Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

DECISÃO LIMINAR DLM - G.ODJ - 110/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/10096/2022
PROTOCOLO	: 2187447
ÓRGÃO	: PREFEITURA DE TRÊS LAGOAS
ASSUNTO	: CONTROLE PRÉVIO – PREGÃO PRESENCIAL N. 52/2022
RESPONSÁVEL	: GILMAR ARÁUJO TABONE
CARGO DO RESPONSÁVEL	: SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO
RELATOR	: CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

Vistos, etc.

Tratam os autos de controle prévio de procedimento licitatório realizado pela Prefeitura Três Lagoas/MS, por meio da Diretoria de Compras e Licitações, Processo licitatório n. 219/2022, Pregão Presencial n. 52/2022 do tipo “menor preço global”, “Ampla Concorrência”, como determina o art. 17 do Manual de Remessa de Informações, Dados, Documentos e Demonstrativos ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, aprovado pela Resolução TCE/MS n. 88, de 3 de outubro de 2018.

O objeto da licitação é a "Contratação de empresa especializada para prestação de Serviços de Administração de benefícios de auxílio vale-alimentação (VA) e vale-refeição (VR), por meio de cartões eletrônicos/magnéticos com CHIP e SENHA bandeirados (Visa, Mastercard, Elo), concedidos aos servidores públicos da Prefeitura Municipal de Três Lagoas-MS”.

A sessão pública para julgamento das propostas está agendada para o dia 20/7/2022, o que justifica a urgência da análise.

Após a análise da documentação, a equipe técnica deste Tribunal na Análise ANA - DFLCP - 5392/2022, apontou a existência das seguintes irregularidades, capazes de obstar a continuidade do certame em razão do risco de danos ao erário:

1. Estimativa do Quantitativo

– ausência das adequadas técnicas estimativas do quantitativo (arts. 6º, IX e 7º, § 4º, da Lei n. 8.666/93).

O Estudo Técnico Preliminar (fls. 2-16) apresenta quadro descritivo dos serviços a serem prestados e do quantitativo que se pretende contratar (f. 5), estimado com base nas quantidades de empregados, conforme justificativa da contratação (fls. 2-3).

A justificativa da contratação ainda acrescenta que o município de Três Lagoas atualizou o quantitativo de beneficiários abarcando os servidores administrativos da Secretaria Municipal de Educação e Cultura, e que referida contratação se faz necessária para alcançar cerca de 4.600 beneficiários.

Não restou devidamente demonstrado no ETP a respectiva metodologia, memórias de cálculos e demais documentos que deem suporte e comprovem a quantidade demandada para a contratação, nos termos dos arts. 6º, IX e 7º, § 4º, ambos da Lei n. 8.666/93:

> "Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> (...)
>
> IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:
>
> (...)
>
> Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
>
> (...)
>
> § 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo."

A Lei Municipal n. 3.154/2016 autoriza o Poder Executivo a firmar convênio com o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais, visando a aplicabilidade do auxílio alimentação conforme as normas, regras e valores dispostos na Lei Municipal n. 2.870/2014, que instituiu o auxílio alimentação a um grupo específico de servidores municipais (servidor ativo, efetivo ou estável que ocupe cargo de nível fundamental ou médio).

Deveria constar dos autos a relação dos empregados a serem beneficiados e seus respectivos cargos/funções, afim de precisar adequadamente o real quantitativo a ser licitado, restando insuficientes os elementos técnicos para o dimensionamento do objeto, afrontando a citada norma legal, bem como os princípios da legalidade, da economicidade e da vantajosidade, representando grave risco de prejuízo ao erário.

2. Termo de Referência (TR)

– ausência de apresentação da legalidade da distribuição do desconto concedido aos servidores (art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93).

Consta no TR (f. 314) que nas situações em que houver descontos concedidos o valor deverá ser dividido entre os beneficiários, no entanto, a Lei Municipal n. 3154/2016 destaca que o valor do vale refeição é de R$ 12,50 (doze reais e cinquenta centavos), e que referida lei não menciona hipótese de majoração desse valor, restou prejudicada por ausência de amparo legal a distribuição do desconto concedido entre os beneficiários.

Além da ausência de autorização legal para tal ato, não constam no ETP e TR quais seriam os critérios de fiscalização da distribuição do referido desconto, assim como a minuta contratual (fls. 292-310) também não faz previsão acerca da possibilidade e condições de distribuição do desconto aos beneficiários, acarretando violação ao art. 3º, *caput,* da Lei n. 8.666/93, aos princípios da legalidade, vantajosidade, interesse público e probidade administrativa.

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

- Ausência de comprovação da legalidade do valor mensal estimado para pagamento do vale alimentação – Estimativa do valor da contratação (art. 7º, § 2º, II, da Lei n. 8.666/93 e art. 3º, III, da Lei 10.520/02).

O Termo de Referência descreve o objeto da contratação pretendida e os requisitos para contratação, em seu item 3.1.1 identifica-se, na coluna “Descrição”, dois benefícios distintos: vale alimentação e vale refeição.

Não restou demonstrado o cálculo ou o valor unitário do vale alimentação, do vale refeição e a quantidade de dias a serem pagos por mês, inclusive não constam padronizados nos ETP, TR e Edital de licitação informações acerca do valor unitário do vale-alimentação e sua memória de cálculo dos valores mensais e anual.

Como já citado, a Lei Municipal n. 3.154/2016, mencionada no ETP, estabelece o valor do "vale refeição" que, nos termos do seu parágrafo único, é de R$ 12,50 (doze reais e cinquenta centavos), todavia para o vale alimentação não há informação acerca do valor.

A ausência de informações acerca da legalidade do pagamento do vale alimentação prejudica a conferência do certame e da futura contratação, o que caracterizada ofensa ao art. 7º, § 2º, inciso II da Lei n. 8.666/93 e o art. 3º, inciso III da Lei 10.520/02.

> Lei n. 8.666/93:
>
> "Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
>
> (...)
>
> § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
>
> (...)
>
> II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;"

> Lei n. 10.520/02:
>
> "Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
>
> (...)
>
> III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;"

3. Modalidade Licitatória

- Utilização do pregão presencial em detrimento ao eletrônico sem a devida justificativa (Art. 3º, caput da Lei n. 8.666/93).

Em regra, o pregão, na sua forma eletrônica, é a modalidade mais adequada para a aquisição de bens e serviços comuns, somente podendo ser utilizada a forma presencial se restar demonstrada a vantajosidade dessa escolha para o órgão licitante, e por se tratar de via excepcional, deve ser precedida de robusta justificativa que demonstre que ensejará resultado economicamente mais vantajoso do que a modalidade pregão na forma eletrônica, observados os princípios aplicáveis às licitações.

Não foi demonstrada essa vantajosidade nos autos, nem se localizou menção ou justificativa para a adoção do pregão presencial em detrimento de sua forma eletrônica.

Esse entendimento é consolidado, e nesse sentido, a respeito da utilização do pregão presencial em detrimento ao eletrônico esta Corte de Contas, recentemente, em sede de Decisão liminar (DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 66/2021, publicada no DOETCE/MS n, 2893, de 21/07/2021) relativa à denúncia recebida contra o Município de Naviraí, manifestou-se no sentido de que:

> “Assim, no âmbito da modernidade útil, devem ser utilizados, na maioria absoluta dos casos, os meios eletrônicos disponíveis, inclusive para os casos de pedidos de esclarecimentos e suas respostas ou para os casos de impugnações, recursos e outros, que compreendam ou referenciem editais de licitações (mesmo que na modalidade de Pregão Presencial), comunicações, decisões singulares ou colegiadas, intimações e suas respostas, remessas de documentos etc
>
> Ora, no “mundo digital” de nossos dias, ainda que em tese a Administração municipal não esteja devidamente estruturada para realizar Pregões Eletrônicos, é certo que, para tais casos, a utilização de meios disponíveis pela rede mundial de computadores não demanda estrutura complexa, embora exija algum treinamento. Desse modo, a não utilização de Pregão Eletrônico pela Administração do Município do porte de Naviraí é, a meu ver, inesperada (ou surpreendente ou estranha) e até mesmo inaceitável (ainda que não esteja legalmente proibida), porque em certos casos o Pregão Presencial limita o caráter competitivo da licitação.”

Em consulta ao sítio eletrônico ComprasBR1 , verificou-se a realização de 58 pregões sob a forma eletrônica pelo município de Três Lagoas no ano de 2022.

Portanto, a opção pretendida, sem a devida fundamentação e/ou justificativa com documentos que lhe dão suporte, além de ofensa ao princípio da eficiência, esculpido no Art. 3º, *caput* da Lei n. 8.666/93, pode prejudicar o caráter competitivo do certame afrontando, ainda, os princípios da impessoalidade e da igualdade vez que tende a privilegiar empresas sediadas na cidade de Três Lagoas.

4. Regularidade Fiscal

- Exigência de comprovação de regularidade fiscal em desconformidade com o ramo de atividade licitado (art. 29, II e III, da Lei n. 8.666/93 e art. 4º, XIII, da Lei n. 10520/2002).

O item 8.3 (fls. 259-260) do edital, relativo à regularidade fiscal e trabalhista, exige "Prova de regularidade para com a FAZENDA ESTADUAL (...)" e "Prova de regularidade para com a FAZENDA MUNICIPAL (...): - Créditos Tributários quanto ao IPTU. - Créditos Tributários quanto ao ISSQN."

O art. 29, II e III, da Lei n. 8.666/93 assim dispõe:

> "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;"

Do disposto neste dispositivo legal, compreende-se que a exigência de documentação de regularidade fiscal prevista na Lei n. 8.666/93 para fins licitatórios, não pode ser utilizada para fins de atividades de fiscalização tributária ou a obrigar o pagamento de tributos com o fisco municipal ou estadual.

