DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 24/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/10091/2021
PROTOCOLO	: 2125217
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE SELVÍRIA
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: JOSÉ FERNANDO BARBOSA DOS SANTOS
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO – CONCORRÊNCIA – CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIA DE PUBLICIDADE – IMPROPRIEDADES APONTADAS E CORRIGIDAS PARCIALMENTE – MEDIDA CAUTELAR NEGADA – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de **Controle Prévio** exercido pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 10), com apontamento de supostas irregularidades no procedimento licitatório na modalidade de **Concorrência nº 1/2021**, instaurado pelo **Município de Selvíria/MS**, tendo como objeto a contratação de agência de publicidade, no valor estimado **R$ 750.000,00** (setecentos e cinquenta mil reais).

Relevante destacar que o julgamento da referida licitação já aconteceu em 21/01/2022, tendo se sagrado vencedora a empresa Lets Comunicação Integrada Eireli EPP.

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar medida cautelar (peça 11), o que passa a fazer agora.

Instado a se manifestar, através do Despacho **DSP-G.WNB-24625/2021**, o jurisdicionado concordou com a maior parte das irregularidades apontadas pela Divisão Especializada e informou que suspendeu a licitação para

promover alterações, defendendo, entretanto, a atribuição de 70% de peso para a proposta técnica e 30% para o preço (peças 16-17 e 20-21). Instada a encaminhar novo documento suscitado pela Divisão Técnica relativo a nova alteração no Edital, o jurisdicionado cumpriu a determinação (peças 29-30).

Nas manifestações posteriores à oitiva do jurisdicionado, a Divisão Especializada manteve o entendimento inicial e acrescentou intempestividade na remessa da nova alteração editalícia (peças 22 e 34).

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 da Concorrência nº 1/2021, do Município de Selvíria/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 na Concorrência nº 1/2021:

> ***1. Exigência de cadastramento prévio das licitantes (aviso da licitação, peça 8, fls. 192/195);***
>
> ***2. Previsão de inscrição em sindicatos ou associações (subitem 10.4.3, b, do Edital, f. 152);***
>
> ***3. Exigência de comprovação de regularidade fiscal em desconformidade com o ramo de atividade licitado (subitem 10.4.2, 'd' e 'e', do Edital, fls.309-311);***
>
> ***4. Impossibilidade de impugnação do Edital por meio eletrônico;***
>
> ***5. Excessiva valoração do índice técnico em relação ao índice de preço (70/30, itens 9.2 e 9.3 do Edital, f. 305.307).***

Na resposta à intimação, o jurisdicionado admitiu a maioria das irregularidades apontadas e comprovou as alterações no Edital, mas defendeu a atribuição de 70% de peso para a proposta técnica e 30% para o preço (peças 16-17 e 20-21)..

Quanto aos **itens 1, 2 e 4**, o jurisdicionado atendeu plenamente a necessidade de correção suscitada pela Divisão de Fiscalização, posto que

suprimiu as exigências indevidas apontadas nos itens 1 e 2, além de ter acrescentado, em relação ao item 4, a possibilidade de consulta ou impugnação por meio eletrônico (antes era só presencial). **Sanadas, portanto, as impropriedades**.

No que diz respeito ao **item 3**, sobre exigência de comprovação de regularidade fiscal em desconformidade com o ramo de atividade licitado, o jurisdicionado falhou ao suprimir integralmente a exigência de regularidade com o fisco municipal, isto porque, *in casu*, há a exigibilidade quanto ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) por se tratar de serviço de publicidade.

A exigência de regularidade com apresentação de "Certidão de Tributos" 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, como bem apontou a Divisão de Fiscalização.

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 e depois na supressão integral do dispositivo sobre tributação municipal, sendo, porém, 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.

Por fim, quanto ao **item 5**, da excessiva valoração do índice técnico (70%) em relação ao índice de preço (30%), considero que o jurisdicionado realmente falhou em apresentar a justificativa dentro do procedimento licitatório. Contudo, em suas alegações demonstrou que apenas tentou seguir modelos de editais de licitação de publicidade de outros entes públicos, como a Câmara Municipal de Mundo Novo, Prefeitura de Bonito, o Estado de Mato Grosso e também deste Tribunal de Contas, **não sendo razoável impor-lhe punição, diante da ausência de dolo, sendo mais adequada a recomendação**.

Há que se recomendar ao jurisdicionado que promova a devida justificativa sobre as escolha dos critérios de valoração técnica e de preço nas próximas licitações deste tipo e que procure seguir as orientações determinadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nos Acórdãos 2251/2017, 743/2014, 768/2013, 546/2011 e 1.597/2010, todos do Plenário, especialmente quanto ao abaixo destacado (grifo nosso):

> *"21. Conforme já aduzi anteriormente nestes autos, no Acórdão 526/2013 – Plenário* ***este Tribunal deixou assente não serem suficientes justificativas de que a atividade publicitária tem muitos fatores críticos para sua execução a justificar uma técnica com valoração mais que o dobro do preço ofertado. Tamanha disparidade deveria ser justificada mediante estudo capaz de sustentá-la, de modo a afastar a contraposição de pesos pela relação 6 x 4 ou de paridade entre as propostas, na relação técnica x preço. Não basta que haja justificativa no processo, necessita ela efetivamente dar sustentação ao tipo adotado, ou seja, a justificativa deve ser razoável e adequada.*** *(Trecho do Acórdão 743/2014)."*

Não obstante os pontos acima analisados, em sua derradeira

manifestação (peça 34), a Divisão Especializada aponta que houve **intempestividade** na remessa de documentos sobre a última alteração no Edital. Contudo, observo que a alteração promovida foi apenas para correção de erro material (em vez de exigir cinco páginas, passou-se a três páginas), não sendo razoável impor multa ao jurisdicionado por algo tão irrelevante e que se enquadraria no excesso de formalismo (fls. 381-382).

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

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **INDEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA Nº 1/2021, DA HOMOLOGAÇÃO DA CONTRATAÇÃO OU SUA EXECUÇÃO PELO MUNICÍPIO DE SELVÍRIA/MS**, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITCE/MS.

Contudo, a fim de evitar as impropriedades formais aqui verificadas, **RECOMENDO** ao jurisdicionado 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**; e que **nos futuros certames com critério de julgamento técnica e preço sempre justifique as escolhas de pesos adotados**, levando em consideração, no caso específico da publicidade, a jurisprudência dos tribunais de contas, em especial os Acórdãos 2251/2017, 743/2014, 768/2013, 546/2011 e 1.597/2010, todos do Plenário do TCU.

Encaminhem-se os autos ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer, nos termos regimentais.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 11 de março de 2022.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2022-03