DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 67/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/5603/2022
PROTOCOLO	: 2169019
ENTE	: MUNICÍPIO DE NOVO HORIZONTE DO SUL
JURISDICIONADO (A)	: MAURO CEZAR CAMARGO (GERENTE MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS) ALDENIR BARBOSA DO NASCIMENTO (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 5/2022, tipo menor preço por item, com sessão pública programada para 12/5/2022. O edital, lançado pela Administração Municipal de Novo Horizonte do Sul, tem como objeto o "Registro de Preços para eventuais e futuras aquisições de materiais de construção" (peça 11, fl. 451).

Examinados os documentos dos autos pela equipe da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP), esta concluiu que:

> *O* **fumus boni iuris** *está presente em razão do potencial risco de prejuízo ao erário que pode advir de contratação realizada com base nas seguintes irregularidades:* "1. Impossibilidade de verificação da adequada técnica quantitativa de estimação; 2. Prazo de entrega do objeto reduzido; 3. Ausência de objetividade quanto aos locais de entrega e 4. Exigência de comprovação de regularidade fiscal".
>
> *Diante da iminência da prática de ato potencialmente danoso à competição, que pode resultar em contratação desvantajosa e irregular em face da ocorrência da realização da sessão de recebimento das propostas em* ***12/05/2022****, resta igualmente caracterizado o* **periculum in mora***.*
>
> *Presentes, portanto, os requisitos para concessão da medida cautelar (risco de dano e prejuízo ao erário).* (Análise ANA - DFLCP - 3435/2022, peça 14, fls. 530-531, grifos conforme original)

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, registro que os autos chegaram ao meu gabinete em 11 de maio de 2022. E, no que refere aos aspectos doutrinários e à aplicação em concreto de regras processuais, pontuo que a medida cautelar é a medida provisória com vistas a afastar a iminência de um possível dano a um direito. Sua aplicação pelos Conselheiros deste Tribunal, inclusive de ofício, está positivada pelas regras dos

arts. 56, 57 e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e do art. 149 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018) – competência reconhecida também no âmbito judicial, no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA MS 26547 DF, em 23 de maio de 2007 (Publicação no DJ 29/05/2007 PP-00033, Processo n. 00853820060, Relator Ministro Celso de Melo).

Dito isso, na análise do controle prévio de editais de licitação, com base nas regras do art. 113, § 2º, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e dos arts. 150 a 157 do Regimento Interno, sempre submeto o exame de contratação pública, em sede de juízo liminar, ao crivo do atendimento de quatro requisitos fundamentais, a saber:

i) a **exigência de licitação** apropriada para cada caso, salvo as exceções infraconstitucionais específicas sobre dispensa e inexigibilidade, compreendendo em qualquer caso os atos e procedimentos típicos e os instrumentos formais compulsórios;

ii) a obrigatória busca da obtenção da **proposta mais vantajosa**, visando ao cumprimento do princípio constitucional da economicidade (CF, art. 70, *caput*);

iii) a efetiva aplicação do **princípio da isonomia**, que propicia a competitividade e, no lado oposto, veda a imposição de exigências que o restrinjam (CF, art. 37, XXI);

iv) a **razoabilidade concretamente motivada nas razões de decidir sobre as pendências surgidas e a utilidade da decisão** (segundo o regramento atual da LINDB);

Ademais, na análise dos requisitos citados, é necessário que o direito lesado esteja evidente, não dependendo de dilação de prova nem que seja necessário suscitar debate teórico sobre a sua existência, ou como ele deve ser interpretado, porque nessa hipótese o direito não é evidente.

Feitas essas considerações, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFLCP - 3435/2022 (peça 14, fls. 519-532).

1. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA ADEQUADA TÉCNICA QUANTITATIVA DE ESTIMAÇÃO

A divisão apontou que a carência ou subjetividade das informações envolvendo os quantitativos a serem licitados pode prejudicar a transparência e a competitividade do certame (peça 14, fl. 521). Segundo ela:

> *(...) o item 5 do ETP [Estudo Técnico Preliminar] (f. 22), trata da análise da demanda de consumos anteriores, onde consta a informação de que a referida estimativa* **"foi auferida com base nas necessidades elencadas pelas gerências desta municipalidade, foram feitas**

alterações drásticas para melhor atender as gerências".

