DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 155/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/12734/2021
PROTOCOLO	: 2137316
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE TRES LAGOAS
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: GILMAR ARAUJO TABONE
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PREGÃO – SERVIÇOS DE MONTAGEM/DESMONTAGEM COM FORNECIMENTO – LICITAÇÃO DESERTA – ERROS FORMAIS – MEDIDA CAUTELAR NEGADA – DETERMINAÇÃO – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de **Controle Prévio** exercido pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 11), com apontamento de supostas irregularidades no procedimento licitatório na modalidade de **Pregão Eletrônico nº 50/2021**, instaurado pelo **Município de Três Lagoas/MS**, tendo como objeto a Prestação de Serviço de Montagem/Desmontagem de Divisórias e Vidro Temperado com fornecimento de materiais, no valor estimado **R$ 1.043.925,00** (um milhão, quarenta e três mil, novecentos e vinte e cinco reais).

Relevante destacar que o referido pregão já aconteceu em 11/11/2021, tendo resultado **deserto**, sendo que o jurisdicionado está programando alterações no edital e uma nova sessão pública.

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar medida cautelar (peça 12), o que passa a fazer agora.

Instada a se manifestar, através do Despacho **DSP-G.WNB-32548/2021**, o jurisdicionado apresentou defesa do procedimento licitatório em

13/12/2021 (peças 26-27).

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 Eletrônico nº 50/2021, do Município de Três Lagoas/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 Eletrônico

nº 50/2021:

> ***1. Impossibilidade de verificação da adequada técnica quantitativa da estimação;***
>
> ***2. Ausência de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários dos serviços a serem prestados;***
>
> ***3. Exigência de comprovação de regularidade fiscal;***
>
> ***4. Qualificação Técnica - Ausência de Critérios Objetivos - Restrição a Competitividade do Certame;***

Na resposta à intimação, o jurisdicionado alegou que as exigências citadas acima não foram ilegais e nem geraram qualquer tipo de prejuízo à competitividade. Argumentou, por fim, que o resultado da licitação foi **deserto**, não havendo, portanto, que se falar em aplicação de medida cautelar de suspensão do pregão.

Inicialmente, é preciso reconhecer que o resultado **deserto** da licitação gera desnecessidade de aplicação de medida cautelar, ainda mais tendo em vista que o jurisdicionado se compromete a promover "os devidos ajustes que julgarmos necessários antes de darmos prosseguimento à contratação" (peça 26).

Observo, quanto ao **item 1** acima, que o jurisdicionado **sanou a irregularidade** apontada pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias sobre a técnica quantitativa de estimação, ao anexar os locais, produtos e metragens para os serviços a serem realizados, totalizando 4.500 m2, em consonância com o Termo de Referência (peças 4 e 27).

Em relação ao **item 2**, sobre ausência de orçamento estimado em planilhas de quantitativos de preços unitários dos serviços a serem prestados, nota-se que o jurisdicionado não detalhou no Estudo Técnico Preliminar ou no Termo

de Referência os tipos de serviços a serem executados, fazendo essa especificação apenas na pesquisa de preços, visando contratação que englobasse “fornecimento e instalação”. Alegou que, como não se trata de obra ou serviço de engenharia, não haveria a necessidade de especificação de mão de obra e materiais, como apontou a Divisão de Fiscalização.

Apesar de realmente se tratar de serviço comum, a administração municipal teria muito mais controle sobre essa contratação se discriminasse em seus estudos e Termo de Referência pelo menos os materiais e serviços a serem executados, com definição dos preços unitários.

Nesse aspecto, assiste razão à Divisão Especializada, posto que a discriminação em preços unitários para serviços está expressamente prevista na Lei das Licitações e Contratação Públicas. Vejamos o art. 7º, §2º, II, e o art. 40, §2º, II, da Lei n. 8.666/93 (grifos nossos):

> *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 sequência: [...]*
>
> *§ 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;***
>
> *.....*
>
> *Art. 40 [...]*
>
> *§ 2º* ***Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: [...]***
>
> ***II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;***

Cabe aqui, portanto, **recomendação** ao jurisdicionado que providencie orçamento detalhado de custos unitários quanto aos serviços a serem contratados e não somente quando se tratar de obras públicas.

Quanto ao **item 3**, a exigência de "Certidão Negativa de Débitos", referente aos itens 8.3.4 e 8.3.5 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.

O jurisdicionado argumenta que esse termo genérico tem sido comumente utilizado em suas 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 necessária **determinação** para que o jurisdicionado aprimore esta e as próximas licitações, fazendo referência ao exercício de atividade relacionada com o objeto quando exigir certidão negativa tributária.

Quanto ao **item 4**, a exigência de capacidade técnica no item 8.5.1 do edital foi fixada num texto que conjuga o art. 30 e seus incisos com o § 3º do mesmo artigo. A generalidade desse texto, porém, pode acabar gerando dúvidas nos potenciais participantes dos processos licitatórios e até mesmo no pregoeiro ou comissão que avaliará as certidões de capacitação técnica.

Como bem apontado pela Divisão Especializada, o edital não define os critérios objetivos para a avaliação da compatibilidade às características e

quantidades do objeto licitado. Carece da fixação de parâmetros objetivos para a análise da comprovação da capacidade técnica das licitantes, pois, em regra, os quantitativos não podem ser excessivos a ponto de restringir indevidamente a competitividade do certame. Nesse sentido, a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União (TCU):

> ***Acórdão 2696/2019: Primeira Câmara, relator: Bruno Dantas***
>
> *É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto se houver justificativa técnica plausível.*
>
> *Alguns órgãos públicos estavam (e ainda estão) exigindo que os Atestado de Capacidade Técnica, seja de igual quantitativo ao Objeto licitado e às vezes com exigências superior a 100%, o que afronta a legislação vigente, em especial o Art. 30 da lei 8666/93.*

Portanto, cabe aqui mais uma **recomendação** ao jurisdicionado, agora no sentido de definir com mais precisão o quantitativo quanto à capacitação técnica exigida nas licitações, não superior a 50% dos bens e serviços estimados, sempre de forma justificada e baseada no **Princípio da Razoabilidade**.

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 ELETRÔNICO Nº 50/2021, DA HOMOLOGAÇÃO DA CONTRATAÇÃO OU SUA EXECUÇÃO PELO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS/MS, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITC/MS.

Contudo, a fim de evitar as impropriedades formais aqui verificadas, **DETERMINO** ao responsável que, antes do prosseguimento do Pregão Eletrônico nº 50/2021, **edite instrução** aos seus subordinados para que aprimorem nos próximos editais de licitação as exigências de **Certidões Negativas de Débitos**, enfatizando que tais têm referência **apenas com o exercício de atividade relacionada com o objeto da futura contratação**. A providência deve ser comprovada nestes autos no prazo 5 (cinco) dias úteis.

Outrossim, **RECOMENDO** ao jurisdicionado que providencie orçamento detalhado de custos unitários quanto aos serviços a serem contratados e não somente quando se tratar de obras públicas; e que defina com mais precisão o quantitativo quanto à capacitação técnica exigida nas licitações, não superior a 50% dos bens e serviços estimados.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 14 de dezembro de 2021.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2021-12