DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 86/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/3589/2022
PROTOCOLO	: 2161465
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBAS DO RIO PARDO
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: MANOEL APARECIDO DOS ANJOS
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO – CONCORRÊNCIA – CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIA DE PUBLICIDADE – IMPROPRIEDADES FORMAIS – MEDIDA CAUTELAR NEGADA – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de **Controle Prévio** exercido pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 18), com apontamento de supostas irregularidades no procedimento licitatório na modalidade de **Concorrência nº 1/2022**, instaurado pelo **Município de Ribas do Rio Pardo/MS**, tendo como objeto a contratação de agência de publicidade, no valor estimado de **R$ 500.000,00** (quinhentos mil reais).

Relevante destacar que a referida licitação já aconteceu em 10/05/2022, tendo havido a participação solitária da empresa Think Service Designe Ltda, conforme informação do jurisdicionado (peça 24).

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar medida cautelar (peça 19), o que passa a fazer agora.

Instado a se manifestar, através do Despacho **DSP-G.WNB-11334/2022**, o jurisdicionado apresentou defesa do procedimento licitatório em 31/05/2022 (peças 24-27).

Eis o breve relatório. Passo à decisão.

Inicialmente, esclareço que neste juízo de cognição sumária será observado o **Princípio da Verdade Material**, que vigora no processo de contas, analisando-se substancialmente se as "irregularidades" apontadas pela Divisão Especializada prejudicaram a competitividade e economicidade da Concorrência nº 1/2022, do Município de Ribas do Rio Pardo/MS, ou se foram meras "impropriedades formais".

Também será vetor desta análise o **Princípio da Razoabilidade**, previsto no art. 5º, LIV, da CF, como decorrência do Devido Processo Legal em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*). Em decorrência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, o Princípio da Razoabilidade passou a ter grande importância nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial. A LINDB renovada abusa de termos como "necessidade e adequação da medida imposta" (Parágrafo único do art. 20), "modo proporcional e equânime" (Parágrafo único do art. 21) ou "natureza e gravidade da infração" e "circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente" (§ 2º do art. 22).

E especificamente o *caput* do art. 22 da LINDB oferta um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

Em sua análise, a Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias apontou as seguintes irregularidades:

> ***1- Descumprimento do quantitativo de profissionais para o sorteio e constituição da Subcomissão***

Técnica;

2- Exigência de regularidade fiscal em desconformidade;

3- Atestado de qualificação técnica – ausência de critérios objetivos;

4- Faculdade prevista no item 5.1.9 da minuta do contrato, sobre divulgação em site específico, ofende o art. 16 da Lei 12.232/2010.

Na resposta à intimação, o jurisdicionado alegou que as supostas impropriedades citadas acima não geraram qualquer tipo de prejuízo ao certame licitatório. Argumentou, em síntese, que fez a devida convocação editalícia e que não tem responsabilidade por apenas cinco interessados em participar da Subcomissão Técnica; que é adequada a regularidade fiscal exigida em consonância com o Princípio da Isonomia; que a exigência de qualificação técnica foi suficiente para evitar restrição à competitividade; e que a incongruência do item 5.1.9 do contrato foi corrigida pela administração.

Inicialmente, é preciso reconhecer que as impropriedades listadas pela Divisão Especializada são erros meramente formais e que, aparentemente, não geraram prejuízo ao procedimento licitatório.

Observo, quanto ao **item 1** acima, que assiste razão à Divisão Especializada, pois houve descumprimento do quantitativo de escalados para o sorteio de formação da Subcomissão Técnica fixado na cláusula 19 do Edital, que previu 9 profissionais (6 com vínculo com o anunciante e 3 sem vínculo), em consonância com o § 2º do art. 10 da Lei 12.232/2010.

Em sua resposta, o jurisdicionado se desresponsabilizou por apenas 5 profissionais terem se interessado em participar da subcomissão. Essa justificativa, porém, não pode ser acolhida, pois no número mínimo de 9

interessados há 6 que, conforme o Edital, são indicados pelo anunciante (administração municipal). Não existe o menor sentido na administração, que faz as regras do Edital, se responsabilizar por indicar 6 para a relação pré-sorteio e depois dizer que não tem essa quantidade em seus quadros.

Some-se a isso que a municipalidade ainda poderia optar pela regra do § 3º do art. 10 da Lei 12.232/2010, que prevê que "nas contratações de valor estimado em até 10 (dez) vezes o limite previsto na alínea *a* do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a relação prevista no § 2º deste artigo terá, no mínimo, o dobro do número de integrantes da subcomissão técnica e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação."

Não obstante, observo que, essencialmente, a subcomissão técnica foi composta por três membros e dois suplentes, sendo respeitado o mínimo de 1/3 de profissionais sem vínculo com a administração municipal. Aqui, portanto, basta **recomendação** para que a Prefeitura Municipal de Ribas do Rio Pardo aperfeiçoe os próximos editais em licitações deste tipo na definição do número de integrantes da relação pré-sorteio.