E o art. 4º, XIII, da Lei n. 10520/2002 dispõe o seguinte:

> "Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
>
> (...)

> XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira."

Vale destacar que a comprovação da regularidade fiscal deve estar em consonância com o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, que permite somente o estabelecimento de exigências de habilitação indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações pelo contratado, o que tende a ampliar a competitividade.

O objeto licitado refere-se à contratação de empresa especializada para prestação de serviços de administração de benefícios de auxílio vale-alimentação (VA) e vale-refeição (VR), por meio de cartões eletrônicos/magnéticos com CHIP e SENHA bandeirados (Visa, Mastercard, Elo), concedidos aos servidores públicos da Prefeitura Municipal de Três Lagoas-MS, o que nos leva à constatação de que a exigência de certidão compreendendo tributos de competência do Estado relativo ao ICMS e municipal relativo ao IPTU, incluem débitos de naturezas diversas, os quais não guardam qualquer relação e compatibilidade com o ramo do objeto licitado.

Neste sentido, esta Corte de Contas por meio da Decisão Liminar DLM – G.RC – 19/2022, Relator Cons. Ronaldo Chadid, publicada no DOETC n. 3071 de 7/03/2022 (p.4/6) explanou quanto ao tema:

> "Em relação ao item 2, 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 8666/19935, 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."

Assim, após reiteradas decisões cautelares desta Corte de Contas, a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul adotou referido entendimento por meio da Resolução PGE/MS/N. 373, de 28 de abril de 2022, publicada no D.O.E. n. 10.816, de 29 de abril de 2022, p. 24, no qual altera as minutas-padrão de editais de licitação no sentido de entender que a Administração Pública Estadual deve exigir apenas a comprovação de regularidade dos tributos incidentes sobre o objeto da contratação pretendida.

Portanto, resta caracterizada ofensa ao art. 29, II e III, da Lei n. 8.666/93 c/c art. 193 da Lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) e ao art. 4º, XIII, da Lei n. 10.520/2002.

5. MEDIDA CAUTELAR.

O parágrafo único, do artigo 151 do Regimento Interno (Resolução n. 98, de 2018) desta Corte, dispõe que:

> "Art. 151
>
> [...]
>
> Parágrafo Único. Se a divisão de fiscalização verificar a existência de possíveis irregularidades capazes de obstarem a continuidade do certame, emitirá manifestação fundamentada, contendo, de forma clara e precisa, o risco de dano e prejuízo ao erário."

A medida cautelar tem como fundamento o artigo 56, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012:

> "Art. 56. O Tribunal pode determinar liminarmente a aplicação de medida cautelar, sem a prévia manifestação do jurisdicionado, sempre que existirem provas suficientes de que ele possa retardar ou dificultar o controle externo, causar dano ao erário ou tornar difícil a sua reparação."

Analisando os elementos constantes dos autos, verifica-se a presença de pressuposto do *fumus boni iuris*, consubstanciada nas irregularidades apontadas acima, quais sejam: 1- Estimativa do Quantitativo – ausência das adequadas técnicas estimativas do quantitativo; 2- Termo de Referência – Ausência de apresentação da legalidade da distribuição do desconto concedido aos servidores; - Ausência de comprovação da legalidade

do valor mensal estimado para pagamento do vale alimentação – Estimativa do valor da contratação; 3- Modalidade Licitatória - Utilização do pregão presencial em detrimento ao eletrônico sem a devida justificativa e 4- Regularidade Fiscal - Exigência de comprovação de regularidade fiscal em desconformidade com o ramo de atividade licitado

A sessão de abertura da licitação está agendada para o dia 20 de julho de 2022, portanto, diante da iminência da prática de atos que podem prejudicar a competitividade do certame e ocasionar prejuízos ao erário, presente o *periculum in mora,* e em atenção à defesa do interesse público, o deferimento do pedido de concessão de medida cautelar para a suspensão do certame é a medida que se impõe.

Diante do exposto, pelas razões e argumentos expendidos, com fulcro no art. 71 da Constituição Federal, c/c o art. 77 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, os arts. 56, 57 e 58 da LCE n. 160/2012, e o art. 149 do RITC/MS, **DETERMINO:**

1. a **suspensão** do procedimento licitatório Pregão Presencial – Processo Licitatório n. 219/2022, realizado pela Prefeitura Três Lagoas/MS, por meio da Diretoria de Compras e Licitações, na fase em que se encontra;

2. a **intimação** dos responsáveis para que se manifestem, em igual prazo, acerca das irregularidades detectadas pela equipe técnica de fiscalização deste Tribunal;

3. **encaminhe-se** junto ao termo de intimação cópia da Análise ANA - DFLCP - 5392/2022.

Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 20 de julho de 2022.

CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO
Relator

llss