DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 143/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/12635/2021
PROTOCOLO	: 2136889
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPORÃ
INTERESSADO	: MARCOS ANTONIO PACO (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

CONTROLE PRÉVIO DE LICITAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES QUE JUSTIFIQUEM A EMISSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Cuida-se de Controle Prévio, realizado pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias, sobre o Edital de Licitação – Pregão Presencial n.º 19/2021, celebrado pela Prefeitura Municipal de Itaporã, objetivando a aquisição de decoração natalina.

Em exame prévio do certame público, a equipe técnica verificou que a licitação em análise apresenta indícios de irregularidades que impedem o prosseguimento do certame.

Diante a questão fática alegada, requestaram os Auditores pela concessão de medida cautelar, a fim de sustar o andamento do Pregão Presencial e da consequente contratação administrativa.

Ato contínuo, levando em consideração a natureza das supostas irregularidades, proferi despacho postergando a análise da medida pleiteada, como forma de proporcionar o oferecimento de esclarecimentos pelo Gestor (DSP – G.MCM - 33026/2021).

Regularmente intimado, o Órgão jurisdicionado apresentou sua resposta às peças 16 a 18, aduzindo que não subsistem as alegações aventadas pelos técnicos.

Cumpre frisar que a sessão do pregão ocorreu no dia 16 de novembro de 2021.

Os autos vieram-me conclusos para apreciação.

FUNDAMENTAÇÃO

A apreciação de pedidos liminares compreende juízo sumário e não exauriente, restrito à análise da presença, ou não, dos pressupostos autorizadores da tutela cautelar.

Ao menos neste momento, o edital combatido não apresenta irregularidades concretas e suficientes à emissão de cautelar, medida especialmente reservada às ilegalidades que comprometam à competitividade do certame e/ou provoquem o risco de dano ao erário público.

Isso porque, da leitura do artigo 151, *parágrafo único*, do RITCE/MS[1], que dispõe sobre o controle prévio exercido por esta Casa, verifica-se que o procedimento em tela não tem o condão de antecipar um juízo de mérito sobre todas as cláusulas insertas em editais licitatórios, mas tão somente impedir a propagação de certames que, tamanha sua ilegalidade, sejam capazes de lesar os cofres públicos ou direcionar o resultado da licitação.

Caso assim não fosse, seria desnecessário o processamento do controle posterior, inexistindo razão para o julgamento de primeira fase, tendo em vista que o controle prévio já teria certificado à regularidade, ou não, dos processos licitatórios.

No exato viés da fundamentação acima, constata-se que a imputação de deficiência na justificativa para o quantitativo estimado não subsiste para o fim de autorizar a adoção de medidas cautelares.

À peça 01 encontra-se acostado o estudo realizado pela administração, cujo conteúdo descreve a necessidade, bem como o alinhamento estratégico da reportada contratação.

Restou demonstrado, na reposta apresentada pelo jurisdicionado (peça 16), que o Município de Itaporã não efetivou qualquer procedimento licitatório acerca do objeto em questão nos anos recentes, em razão do fato de que as decorações

[1] 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.

natalinas eram realizadas com utilização de material reciclável, e que a estimativa de quantidades considerou as áreas e prédios públicos a serem beneficiados pelos itens decorativos.

Deste modo, a opção de compra exercitada pelo Município encontra-se delineada pela fase de planejamento preliminar, cujo conteúdo permite a verificação sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação.

Trata-se, pois, de um juízo político do Administrador democraticamente eleito.

O escólio de Maria Sylvia Di Pietro[2], é preciso ao definir a legitimidade de a Administração Pública agir dentro de sua discricionariedade, com base em razões de oportunidade e conveniência:

> Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

Destarte, em que pese a função constitucional dos Tribunais de Contas de fiscalizar a regular gerência dos recursos públicos, é vedado ao órgão de controle substituir à Administração na escolha dos bens e produtos a serem adquiridos, quando não verificada flagrante abusividade em ato antieconômico.

Dando prosseguimento, quanto aos supostos vícios constantes em cláusulas de habilitação, verifica-se, ao menos neste momento, a inocorrência de irregularidades concretas.