Quanto ao **item 2**, realmente a exigência de Certidão Negativa de Débitos é muito genérica e pode gerar irregularidade quando não compatível com o **ramo de atividade** que está sendo licitado, devendo ser conjugada a intepretação do inciso III do art. 29 com o inciso II do mesmo artigo da Lei nº 8.666/93.

No entanto, esse termo genérico tem sido comumente utilizado nas licitações dos entes federativos e órgãos públicos. O que não se admite é, por exemplo, a exigência de regularidade em relação ao IPTU quando o ramo de atividade licitado é prestação de serviço ou compra de bens móveis.

A esse respeito já de há muito o mestre Marçal Justen Filho tem ensinado que: "... a existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da "Fazenda" (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. **O que se demanda é**

que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontra-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpre obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 418.)

Relevante destacar que não haverá qualquer ofensa ao **Princípio da Isonomia** em se exigir mais ou menos documentos em matéria de regularidade fiscal, desde que a legislação permita e o Edital preveja. O foco que deve ser privilegiado é relativo ao **Princípio da Competitividade**, posto que quanto menos exigências, mais interessados estarão aptos a participar dos certames licitatórios. Questão referente a tributos não adimplidos, mas que não se referem ao ramo de atividade a ser contratado pela administração, deve ser tratada em outra seara, a Execução Fiscal.

Inobstante, aqui não há uma evidente irregularidade, mas imprecisão quanto à exigência de regularidade fiscal, bastando **recomendação** ao jurisdicionado para aprimorar as próximas licitações, fazendo referência ao exercício de atividade relacionada com o objeto.

Já o **item 3** diz respeito à falta de critérios objetivos na exigência de qualificação técnica. Realmente não há no Edital e seus Anexos qualquer parâmetro quantitativo em relação à exigência de Atestados de Capacidade Técnica. Esse parâmetro é exigência da Lei nº 8.666/93, como se vê a seguir (grifo nosso):

> *Art. 30. A documentação relativa à **qualificação técnica** limitar-se-á a:*
>
> *...*
>
> *II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, **quantidades** e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponí-*

> *veis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*

Sem a definição da quantidade mínima para comprovação da experiência anterior em relação ao objeto licitado, que deve ser restrita ao máximo de 50%, conforme a jurisprudência dos tribunais de contas, a administração pública pode acabar contratando quem não tem aptidão dimensional para a execução do serviço.

Contudo, por não ter havido um critério quantitativo de habilitação técnica, toda e qualquer empresa do ramo que comprovasse que prestou serviços com características similares (item 17.1.4.1 do Edital) estaria apta, e a essência da licitação (ampla competitividade) estaria assegurada. Aqui também basta **recomendação** ao jurisdicionado para observar a exigência legal de estabelecimento de quantitativos mínimos nas próximas licitações.

Quanto ao **item 4**, a Prefeitura Municipal de Ribas do Rio Pardo se comprometeu a corrigir a incongruência do item 5.1.9 do contrato, tendo inclusive enviado uma cópia com a minuta alterada, substituindo a palavra “poderá” por “será”, e obrigando, desta forma, a contratada a divulgar, no site aberto pela contratante, informações sobre a execução do objeto, acabando com a facultatividade. Neste item houve o **saneamento da irregularidade apontada**.

A Divisão Especializada chegou a apontar, ainda, o suposto desrespeito ao parágrafo 1º do art. 4º da Lei 12.232/2010, que prescreve que o certificado de qualificação técnica previsto em seu caput será obtido perante o Conselho Executivo das Normas Padrão - CENP, **ou por entidade equivalente**, posto que não foi previsto no Edital essa alternatividade. Ocorre, porém, que não há notícia de criação de entidade equivalente ao CENP em matéria de auto normatização da atividade publicitária.

Por fim, tendo em vista que apenas uma empresa participou desta Concorrência e visando a **ampliação da competitividade**, insta **recomendar** ao jurisdicionado que opte pela realização de licitações deste tipo na **modalidade**

eletrônica, como previsto na Nova Lei de Licitações (art. 17, § 2º, da Lei nº 14.1333/2021).

Assim, em sede de cognição perfunctória, **não há elementos nos autos que possam obstar o procedimento licitatório e contratação decorrente**, até mesmo porque pode haver dano inverso, com paralisação nos serviços da divulgação de informações públicas aos munícipes.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **INDEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA Nº 1/2022, DA HOMOLOGAÇÃO DA CONTRATAÇÃO OU SUA EXECUÇÃO PELO MUNICÍPIO DE RIBAS DO RIO PARDO/MS**, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITC/MS.

Outrossim, **RECOMENDO** ao jurisdicionado que promova as alterações acima abordadas nas próximas licitações.

Após a publicação desta decisão, encaminhem-se os autos à Divisão de Fiscalização em Licitações, Contratos e Parcerias e ao Ministério Público de Contas.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 02 de junho de 2022.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2022-06