DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 133/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/13676/2022
PROTOCOLO	: 2199972
ENTE	: MUNICÍPIO DE ANGÉLICA
JURISDICIONADO (A)	: EDISON CASSUCI FERREIRA (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 17/2022, lançado pela Administração municipal de Angélica, com vistas ao registro de preços para locação de máquinas e veículos (peça 10, fl. 86).

Examinados os documentos dos autos pela equipe da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP), esta concluiu pela necessidade de concessão de medida cautelar para suspender o certame, pelos seguintes motivos (Análise ANA - DFLCP - 6961/2022, peça 13):

1. ausência de comparativo entre as soluções existentes no mercado de modo a justificar que a solução escolhida é a mais adequada (fls. 138-139);
2. ausência de orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários dos serviços a serem prestados (fls. 139-141);
3. contratação de mão de obra inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do Município (fls. 141-144);
4. ausência de publicação de lei sobre cargos e salários no portal da transparência (fl. 144);
5. exigência demasiada quanto à comprovação da regularidade fiscal (fls. 145-148).

Antes de iniciar o exame dos apontamentos da divisão, é importante registrar que, 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 **proposta mais vantajosa** para a Administração, em cumprimento ao 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 a restrinjam (CF, art. 37, XXI)[1];

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 a lesão ao direito seja evidente – não dependendo de dilação de prova ou de debate teórico sobre a existência (ou interpretação) do direito lesado, pois, se assim o for, a lesão ao direito não é evidente.

Feitas essas considerações, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFLCP - 6961/2022 (peça 13, fls. 137-150).

1. Ausência de comparativo entre as soluções existentes no mercado de modo a justificar que a solução escolhida é a mais adequada

A divisão apontou que não há nos autos um levantamento que revelasse que as soluções disponíveis no mercado (locação ou a aquisição de veículos/maquinários) foram efetivamente avaliadas, o que impede a comprovação de que o modelo de contratação escolhido é o mais viável para a Administração (peça 13, fl. 138). A equipe técnica argumenta que:

> A compra ou a locação de veículos deve sempre ser baseada em critérios técnicos de economicidade e que contemplem os diversos aspectos que influenciam a vida útil de sua frota, garantindo maior transparência. A título de exemplo, os cálculos devem levar em consideração a manutenção, peças, óleo, revisões, gastos com IPVA, Licenciamento, pneus, seguros, depreciação dos bens e tempo de uso médio em relação aos valores de aluguel.
>
> Contudo, diante da ausência de tal levantamento, não restou demonstrado que a solução adotada pela Administração foi de fato a melhor escolha, em detrimento a outra possível solução de mercado, aquisição de veículos. (peça 13, fl. 139)

De fato, a Administração, ao planejar a licitação, deve promover um estudo aprofundado das soluções disponíveis no mercado, a fim de obter a contratação que se mostra mais vantajosa para o caso concreto. No estudo técnico preliminar que antecedeu o edital, justifica-se que:

> A contratação desta modalidade (locação) de serviço é demonstrada mais vantajosa por vários estudos que a confrontam contra sua alternativa, que seria a aquisição. Esta demandaria a compra do bem, sua manutenção, gestão operacional mais complexa (incluindo contratação- de seguros,

[1] Art. 37 (...) (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

> administração de multas, controles diversos), desmobilização do bem adquirido ao fim de sua vida útil. Implicaria também na contratação e gestão de pessoal, entre outros. A contratação do serviço por outro lado, gera a otimização do tempo de trabalho, tomando mais ágil o atendimento às demandas da Secretaria, e consequentemente da população, pois possibilita sempre o uso de equipamentos revisados e que são substituídos imediatamente em caso de defeito ou sinistro. (peça 2, fls. 13-14)

Nota-se que faltou, no estudo técnico preliminar, a confrontação dos gastos a serem dispendidos entre as soluções disponíveis. No entanto, para a suspensão cautelar do certame, em razão da natureza sumária deste exame, é necessário que o direito lesado seja evidente, não dependendo de dilação de prova. E, no presente caso, não há elementos suficientes que levem à conclusão inequívoca de que a solução escolhida pela Administração é inadequada. Pelo contrário, a experiência demonstra que, na maioria dos casos, a locação é a solução mais vantajosa para a Administração, justamente pelas razões apresentadas no estudo técnico preliminar.

2. Ausência de orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários dos serviços a serem prestados

A equipe técnica constatou que não constam dos autos a planilha da composição dos quantitativos e preços unitários a serem prestados. Segundo ela, essa planilha é obrigatória porque:

> (...) quem define o objeto deve ter, entre as suas atribuições, a obrigação de detalhar todos os insumos e materiais que serão utilizados na execução do objeto.
>
> a composição dos custos unitários do serviço a ser contratado fornece-nos parâmetros mais claros para verificar a formação do preço final e confrontar com o preço de mercado a fim de verificar a adequação das propostas apresentadas.
>
> Registra-se ainda que é de extrema importância a elaboração de uma planilha criteriosa e detalhada durante o processo licitatório, evitando problemas durante a execução dos contratos e facilitando a análise da Administração Pública, principalmente quando houver alterações contratuais. (peça 13, fl. 140)

Tal entendimento, explica a DFLCP, está consoante com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, exemplificando com o Acórdão 2055/2013 - Plenário, Relator Benjamin Zymler, transcrito a seguir:

> A contratação de serviços sem a previsão da devida remuneração da parte contratada, ou sem a previsão no orçamento de todos os quantitativos e respectivos custos, viola o art. 7º, § 2º, inciso II, e § 4º, da Lei 8.666/1993 e o art. 3º, inciso III, da Lei 10.520/2002.

Tenho que assiste razão à equipe técnica. Além dos argumentos por ela apresentados, reforço que a planilha da composição dos quantitativos e preços unitários é inafastável no presente caso, pois é fundamental, para garantir a

economicidade e vantajosidade na contratação (e especialmente em futuros reequilíbrios e aditivos contratuais) que a Administração tenha conhecimento do impacto de cada insumo na composição final do preço.

Ao julgado trazido pela equipe técnica, acrescento os seguintes precedentes:

> EMENTA: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. 1. PREVISÃO, NA MINUTA CONTRATUAL, DE EXECUÇÃO DE GARANTIA EM CASO DE RESCISÃO DA AVENÇA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O EDITAL E A MINUTA CONTRATUAL. PROCEDÊNCIA. 2. INEXISTÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHAS DE QUANTITATIVOS E PREÇOS UNITÁRIOS EM ANEXO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – INFRAÇÃO AO ARTIGO 40, § 2º, INCISO II, DA LEI Nº 8.666/93 – INFORMAÇÕES QUE DIMENSIONAM O OBJETO A SER LICITADO E POSSIBILITAM QUE A ADMINISTRAÇÃO DISPONHA DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES PARA AFERIR A COMPATIB ILIDADE E A EXEQUIB ILIDADE DOS PREÇOS OFERTADOS PELOS LICITANTES. (...). 2. O instrumento convocatório deve trazer, como anexo obrigatório, nos termos do art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, planilhas orçamentárias detalhando a composição do preço final do objeto, bem como seus custos unitários, a fim de que os interessados possuam conhecimento acerca da dimensão do objeto a ser licitado, possibilitando a análise da viabilidade de sua participação no certame, assim como para que a própria Administração disponha de informações suficientes para aferir a compatibilidade e a exequibilidade dos preços ofertados pelos licitantes. 3. Procedência, determinações e recomendação. (Acórdão nº 5116/15 – Tribunal Pleno. Processo nº 896822/13, rel. Cons. José Durval Mattos do Amaral).
>
> **Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame** . Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo. (...). (Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão nº 114/2007. Rel. Min. Benjamin Zymler. Grifos conforme original)
>
> Tomada de contas extraordinária. Comunicação de Irregularidade. Pregão Presencial nº 05/2018. Ausência de publicidade adequada. Inexistência de motivação e especificação inadequada do objeto. Falta de planilha de custos e pesquisa de preços inadequada. Suposto sobrepreço. Impossibilidade de aferição. Pela parcial procedência, com aplicação de multas. Recomendação. (TCE-PR 57632018, Relator: IVENS ZSCHOERPER LINHARES, Segunda Câmara, Data de Publicação: 18/09/2019)

Portanto, vejo estar demonstrado, no que se refere a este item, o risco de dano de difícil reparação se levado a cabo o certame aqui examinado.