A Divisão questiona os seguintes itens:

[2] Direito Administrativo, Ed. Atlas, 2010.

> **10.3.2., I, b** – No caso de cadastro de contribuintes municipal, através do Cartão de Inscrição Municipal, Alvará de Licença e Funcionamento ou Alvará de Localização e Funcionamento.
>
> **10.3.4** – Certidão de regularidade de débito com a Fazenda "Estadual" da localidade de domicílio ou sede da empresa do proponente, na forma da Lei;
>
> **10.3.5** – Prova de regularidade fiscal com a Fazenda Municipal, onde for sediada a empresa, com validade na data da realização da licitação, mediante apresentação de certidões negativas de competência municipal;
>
> **I.** Para os Municípios que emitem prova de regularidade para com a Fazenda Municipal em separado, as proponentes deverão apresentar as duas certidões, isto é, Certidão sobre Tributos Imobiliários e Certidão de Tributos Mobiliários (Ex.: IPTU e ISSQN respectivamente";

Segundo se alega, o Município não poderia exigir no caso do cadastro de contribuintes municipal, através do Cartão de Inscrição Municipal, Alvará de Licença e Funcionamento ou Alvará de Localização e Funcionamento (item 10.3.2, I, b do Edital). Também não poderiam exigir a Certidão de regularidade de débito com a Fazenda "Estadual" (item 10.3.4 do Edital) e a Prova de regularidade fiscal com a Fazenda Municipal (item 10.3.5 do Edital).

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;
> (...)

Extrai-se do item 10.3.2 a exigência de uma certidão de regularidade junto ao cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver.

Por sua vez, os itens 10.3.4 e 10.3.5 exigem **outras certidões**, agora relativa aos débitos tributários junto às fazendas Federal, Estadual e Municipal.

Portanto, pela análise literal do dispositivo supra, verifica-se que tão somente em relação à certidão no cadastro de contribuintes houve uma vinculação ao ramo de atividade e pertinência com o objeto.

Lado outro, no que diz respeito à prova de regularidade fiscal (inciso III), não vigora o mesmo vínculo de correlação.

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 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.

Por fim, o Edital não exigiu dos interessados alvará de funcionamento, mas apenas indicou que uma das formas de se comprovar à regularidade do cadastro de contribuintes é por meio do aludido documento, assim como por meio do cartão de inscrição estadual ou municipal.

Portanto, partindo de uma análise própria dos juízos cautelares, vislumbro não estarem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris,* requisitos essenciais para a concessão da cautelar pretendida.

Sobre o tema, oportuno trazer as considerações lançadas pelo então Ministro do TCU, Ubiratan Aguiar, que, nos autos do processo n.º 014.506/2006-2, se pronunciou de modo bastante didático:

> "(...) o Tribunal, ao proceder ao exame de medidas cautelares submetidas a seu crivo, deve ter como foco o atendimento do interesse público, o que motiva o devido cuidado que a Corte de Contas deve ter antes que se manifeste pela suspensão ou anulação de certames licitatórios e dos contratos a eles relacionados".

Reitera-se que a integralidade do Edital poderá ser questionada pela equipe técnica quando da análise posterior do certame, inclusive considerando as razões já esboçadas no bojo desta fundamentação, o que não se pode afirmar, neste momento, e tão somente, é a existência de risco ao erário público capaz de obstar o prosseguimento do Pregão Presencial.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, no exercício do juízo singular conferido pelo artigo 152, II, do RITCE/MS, indefiro a liminar pleiteada, e determino o **ARQUIVAMENTO** do procedimento, em virtude da desnecessidade na adoção de medidas ou providências de urgência.

Por fim, impende ressaltar que o arquivamento desta análise prévia não impossibilita eventuais divergências advindas com o Controle Posterior realizado por esta Corte Fiscal.

Intime-se o Sr. Marcos Antônio Paco, Prefeito Municipal, para que conheça do conteúdo decisório.

Nos termos do artigo 70, §2º, do RITCE/MS, determino a remessa destes autos à Gerência de Controle Institucional para providências regimentais.

Campo Grande/MS, 29 de novembro de 2021.

CONS. MARCIO MONTEIRO
RELATOR

NET/DSS