> *No entanto, o que se verifica é que a Administração não evidenciou ou ao menos não encaminhou a esta Corte de Contas os elementos que pudessem demonstrar o efetivo consumo da Administração dos anos anteriores, conforme mencionado.*
>
> *Dessa forma, não restando evidenciado nos autos os elementos necessários a subsidiar os quantitativos demandados, não há como averiguar se o quantitativo demandado pela Prefeitura de fato irá atender suas necessidades no decorrer da vigência da Ata de Registro de Preços (...)*
>
> *(...)*
>
> *Assim, inobstante o zelo empregado na elaboração do estudo técnico preliminar apresentado, resta prejudicada a demonstração da metodologia adotada pelo Município de Novo Horizonte [do Sul], já que o quantitativo previsto não está devidamente acompanhado das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte*. (peça 14, fls. 520-521, grifos conforme original)

De fato, seria possível uma estimação de quantitativo mais fundamentada. No entanto, discordo da divisão quanto à necessidade de suspensão do certame por essa razão, pois, a meu ver, não é possível deixar de pressupor, pelo menos em sede de cognição sumária, que o município tenha demandado a quantidade adequada, principalmente pela experiência de licitações anteriores.

Cumpre frisar que, para suspender o certame, é indispensável a existência de elementos capazes de demonstrar que os quantitativos previstos estão **evidentemente** distantes da necessidade do município, o que não é o caso dos autos.

Além disso, é ainda mais significativo que a licitação foi realizada com vistas ao registro de preços para aquisição eventual e futura. O Sistema de Registro de Preços (SRP), compreendendo a fase licitatória e o subsequente registro de preços em ata, é especialmente destinado a oferecer facilidade e agilidade para posteriores aquisições fracionadas de bens e serviços comuns, conforme a demanda da Administração, sem a necessidade de formação de estoques ou de aquisição de tais bens em quantidade maior do que a estritamente consumível ou utilizável em determinado período.

Em relação aos benefícios da utilização do SRP (dizendo como reforço de argumento), as regras do Decreto (federal) n. 7.892, de 2013, regulamentadoras da Lei n. 8.666, de 1993, para a Administração federal – e que não são aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios –, estabelecem, pelas disposições abaixo transcritas, os casos ou situações em que poderá ser adotado o SRP:

> *Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses: I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de*

> *serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou IV -* ***quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.***

Nesse sentido, o Ministro Benjamin Zymler, do TCU, em trecho de voto proferido no julgamento ocorrido em 2/9/2015, sendo ele o relator, que ensejou o Acórdão n. 2197/2015-Plenário, TC 028.924/2014-2, firmou os seguintes argumentos:

> *10. (...) a utilização do Sistema de Registro de Preços é adequada em situações como a que se encontra sob comento, ou seja, quando a demanda é incerta, seja em relação a sua ocorrência, seja no que concerne à quantidade de bens a ser demandada. Afinal, não faria sentido realizar uma estimativa prévia e, com base nela, efetivar um processo licitatório, no qual tenham sido definidas quantidades exatas a serem adquiridas, sem saber nem se essas aquisições serão efetivamente necessárias. Num cenário bastante plausível, poderia haver a compra de bens que não seriam necessários.*

Assim, mesmo havendo a necessidade de certa programação, o SRP pode ser utilizado diante da **dificuldade ou inviabilidade de se determinar com precisão a demanda do órgão licitante e, consequentemente, os quantitativos que serão adquiridos após a licitação**. Essa imprecisão é uma das principais características do SRP e é considerada pelos competidores na formação de suas propostas e lances. Impor rigor acentuado ou extremo na quantificação da demanda ocasiona, em última análise, a negação ou o abandono do SRP, impedindo o alcance do melhor resultado administrativo, operacional e econômico pela Administração pública.

Ante o exposto, tenho que a estimativa de quantitativos, na forma como estipulada no procedimento licitatório em exame, não traz nenhuma lesão evidente ao direito dos competidores, muito menos ao interesse público.

2. PRAZO DE ENTREGA REDUZIDO

De acordo com o verificado pela divisão (peça 14, fl. 521), o item 20.1 do edital (peça 11, 469) estabeleceu um prazo de entrega de apenas 24 (vinte e quatro) horas para entregar os materiais nas quantidades solicitadas. Em sua análise, a equipe técnica defendeu que:

> *(...) a manutenção de um prazo tão curto exigiria que os fornecedores dispusessem de estoques permanentes para atender o município, isso sem contar, o tempo necessário para realização dos procedimentos inerentes a logística de entrega, o que na prática acaba afastando os possíveis interessados sediados em outras localidades. (peça 14, fl. 522)*

Assiste razão à equipe técnica. O prazo entre a requisição e a entrega dos materiais – salvo justificativa devidamente comprovada nos autos do processo licitatório – deve ser suficiente para o fornecedor providenciar os itens e planejar a logística de entrega. Não se mostra razoável a exigência de prazo de entrega que de alguma forma dificulta a participação de todos os interessados no certame, pois isso **prejudica o caráter competitivo** e privilegia fornecedores locais. Nesse sentido têm entendido os Tribunais de Contas. Cito abaixo alguns precedentes:

> *REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93. **PRAZO DE ENTREGA EXÍGUO. PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE**. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DA AVALIAÇÃO DOS PRODUTOS. RESPONSABILIDADE. PREGOEIRA. SUBSCRITORA DO EDITAL. PARECERISTA. ERRO GROSSEIRO E INESCUSÁVEL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA E DETERMINAÇÕES. (TCE-PR 72443418, Relator: FABIO DE SOUZA CAMARGO, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/07/2019)*

> *EMENTA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PREGÃO PRESENCIAL AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS ATA DE REGISTRODE PREÇOS EDITAL NÃO DISPONIBILIZADO NA INTERNET DIVISÃO DO OBJETO EM SETE LOTES SEM IDENTIFICAR LOCAL DE ENTREGA **PRAZO DE ENTREGA EXÍGUO RESTRITIVIDADE NA COMPETIÇÃO** PROPOSTAS DE PREÇOS INCOMPLETAS NÃO OBSERVAÇÃO AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO AUSÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL EXIGIDO NO EDITAL APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS PERANTE A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL FALTA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS PERANTE A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL NÃO DESTINAÇÃO DE LOTES EXCLUSIVOS PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE IRREGULARIDADE MULTA (TCE-MS - ATA DE REGISTRO DE PREÇO / ADMINISTRATIVO: 121832019 MS 2005529, Relator: MARCIO CAMPOS MONTEIRO, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2956, de 29/09/2021)*

3. AUSÊNCIA DE OBJETIVIDADE QUANTO AOS LOCAIS DE ENTREGA

O edital estabelece que os materiais solicitados deverão ser entregues no local indicado pelo Departamento de Compras (item 20.1, peça 11, fl. 469). Em razão disso, a divisão pontuou que:

> *(...) em que pese se tratar de um município com uma área urbana não extensa, a definição do local de entrega é parte do custo do fornecedor, haja vista as despesas com transporte, bem como a participação de diversas gerências na presente aquisição, compreendendo-se que a definição do exato local da entrega dos materiais não pode ser relegada a* posteriori*, posto que (sic) tal omissão poderá afetar o caráter competitivo do certame.*
>
> *Inclusive, cita-se recente entendimento desta Casa de Contas, por meio da Decisão Liminar DLM – G.FEK – 65/2022 (TC/5660/2022), em situação semelhante, o conselheiro relator considerou que de fato, referida omissão, pode sim afetar o caráter competitivo do certame.* (peça 14, fls.

522-523)

De fato, ao proferir a Decisão Liminar DLM – G.FEK – 65/2022, suspendi cautelarmente o andamento do pregão presencial porque o edital apresentava prazo de entrega exíguo para os itens licitados. No entanto, é fundamental fazer-se o *distinguishing* entre o caso destes autos e o apreciado na referida decisão liminar. Dois pontos fundamentais daquele certame não estão presentes no caso em exame, a saber:

- por se tratar de aquisição de gêneros alimentícios para merenda escolar, existe **alta previsibilidade** em relação à frequência das entregas, uma vez que a merenda deve ser fornecida em todos os dias letivos (com exceção daqueles em que não há aula) e em relação ao local de entrega, uma vez que esta deve ser realizada em todas as escolas do município (ou em um ponto central estabelecido pela Administração);
- caso a entrega seja feita em cada escola do município, a **existência de escolas rurais**, que podem não ser de conhecimento do participante do certame, impactam o custo do fornecimento de forma muito mais acentuada, em razão da distância a ser percorrida (e geralmente percorrida várias vezes por semana, em razão do itens perecíveis) – muito maior quando a entrega é feita no perímetro rural do que quando é feita no perímetro urbano.

Pela ausência dos pontos acima e pelo fato de se tratar de município pequeno (cerca de 3 mil e quinhentos habitantes[1] e área territorial de 849,190 km^2), parece-me frágil, no caso aqui examinado, a tese de que a ausência de objetividade quanto aos locais de entrega tenha influência na formação dos preços a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame.

4. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL

Nesse ponto, a equipe considerou que a regularidade fiscal exigida extrapolou aquilo que é considerado necessário pelas normas jurídicas, restringindo, portanto, o caráter competitivo do certame. Em seu entendimento, "em observância à proporcionalidade, a exigência de regularidade fiscal, com exceção da Fazenda Nacional, deve estar circunscrita aos tributos devidos à Fazenda Pública interessada, ou seja, os tributos que tenham relação com a atividade contratada e/ou objeto licitado" (peça 14, fl. 163, grifos conforme original).

Ocorre que, como foi apontado pela própria divisão (peça 14, fl. 523), os entendimentos acerca dessa matéria não estão sedimentados, inclusive nesta Casa de Contas. Vanessa Capistrano Cavalcante[3] esclarece que:

[1] IBGE: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?=&t=resultados> Acesso em 12/5/2022, às 11h28.
[2] IBGE: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ms/novo-horizonte-do-sul.html> Acesso em 12/5/2022, às 11h31.
[3] CAVALCANTE. Vanessa Capistrano. Análise jurídica da exigência da regularidade fiscal na fase de habilitação no âmbito das licitações públicas. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em:

> *A exigência da regularidade fiscal nesse sentido, trata-se de tema divergente ocasionando calorosos debates em sede doutrinária. Uma primeira corrente defende a constitucionalidade da exigência, principalmente, ao considerar injusta a possibilidade de relação jurídica benéfica com o Poder Público enquanto descumpre suas respectivas obrigações tributárias, bem como a manifestação do Constituinte Originário ao estabelecer que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público.*
>
> *De outra banda, a exigência da regularidade fiscal nos moldes como foi realizada pela Lei 8.666/93, na qual esta é exigida mesmo com relação a entidade federativa diversa da qual se pretende firmar o futuro contrato administrativo, seria imposição dotada de flagrante desproporcionalidade, bem como configuraria forma de sanção política.*

Sobre o tema, Rony Charles Lopes de Torres assevera que:

> *Na verdade, esse embate envolve uma discussão acerca do real sentido da norma e sua função. Deve-se questionar: qual o motivo para que se justifique o empecilho à competitividade, pela exigência de prova de regularidade fiscal? Seria uma política de utilização de prerrogativa de contratar com o Poder Público, como um benefício que não deve ser auferido pelos devedores de tributos? Essa condição de devedor deve ser aferida sob que parâmetros? Em relação a todos os tributos? Apenas em função daqueles relacionados ao objeto da contratação? De acordo com a competência tributária do ente realizador do certame?*
>
> *Sendo razoável, o empecilho à competitividade, pela exigência da regularidade fiscal, é algo constitucionalmente permitido, exteriorizando uma política fiscal e promocional do Estado. Ele estabelece regras de habilitação que beneficiam aqueles detentores de certa regularidade com o fisco. A questão mais trabalhosa é a de estabelecer os limites e parâmetros para tal aferição.* (TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 419-420.)

Dessa forma, sendo controversa a questão da regularidade fiscal, inexiste um dos aspectos fundamentais para a concessão de medida cautelar, que é a necessidade de o direito lesado ser evidente.

Cabe ainda registrar que, por se tratar de apreciação em cognição sumária, as manifestações aqui contidas não constituem hipótese de legalidade do referido procedimento licitatório (e dos atos dele decorrentes), podendo este Tribunal examinar posteriormente o feito, nos termos do art. 156 da Resolução TCE/MS n.º 98/2018, *in verbis*:

> *Art. 156. A ausência de manifestação do Tribunal sobre o edital de licitação não impede o exame posterior do respectivo procedimento licitatório, nem constitui pressuposto de sua legalidade ou conformidade com a lei.*

< https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/analise-juridica-da-exigencia-da-regularidade-fiscal-na-fase-de-habilitacao-no-ambito-das-licitacoes-publicas/> Acesso em 8/3/2022.

Por fim, concluo que as ponderações que aqui expus indicam que o edital do Pregão Presencial n. 5/2022, ao prever **prazo exíguo entre a requisição de materiais e a sua entrega** (item 20.1, peça 11, 469), coloca em risco **a busca da proposta mais vantajosa** (decorrente do princípio constitucional da economicidade – CF, art. 70, *caput*) e **a efetiva aplicação do princípio da isonomia** (que propicia a competitividade e, no lado oposto, veda a imposição de exigências que a restrinjam – CF, art. 37, XXI). Em razão disso, decido no sentido de:

I - aplicar medida cautelar para:

a) que seja imediatamente suspenso o andamento do Pregão Presencial n. 5/2022, e vedado o prosseguimento dos atos dele decorrentes, especialmente quanto à adjudicação e à homologação do referido certame, até que esta medida cautelar seja julgada ou revogada;

b) que, no caso, de já haver sido homologado o objeto da licitação, que não seja assinado o contrato;

II - determinar:

a) a intimação do Prefeito Municipal de Novo Horizonte do Sul, senhor Aldenir Barbosa do Nascimento, e Mauro Cezar Camargo, Gerente Municipal de Administração e Finanças, para que eles, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da data da ciência do ato, exponham as razões que entenderem úteis ou necessárias sobre o que está indicado na Análise ANA - DFLCP - 3435/2022 e nesta decisão ou para que, caso venham a anular definitivamente o Pregão Presencial n. 5/2022, encaminhem o comprovante de anulação a este Tribunal;

b) o encaminhamento, junto com a intimação ao Prefeito Municipal e ao Gerente Municipal de Administração e Finanças, de cópias da Análise ANA - DFLCP - 3435/2022 e desta decisão;

c) que a intimação seja feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 12 de maio de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij