DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 156/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/12938/2021
PROTOCOLO	: 2138172
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: JOAO CARLOS KRUG
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO – PREGÃO – CONTRATAÇÃO DE SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO PÚBLICA – IMPROPRIEDADES FORMAIS – MEDIDA CAUTELAR NEGADA – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de **Controle Prévio** exercido pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 12), com apontamento de supostas irregularidades no procedimento licitatório na modalidade de **Pregão Presencial nº 69/2021**, instaurado pelo **Município de Chapadão do Sul/MS**, tendo como objeto a contratação de empresa para fornecimento de licença de direito de uso não-permanente de sistema único e integrado de gestão pública, em plataforma/arquitetura web, bem como, prestação de serviços técnicos de natureza continuada, tais como: implantação, hospedagem, manutenção, treinamento, suporte técnico e garantia, visando atender às necessidades de serviços e de modernização da Administração Pública Municipal (Poder Executivo, Legislativo, seus órgãos e departamentos), no valor estimado **R$ 832.000,00** (oitocentos e trinta e dois mil reais).

Relevante destacar que o referido pregão já aconteceu em 18/11/2021, tendo sido adjudicado o objeto à empresa Forte Pontes Tecnologia em Serviços Ltda, CNPJ 17.197.275/0001-60, no valor de **R$ 660.000,00** (seiscentos e sessenta mil reais), conforme informação colhida no portal de transparência da Prefeitura Municipal de Chapadão do Sul.

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar medida cautelar (peça 13), o que passa a fazer agora.

Instada a se manifestar, através do Despacho **DSP-G.WNB-33266/2021**, o jurisdicionado apresentou defesa do procedimento licitatório em 30/11/2021 (peças 19-23).

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 do Pregão Presencial nº 69/2021, do Município de Chapadão do Sul/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 no Pregão Presencial nº 69/2021:

> ***1. Adoção do modo presencial do pregão em detrimento à forma eletrônica;***
>
> ***2. Pesquisa de preços incompleta e a consequente demonstração de ampla pesquisa de mercado;***
>
> ***3. Ausência de objetividade quanto à documentação relativa à regularidade fiscal.***

Na resposta à intimação, o jurisdicionado alegou, em síntese, que o pregão presencial é mais vantajoso que o eletrônico; que fez pesquisa de preços com três empresas do ramo a ser contratado (juntou comprovantes); e que não foi realizada nenhuma exigência ilegal de regularidade fiscal.

O **item 1** trata da opção pelo pregão presencial em vez da modalidade eletrônica. Embora seja recomendável que o jurisdicionado realize pregão eletrônico em vez do presencial, em razão da ampliação da competitividade e tendência a gerar maior economicidade, não há obrigatoriedade para os municípios, pelo menos em relação às compras e serviços a serem pagos com recursos próprios.

Saliente-se que em relação às licitações relativas a recursos voluntários federais, a obrigatoriedade do pregão eletrônico existe em decorrência do Decreto Federal nº 10.024/2019 e da Instrução Normativa nº 206/2019. Para facilitar essa implementação, o governo federal colocou à disposição dos municípios o seu Portal de Compras.

Já quanto aos recursos locais, inexiste na Lei nº 10.520/2002 qualquer norma cogente quanto à modalidade eletrônica de pregão. Mesmo a nova Lei Geral das Licitações, a Lei nº 14.133/2021, no § 2º do art. 17, estabelece que as licitações devem ser realizadas "preferencialmente" na forma eletrônica, mas não obriga.

Assim, cabe aqui apenas **recomendação** ao jurisdicionado para optar pela modalidade eletrônica de pregão.

Em relação ao **item 2**, sobre pesquisa de preços incompleta e sem amplitude necessária, observo que há uma falha evidente, pois a pesquisa de mercado só envolveu três empresas, enquanto no item 7 do Estudo Técnico Preliminar (ETP) existe a informação de que houve pesquisa através de aquisições e contratações similares de outros entes públicos, pesquisa direta com fornecedores, pesquisa em sítios eletrônicos de domínio amplo (fls. 7 e 408).

Assim, em vez de fazer uma ampla pesquisa de mercado, o jurisdicionado limitou-se a fazer cotações de preços com três empresas do ramo. Mesmo intimado, a municipalidade não comprovou que ao menos tenha realizado tentativas de pesquisar outras fontes.

A pesquisa de preços deve gerar preços referenciais reais, que representem efetivamente o valor médio do mercado. Para atingir esse objetivo, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) têm apontado a necessidade de uma "**cesta de preços aceitáveis**", que inclua mais de uma fonte de pesquisa.

Entre as fontes estão as compras já realizadas pela administração pública, seja do próprio órgão ou de outros da União, Estados e Municípios (determinado pelo art. 15º, V, da Lei nº 8.666/93), bancos de preços, como o Comprasnet, catálogos de fornecedores, preços fixados pelo governo e pesquisas na internet (sites especializados, comércio eletrônico), entre outras.

O jurisdicionado também tem de passar a analisar de forma **crítica** as cotações colhidas dos fornecedores, a fim de evitar que valores superestimados ou subestimados façam parte da média para formação do preço.

Entretanto, a priori, não existe prova nos autos de que a falha

na pesquisa de mercado da Prefeitura Municipal de Chapadão do Sul tenha gerado prejuízo ao erário. Ao contrário, o resultado do pregão demonstra que houve certo grau de economicidade, visto que o valor estimado **R$ 832.000,00** caiu na fase de disputa para **R$ 660.000,00.**

Basta aqui, portanto, **recomendação** ao jurisdicionado que nas próximas licitações realize, efetivamente, **ampla pesquisa de mercado**, com várias fontes, não se restringindo apenas a fornecedores, os quais têm interesse em incrementar os orçamentos públicos em busca da otimização de seus lucros.

Quanto ao **item 3**, a exigência de regularidade com apresentação de "Certidão de Tributos", referente ao item 10.3 do Edital, 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.

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

Assim, aqui há uma evidente imprecisão no termo utilizado pelo jurisdicionado, sendo 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.

Assim, em sede de cognição perfunctória, **não há elementos nos autos que possam obstar o procedimento licitatório e contratação decorrente**, desde que seja acatada a determinação e observadas as recomendações deste Tribunal de Contas.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **INDEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 69/2021, DA HOMOLOGAÇÃO DA CONTRATAÇÃO OU SUA EXECUÇÃO PELO MUNICÍPIO DE CHAPADÃO DO SUL/MS**, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITCE/MS. Encaminhem-se os autos ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer, nos termos regimentais.

Contudo, a fim de evitar as impropriedades formais aqui verificadas, **RECOMENDO** ao jurisdicionado que **opte pelo pregão eletrônico** em vez do presencial; que faça **pesquisa de mercado ampla**, com várias fontes, contemplando especialmente outras contratações públicas; e que aprimore, nos próximos editais de licitação, as exigências de **Certidões Negativas Tributárias**, enfatizando que tais têm referência **apenas com o exercício de atividade relacionada com o objeto da futura contratação**.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 16 de dezembro de 2021.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2021-12