DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 109/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/9984/2022
PROTOCOLO	: 2187094
ENTE	: MUNICÍPIO DE ITAQUIRAÍ
JURISDICIONADO (A)	: THALLES HENRIQUE TOMAZELLI
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 30/2022, tipo menor preço por item, com sessão pública programada para 18/7/2022. O edital, lançado pela Administração Municipal de Itaquiraí, tem como objeto o "registro de preços para aquisições futuras e parceladas de materiais de limpeza e higienização" (peça 12, fl. 310).

Examinados os documentos dos autos pela equipe da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP), esta apontou 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: "Segregação de Funções; Ausência de informação como deverão ser realizadas as interposições de impugnação e/ou recursos; Exigência de comprovação de regularidade fiscal e prazo de entrega do objeto reduzido".
>
> 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 **18/07/2022** (sic), 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 - 5315/2022, peça 12, fl. 389, grifos conforme original)

É o relatório.

DECISÃO

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, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, reproduzido no julgado abaixo:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. PENALIDADE DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. SUPOSTA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMA SOFTWARE "ROBÔ" PARA OFERTA DE LANCES. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INVIABILIDADE DO WRIT. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO DENEGATÓRIO. PRECEDENTES. 1. Cuida-se de Agravo Interno contra decisum que negou provimento ao Recurso Ordinário. 2. Na origem, LN Distribuidora e Comércio Eireli impetrou Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra suposto ato lesivo a direito líquido e certo praticado pelo Secretário de Administração do Estado da Bahia, consubstanciado na declaração de inidoneidade da empresa para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual Direta e Indireta. (...) Como cediço, o mandado de segurança tem lugar quando há necessidade de proteger direito líquido e certo, que esteja devidamente comprovado mediante prova pré-constituída, lesado ou ameaçado por ação ou omissão de autoridade, isto é, por ato administrativo praticado pela pessoa física que esteja investida de poder de decisão, dentro de esfera de competência prevista em lei. Nesse contexto, deve o writ vir acompanhado dos documentos destinados a comprovar as alegações em prol do Impetrante, exceto no caso do art. 6º, § 1º, da Lei nº 12.016/2009,quando o documento se encontrar em poder de órgãos

> públicos ou da autoridade que se recusar a fornecê-lo por certidão, o que não é a hipótese em tela. Assim, ocorrendo a constatação, de plano ou no decorrer da apreciação da lide, da ausência de instrumentos de prova necessários à conformação do pretenso direito dito violado, torna-se inviável o prosseguimento do feito, pois ausente uma das condições específicas da ação. (...) Em suma, o direito vindicado pelo Impetrante não se apresenta nos autos como líquido e certo, à vista da inexistência de prova pré-constituída, necessitando de dilação probatória incabível nesta via. (...) (e-STJ fl. 261). Ausente, portanto, o direito líquido e certo. Precedentes específicos: AgRg no RMS 45.602/CE, Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 18/8/2014; MS 21.694/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19/4/2017; MS 18.516/DF, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe 12/9/2016; RMS 24.607/RJ, Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 24/6/2009; MS 21.173/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 3/11/2015. 6. Agravo Interno não provido.

Feitas essas considerações, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFLCP - 5315/2022 (peça 15, fls. 375-390).

1. SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES

A divisão apontou que, conforme se verifica nos autos, a senhora Vilma Angelina dos Santos, designada como pregoeira pela Administração, é quem assina o edital da licitação (peça 15, fl. 377). Segundo a equipe técnica, o Tribunal de Contas da União vem pacificando o entendimento de que os servidores que participam do planejamento da licitação não podem fazer parte da condução do certame, por atentar contra o princípio da segregação de funções. Cita como exemplo os seguintes julgados: Acórdão 38/2013 – Plenário, TCU- Acórdão 3381/2013-Plenário, Acórdão 1278/2020 – Primeira Câmara.

Ainda que pertinentes os apontamentos, entendo que a falha, por si só, não preenche os requisitos que considero necessários para a concessão de medida cautelar, devendo ser analisada no controle posterior. Isso porque a medida cautelar, como explanei, exige que haja evidente ameaça **à obtenção da proposta mais vantajosa** ou **à aplicação do princípio da isonomia** – diretamente vinculado à competitividade do certame.

Não há nos autos elementos que demonstrem ou indiquem, com o grau de convicção necessário, que a situação relatada pela divisão manifestamente influencie na formulação e no julgamento das propostas, tampouco que comprometa a competitividade do certame.

Além disso, consta na ficha de informação à fl. 373 (peça 14) que o pregoeiro é o senhor Elton de Souza Neves, o que lança dúvida se a senhora Vilma Angelina dos Santos é de fato a pregoeira do certame. Em razão disso, ainda que eu considerasse os argumentos da divisão – o que não é caso, conforme já expliquei –, essa dúvida demandaria a dilação de prova, procedimento inviável em juízo de

cognição sumária.

2. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DE COMO DEVERÃO SER REALIZADAS AS INTERPOSIÇÕES DE IMPUGNAÇÃO E/OU RECURSOS

A equipe técnica verificou que não há qualquer informação como as petições de impugnação devem ser protocolizadas (peça 15, fl. 379). De acordo com a divisão:

> A ausência de informações ou ainda a exigência de que os licitantes sejam obrigados a se deslocar até o endereço da Prefeitura, caracteriza-se em grave potencial de restrição à competitividade e ao controle da sociedade, em ofensa ao Art. 41, § 1º e § 2º da Lei 8.6660/93 e ao parágrafo único do art. 1º da OTJ/TCE-MS, além dos princípios da legalidade, da isonomia e da competitividade. (peça 15, fl. 379)

De fato, impedir a interposição de recurso ou impugnação ou meio eletrônico compromete a competitividade do procedimento licitatório – o que seria motivo para suspenção cautelar do certame. No entanto, também neste ponto entendo que é fraca a evidência de restrição à competitividade e ao controle da sociedade. Ora, se a regra é que se permita a impugnação por meios eletrônicos, dizer que a omissão leva automaticamente à proibição de utilização desses meios é fazer conclusões com base em suposições. Trata-se, novamente, de caso em que o direito lesado não é evidente, sendo necessária a ocorrência da negativa do recebimento de impugnações e recursos por meio eletrônico para configurar a irregularidade.

3. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL

Neste ponto, a equipe técnica 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 15, fl. 387, grifos conforme original).

Ocorre que, como foi apontado pela própria divisão (peça 12, fl. 228), os entendimentos acerca dessa matéria não estão sedimentados, inclusive nesta Casa de Contas. Vanessa Capistrano Cavalcante[1] 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*

[1] 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 8/3/2022.

> *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, a análise da questão passa por discussões doutrinárias e jurisprudenciais. E, conforme já afirmei anteriormente, a necessidade desse debate teórico inviabiliza a concessão de medida cautelar.

3. PRAZO DE ENTREGA DO OBJETO REDUZIDO

Foi apontado pela divisão que:

> O item 14.1 do edital (f. 324) estabelece um prazo de entrega de no máximo 02 (dois) dias úteis, contados a partir do recebimento da Autorização de Fornecimento.
>
> É importante registrar que o certame contempla 134 itens e, em que pese se tratarem de materiais que não possuem complexidade de armazenamento e existirem cotas destinadas para microempresas e empresas de pequeno porte, não afasta a possibilidade de empresas sediadas fora do Estado de Mato Grosso do Sul participarem do certame podendo inclusive lograr-se vencedoras, o que pode ocasionar um tempo necessariamente maior do que o estabelecido para o transporte e entrega dos materiais.
>
> Logo, caso tal situação ocorra, a manutenção do 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 15, fl. 388)

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)*

Da análise do que foi aqui exposto, entendo necessária a aplicação de medida cautelar visando à suspensão do Pregão Presencial n. 30/2022, 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 do objeto** oferece 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 Itaquiraí, Sr. Thalles Henrique Tomazelli, promova a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** do Pregão Presencial n. 30/2022, ou, caso já tenha ocorrido a sessão de recebimento das propostas, que se abstenha de homologar a licitação e formalizar a respectiva ata ou contrato, 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:

1. comprovar o cumprimento imediato das determinações desta decisão;
2. 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;
3. encaminhar a republicação do edital ou, caso venha a anular definitivamente o Pregão Presencial n. 30/2022, 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, 15 de julho de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij