DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 69/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/6100/2022
PROTOCOLO	: 2172307
ÓRGÃO	: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CULTURA E ESPORTE DE NOVA ANDRADINA
JURISDICIONADO (A)	: 1. JOSE GILBERTO GARCIA (PREFEITO MUNICIPAL) 2. GIULIANA MASCULI POKRYWIECKI (SECRETÁRIA MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 66/2022, tipo menor preço por item, com sessão pública programada para 17/5/2022. O edital, lançado pela Administração Municipal de Nova Andradina, tem como objeto o "Sistema de Registro de Preço para a contratação de empresa especializada na locação de estrutura de eventos e show" (peça 15, fl. 217).

Examinados os documentos dos autos pela equipe da Divisão de Fiscalização de Gestão da Educação (DFE), esta apontou que:

> *i) Não foram concedidos parte dos benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar n. 123/2006, conforme descrito no item 2, alínea "a" desta análise;*
>
> *ii)* O prazo para disponibilização dos bens pode ser considerado restritivo à competitividade, conforme descrito no item 2, alínea "b" desta análise*;*
>
> iii) Não foram apresentados parâmetros para justificar os quantitativos solicitados, conforme descrito no item 2, alínea "c" desta análise;
>
> *iv)* Não foram disponibilizadas todas as informações inerentes ao oferecimento de garantia, conforme descrito no item 2, alínea "d" desta análise. (Análise ANA - DFE - 3553/2022, peça 18, fls. 292-293)

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, registro que os autos chegaram ao meu gabinete em 16 de maio de 2022. E, no que se refere aos aspectos doutrinários e à aplicação em concreto de regras processuais, pontuo que a medida cautelar é a medida provisória tendente 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 para a **obtenção da proposta mais vantajosa**, direcionada para dar 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 o direito lesado esteja evidente, não dependendo de dilação de prova nem que seja necessário suscitar debate teórico sobre a existência de um direito, ou como ele deve ser interpretado, porque nessa hipótese não é evidente.

Ante o exposto, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFE - 3553/2022 (peça 18, fls. 290-294).

1. DOS BENEFÍCIOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Conforme indicado na análise da divisão (peça 18, fl. 290), o edital do Pregão Presencial n. 66/2022 não destinou itens exclusivos para microempresas e empresas de pequeno porte, em desacordo com o estabelecido no art. 48, I e III, da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006[2] – e tampouco justificou

[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.

[2] Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

formalmente essa não destinação. Segundo essa norma, esclarece a equipe técnica (peça 18, fl. 291), a Administração Pública deverá realizar processo licitatório, destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Em razão disso, os auditores da DFE entenderam que:

> *(...) considerando que o critério de julgamento da licitação é o menor preço por item, o edital deveria, obrigatoriamente, para a maioria dos itens, estabelecer contratação exclusiva, e, nos demais, cujos valores estimados superam R$ 80.000,00, provisionar cotas.*
>
> *É necessário salientar que o objeto precípuo da norma é permitir a ampliação do universo de competidores, criando em favor das micro e pequenas empresas um acesso mais constante as licitações públicas.*
>
> *Portanto, tendo por pressuposto, o cumprimento da Lei Complementar n. 123/2006,* ***torna-se necessário a mudança do edital****.* (peça 18, fl. 291)

Sobre o ponto levantado pela divisão, tenho que, embora seja uma boa prática a inclusão, no edital, do tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, **a omissão dessa previsão no edital não caracteriza propriamente uma irregularidade** – desde que a omissão não acarrete na falta de cumprimento da norma pela Administração. Isso porque, nas palavras de Marçal Justen Filho, *"a aplicação do regime preferencial independe de previsão expressa no edital"* [3]. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> *"4. A análise inicial promovida pela Secex/BA afastou, de pronto, a alegação de que o município subtraiu ou negou direitos conferidos às micro e pequenas empresas por não prever tais benefícios no instrumento convocatório do certame. É que este Tribunal já decidiu que a aplicação dos dispositivos daquela lei independe de previsão editalícia, uma vez que se trata de comando legal, de cumprimento obrigatório. Assim, entende-se que, embora seja aconselhável a inclusão de cláusulas no edital, relativas ao direito de preferência das micro e pequenas empresas, a ausência delas no instrumento convocatório não retira o direito subjetivo das empresas nela enquadradas, à preferência na contratação, aferida por ocasião da fase de julgamento das propostas".* (Acórdão 1.447/2015, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman)

> *"No que tange à previsão no edital das condições especiais para participação de pequenas e micro empresas, conforme ficou consignado na Consulta n. 862465 de minha relatoria, respondida na sessão plenária do dia 30/05/2012, embora seja recomendada a expressa previsão desses benefícios no edital, a sua ausência não macula de vício o certame, posto que o disposto nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar 123/06 é*

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
(...)
III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

[3] Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021 / Marçal Justen Filho. São Paulo: Thompson Reuters do Brasil, 2021. pág.89

> *autoaplicável, ou seja, independe de previsão editalícia."* (TCE-MG - EDITAL DE LICITAÇÃO: 862547, Relator: CONS. MAURI TORRES, Data de Julgamento: 05/06/2014, Data de Publicação: 21/11/2014)

2. PRAZO EXÍGUO PARA DISPONIBILIZAÇÃO DOS BENS

Pelo que se verifica no item 12.9 do edital (peça 15, fl. 230) e no item 7.1 da minuta do contrato (peça 15, fl. 270), a Administração estabeleceu que "o prazo de entrega será em até 24 (vinte e quatro) horas após a solicitação da Secretaria Municipal Responsável". Em sua análise, a equipe técnica pontuou que:

> *(...) a locação e a disponibilização das estruturas e equipamentos solicitados, demandam, além da necessidade de transporte, os serviços de montagem e ajuste, o que impõe a disponibilização de mão-de-obra capacitada, ou seja, é um serviço que exige um planejamento adequado para sua concretização, o que não é condizente com um prazo de 24 horas.*
>
> *Ademais, as festas e eventos a serem realizados pela Administração Municipal exigem, da mesma forma, um planejamento, um calendário para sua realização. Assim, o ente teria, a priori, condições de notificar a empresa fornecedora com maior antecedência.*
>
> *Por fim, cabe destacar que, a manutenção de um prazo tão curto exigiria que os fornecedores estivessem sediados próximos ao município contratante, devido ao tempo necessário para carga e transporte dos bens, o que na prática acaba afastando os possíveis interessados sediados em outras localidades.* (peça 18, fl. 291)

Assiste razão à divisão. 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 que de alguma forma dificulte a participação de todos os interessados no certame, pois isso coloca em risco **a obtenção da proposta mais vantajosa** para a Administração. 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. FALTA DE PARÂMETROS PARA JUSTIFICAR OS QUANTITATIVOS SOLICITADOS

Em relação a este item, a divisão assim concluiu:

> *Em que pese a presente licitação ser realizada pelo Sistema de Registro de Preços, nota-se que a Administração Municipal não trouxe qualquer balizador para os quantitativos solicitados, conforme preconiza o art. 15, §7º, II da Lei 8.666/93:*
>
> > *Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:*
> >
> > *...*
> >
> > *§ 7 o Nas compras deverão ser observadas, ainda:*
> >
> > *...*
> >
> > *II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;*
>
> *Nos termos da referida norma, entende-se que há a necessidade do órgão, baseado em seu planejamento (calendário de eventos), que deverá estar explícito nas informações que compõe o Estudo Técnico Preliminar, demonstrar a razoabilidade do quantitativo que se pretende licitar, independentemente se a aquisição de sua totalidade irá ser concretizada ou não.* (peça 18, fl. 292)

De fato, seria possível uma estimação de quantitativo mais fundamentada – especialmente porque, conforme apontado pela divisão, a Administração deve planejar os eventos a serem realizados no exercício. No entanto, não vejo necessidade de suspensão do certame por essa falha, uma vez que também 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. Desse modo, no que se refere a essa razão específica, os apontamentos da equipe técnica não reúnem condições suficientes para a suspensão cautelar do certame, devendo tais apontamentos serem examinados quando do controle posterior da licitação por este Tribunal.

4. FALTA DE INFORMAÇÕES SOBRE O OFERECIMENTO DE GARANTIA

Nos termos indicados na análise da divisão de fiscalização (peça 18, fl. 292), a minuta do contrato estipulou que será exigida a prestação de garantia financeira para a execução da avença, porém, nem no edital nem na minuta do contrato, foram definidos o percentual e o prazo para sua apresentação. A equipe técnica recomentou então a reformulação do edital para inclusão das informações necessárias, pois o oferecimento de garantia envolve custo para o fornecedor e, consequentemente, traz impacto na formulação da proposta.

Acerca da exigência de garantia, Marçal Justen Filho defende que:

> *(...)* ***a prestação de garantias representa um encargo econômico-financeiro para o particular. Para promover a garantia, ele é obrigado a desembolsar recursos.*** *Em alguns casos, as dimensões desse encargo podem atingir valores muito elevados. Isso poderia inviabilizar a contratação porque o particular, muito embora em condições de desempenhar suas prestações, não disporia de recursos para arcar com o custo da garantia. Assim, a exigência de garantias vultosas poderia ser instrumento de impedimento à livre participação dos interessados. Como se não bastasse,* ***o particular engloba, na formação de seus custos, os encargos necessários à obtenção da garantia****.* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Grifos adicionados.)

Da análise do que foi aqui exposto, entendo necessária a aplicação de medida cautelar visando à suspensão do Pregão Presencial n. 66/2022, pois vejo que é iminente a possibilidade de dano de difícil reparação se concretizada a celebração de contrato dele decorrente. Isso porque, em sede de cognição sumária, entendo que o **prazo exíguo para a entrega dos bens/prestação do serviço** e as **imprecisões acerca da prestação de garantia para a execução da avença** oferecem um risco evidente à **competitividade do certame** e, consequentemente, comprometem a **busca da proposta mais vantajosa** para a Administração.

Verificada, portanto, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, decido nos sentidos de **aplicar medida cautelar**, nos termos dos artigos 56, 57,

incisos I e III, e 58 da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c o art. 152, inciso I, do RITCE/MS, **DETERMINANDO** que:

I – o Prefeito Municipal de Nova Andradina, Sr. Jose Gilberto Garcia, **promova a imediata suspensão cautelar** do Pregão Presencial n. 66/2022, ou, caso já praticado o referido ato, que se abstenha de celebrar o respectivo contrato administrativo, até ulterior manifestação deste Tribunal;

II – seja facultado ao responsável a tomada das correções necessárias com vistas ao restabelecimento da licitação, republicando-se o edital, com a consequente reabertura do prazo legal para a realização da sessão e apresentação das propostas;

III – 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 n. 66/2022, o comprovante de anulação a este Tribunal;

IV – 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, 16 de maio de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij