Analisando esses normativos, verifica-se que, na realidade, **O Estado de São Paulo optou apenas por restringir a análise da regularidade fiscal, para fins de habilitação em licitações, aos débitos tributários já inscritos na Dívida Ativa Estadual.** Assim, se um dado licitante tiver débitos para com a Fazenda Estadual, débitos estes já constituídos (art. 142 e ss do CTN), mas que ainda não tenham chegado ao ponto de serem inscritos na Dívida Ativa (art. 201 e ss do CTN), tal licitante não estaria em situação de irregularidade fiscal perante a Fazenda Estadual para fins de licitação. Apenas os licitantes que possuam débitos já inscritos na dívida ativa é que seriam, em tese, impedidos de se habilitar em licitações.”

Nesse mesmo sentido, através do voto da Conselheira Cristiana de Castro Moraes, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no âmbito do processo 25386.989.18-0, em Exame Prévio de Edital, cujo assunto era Representação formulada contra Edital de Concorrência da Prefeitura Municipal de Cubatão, julgou procedente o pedido da representante em relação a exigência da certidão de débitos não inscritos no Edital:

“Diante do exposto, nos estritos limites dos aspectos tratados, meu voto considera parcialmente procedente a representação, devendo a Prefeitura Municipal de Cubatão, alterar o edital, de modo a:

(...)

- excluir a solicitação de demonstração de regularidade perante a Fazenda Estadual em relação a débitos não inscritos em dívida ativa; e

(...)"

Vejamos também orientação da BEC (Bolsa Eletrônica de Compras de SP) acerca do tema. Eis o que é estabelecido como prova de regularidade com a Fazenda Estadual de São Paulo:

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

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

#### COORDENADORIA DE COMPRAS ELETRÔNICAS

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

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

Artigo 1º - O contribuinte estadual sediado no Estado de São Paulo para fins de validação de cadastro no Sistema Caufesp, deverá apresentar como prova de Regularidade Fiscal para com a

**Fazenda Estadual, a Certidão Negativa de Débitos Tributários Inscritos na Dívida Ativa emitida eletronicamente pela Procuradoria Geral do Estado, conforme disciplinado na Resolução Conjunta SF/PGE - 02, de 09-05-2013.**

Parágrafo único - A obtenção da certidão será possível por intermédio do endereço eletrônico [www.dividaativa.pge.sp.gov.br](http://www.dividaativa.pge.sp.gov.br).

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

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

Publicada no Diário Oficial - Poder Executivo - Seção I

Data: 02/11/2017

Página 42

Atenciosamente,

Centro de Gestão de Fornecedores – CGF”

Destarte, verifica-se que não se sustenta a exigência de Certidão Negativa de Débitos não inscritos. Essa exigência sequer deveria constar no Edital, muito menos deveria ser motivo de desclassificação da recorrente, sendo que ela ofereceu o melhor preço para a Administração. Essa é a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em todos os processos que tratam do tema, e essa é a orientação da própria Secretaria da Fazenda, órgão que emite as certidões.

A inabilitação da recorrente por falta da apresentação da certidão de débitos não inscritos afronta a Portaria da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e julgamentos do Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **A Administração não deve exigir algo que a lei não lhe permita.**

Hely Lopes Meirelles, pai do Direito Administrativo Brasileiro leciona que “Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. **Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.**”

Assim estabelece o Art. 29, da lei 8.666/93:

“A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

(...)

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

(...)”

Posto que, de acordo com a Portaria CAT-20 da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, a prova de regularidade de débitos para com a Fazenda Estadual consiste SOMENTE na certidão negativa (ou positiva com efeito de negativa) de débitos inscritos na dívida ativa emitida pela Procuradoria Geral do Estado, podemos concluir que essa é a ÚNICA certidão a ser requisitada para habilitação em certames licitatórios com o objetivo de atender o que estabelece a lei 8.666/93 no que se refere a prova de regularidade fiscal estadual. A outra certidão – de débitos não inscritos – não faz parte da prova de regularidade. Ao exigir esse documento, portanto, a Administração estaria exigindo algo não previsto em lei.

Dessa forma, a Administração deve desconsiderar qualquer menção no Edital a exigência de certidão de débitos não inscritos, uma vez que, como já foi reiteradamente demonstrada, sua exigência é ilegal.

Nesse sentido, a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte enunciado:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de **vícios que os tornam ilegais**, porque **deles não se originam direitos**; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

### III – DO PEDIDO

Desse modo, lastreada nas razões recursais, requer-se que a Sra. Pregoeira reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informados, à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93.

Caso a Administração não reforme a decisão de inabilitar a recorrente, não vemos outra alternativa que não seja a impetração de mandado de segurança a fim de que este Pregão seja anulado e retificado para que esteja de acordo com a lei, portarias, normas e jurisprudências dos órgãos competentes, de modo a não prejudicar nenhum potencial fornecedor através de exigências não fundamentadas.

Pela oportunidade, renova os protestos de estima e consideração e pede deferimento.

Pariquera-Açu, 17 de abril de 2023.

---

ULTRACOM COMERCIO E SERVIÇOS LTDA

VICTOR HUGO DE GODOI SIMONETTI

Sócio Administrador