3. Contratação de mão de obra inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do Município

Nas atividades executadas por terceiros, a equipe técnica observou que:

> [é] essencial que se verifique a correspondência ou não com o plano de cargos e salários do órgão e/ou entidade, para que não haja a contratação de mais terceirizados do que servidores concursados; e para que não sejam terceirizadas as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano, exceto se houver disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. (peça 13, fl. 142)

Em que pese a constatação acima, não verifiquei elementos sólidos o suficiente para a concessão de medida cautelar. Como consta no próprio trecho transcrito acima, é essencial **que se verifique** a correspondência ou não com o plano de cargos. Também consta na análise que "as informações disponibilizadas no portal de transparência do munícipio estão divergentes" (peça 13, fl. 144).

Diante disso, a tese de que "se trata de contratação de empresa com a finalidade de disponibilizar mão de obra, em vez de o Município contratar pessoal diretamente" (peça 13, fl. 144) é precária, carece de dilação de prova, o que não é compatível com o juízo sumário.

4. Ausência de publicação de lei sobre cargos e salários no portal da transparência

Consta na análise que:

> (...) não se encontram disponíveis informações claras e atualizadas sobre os atos normativos daquele município em afronta ao que estabelece a Lei Federal n. 15.527 de 18/11/2018, que regula o acesso a informações previstas na Constituição Federal (inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do § 3º do art. 37 e § 2º do art. 216). (peça 13, fl. 144)

Tenho que este ponto não interfere na busca da **proposta mais vantajosa** para a Administração, em cumprimento ao princípio constitucional da economicidade. Tampouco obsta a efetiva aplicação do **princípio da isonomia**, que propicia a competitividade e, no lado oposto, veda a imposição de exigências que a restrinjam.

Além disso, ainda que a falta de atualização do portal da transparência configure uma irregularidade, não se trata de um item a ser examinado neste processo.

Sendo assim não, vejo, neste item, fundamento para aplicação de medida liminar.

5. Exigência demasiada quanto à comprovação da regularidade fiscal

Segundo os auditores, houve uma exigência que compromete o caráter competitivo do certame, uma vez que o objeto se refere à prestação de serviços e o edital de licitação exige certidão negativa de todos os tributos de competência estadual e municipal, que compreende créditos tributários relativos também a débitos imobiliários, o que não guarda qualquer relação e compatibilidade com o ramo do objeto licitado (peça 13, fl. 145).

Ocorre que, os entendimentos acerca dessa matéria não estão sedimentados, inclusive nesta Casa de Contas. Vanessa Capistrano Cavalcante[2] esclarece que:

> *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.)

Como forma de exemplificar essa controversa, reproduzo abaixo alguns julgados deste Tribunal:

---

[2] CAVALCANTE. Vanessa Capistrano. Análise jurídica da exigência da regularidade fiscal na fase de habilitação no âmbito das licitações públicas. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < 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 11/8/2022.

A exigência de regularidade com apresentação de “Certidão de Tributos” 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, como bem apontou a Divisão de Fiscalização.

Esse termo genérico tem sido comumente utilizado em licitações. Contudo, oque 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.

(...)

Assim, aqui há uma evidente imprecisão no termo utilizado pelo jurisdicionado e depois na supressão integral do dispositivo sobre tributação municipal, sendo, porém, suficiente **recomendação** para que o jurisdicionado aprimore as próximas licitações, fazendo referência ao exercício de atividade relacionada com o objeto quando exigir certidão negativa tributária. (DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB -24/2022. Processo TC/10091/2021. Relator: Conselheiro Waldir Neves Barbosa. Grifos conforme original)

Antes de mais nada, faz-se necessário transcrever o artigo 29 da Lei n.º 8.666/93, que dispõe sobre a documentação referente à regularidade fiscal:

> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:
> (...)
> II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
> 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;
> (...)

(...)

Com efeito, tratando-se de incisos posicionados em fila indiana, e partindo de uma interpretação finalística-teleológica da norma, constata-se que a intenção do legislador foi exatamente a de relacionar a primeira certidão ao objeto da licitação, e não o fazê-lo (sic) em relação à certidão tributária.

Impende frisar, neste ponto, que existem vozes em sentido contrário, ou seja, que doutrinam por associar todas as provas de regularidade fiscal ao objeto contratual.

Por isso, dada a controvérsia doutrinária que envolve a temática, e levando em consideração que o Edital adotou uma interpretação literal e teleológica do artigo 29, tal qual acima descrita, **não há irregularidade nesse sentido, capaz de obstar o prosseguimento das fases licitatórias**. (DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM -143/2021. Processo TC/12635/2021.Relator: Conselheiro Márcio Monteiro. Grifos adicionados)

(...) o indício da irregularidade apontada restou materializado pela exigência contida no edital (item 8.1.2, d), de que para habilitação no certame os licitantes deverão apresentar:

> "Prova de regularidade com a Fazenda Pública Estadual (Certidão Negativa de Débitos Gerais, compreendendo todos os tributos de competência do Estado), emitida pelo órgão competente, da localidade de domicilio ou sede da empresa licitante, na forma da Lei.".
>
> A referida exigência, além de se mostrar em descompasso com a previsão contida no art. 29, III, da lei 8666/19933, também implica em injustificada imposição de obstáculos, pois, referido documento (certidão negativa de débitos gerais) irá alcançar débitos de natureza diversa, e não apenas os relacionados à atividade econômica do licitante e/ou que apresentem vinculação/compatibilidade com o objeto da licitação, a exemplo de débitos relativos à IPVA, fato este que, por certo, inviabilizará a participação de interessados que porventura apresentem pendência junto à Fazenda Pública Estadual.
>
> Assim sendo, **a exigência no item 8.1.2, do edital da licitação se afigura excessiva, detém o condão de inviabilizar a participação de eventuais interessados, bem como, se apresenta contrária à disposição contida na Lei de Licitações**. (DECISÃO LIMINAR DLM - G.RC -19/2022. Processo TC/2253/2022. Relator: Conselheiro Ronaldo Chadid. Grifos adicionados.)

Em resumo, a análise da questão posta neste item passa por discussões doutrinárias e jurisprudenciais. E, conforme já afirmei anteriormente, a necessidade desse debate teórico inviabiliza a concessão de medida cautelar.

Discutidos todos os itens da Análise ANA - DFLCP - 6961/2022 (peça 13, fls. 137-150), concluo que a **ausência de orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários dos serviços a serem prestados** configura a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in* mora, uma vez que iminente a possibilidade de dano de difícil reparação se concretizada a celebração de contrato decorrente do Pregão Presencial nº 17/2022. Em razão disso, decido no sentido de **aplicar medida cautelar**, nos termos dos artigos 56, 57, incisos I e III, e 58 da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012, **determinando** que:

I – o Prefeito Municipal de Angélica, senhor Edison Cassuci Ferreira, promova a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** do Pregão Presencial nº 17/2022, ou, caso já praticado o referido ato, que o Prefeito Municipal se abstenha de celebrar a ata de registro de preços ou o respectivo contrato administrativo, até ulterior manifestação deste Tribunal, sob pena das sanções administrativas em caso de descumprimento;

II – a autoridade responsável seja intimada para, no prazo 5 (cinco) dias úteis:

a) comprovar o cumprimento imediato das determinações desta decisão;

b) manifestar-se sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum,* bem como encaminhar os eventuais documentos faltantes, e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito;

c) encaminhar a republicação do edital ou, caso venha a anular definitivamente o Pregão Presencial nº 17/2022, o comprovante de anulação a este Tribunal;

III – 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, 14 de setembro de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt