DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 150/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/12746/2021
PROTOCOLO	: 2137344
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 DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PREGÃO – AQUISIÇÃO DE CONDICIONADORES DE AR – MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO 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 Eletrônica nº 58/2021**, instaurado pelo **Município de Chapadão do Sul/MS**, tendo como objeto o registro de preços para eventual aquisição de Aparelhos Condicionadores de Ar, para atender aos Fundos e Secretarias Municipais, no valor estimado **R$ 711.905,70** (setecentos e onze mil, novecentos e cinco reais e setenta centavos).

Relevante destacar que o referido pregão já aconteceu em 16/11/2021, tendo sido registrados os preços de dois itens e o fracasso do terceiro.

Também é importante apontar que quando estes autos chegarem 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-33105/2021**, o jurisdicionado apresentou defesa do procedimento licitatório em 01/12/2021 (peças 18-21).

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 58/2021, 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 Eletrônico nº 58/2021:

1- ***Impossibilidade de verificação da adequada técnica quantitativa de estimação;***

2- ***Pesquisa de preços incompleta e a consequente demonstração de ampla pesquisa de mercado;***

3- ***Ausência de objetividade quanto à comprovação de regularidade fiscal;***

4- ***Exigência demasiada quanto à qualificação técnica;***

Na resposta à intimação, o jurisdicionado alegou que as quantidades foram definidas a partir de solicitações dos órgãos municipais, juntado documento comprobatório; e que por um lapso não foram juntadas as pesquisas de preços realizadas, promovendo a anexação. Quanto à regularidade fiscal, afirmou que o edital apenas repetiu as exigências conforme estipulado na legislação. Por fim, negou que tenha feito exigência demasiada em relação à qualificação técnica.

Inicialmente, é preciso reconhecer que as impropriedades listadas pela Divisão Especializada são erros meramente formais e que, aparentemente, não geraram prejuízo à competitividade do procedimento licitatório, pois dez empresas teriam participado do certame, segundo o jurisdicionado (peças 18-21).

Quanto ao **item 1** das irregularidades citadas pela Divisão, observo que, após a intimação, o jurisdicionado juntou a relação de demanda de cada secretaria ou órgão da Prefeitura Municipal de Chapadão do Sul (fl. 102), sanando parcialmente a irregularidade relativa à adequada técnica de estimação das quantidades.

Ocorre, porém, que não houve a demonstração métrica das

salas a serem equipadas com os aparelhos de ar-condicionado, impossibilitando o controle da regularidade. Assim, cabe aqui **recomendação** ao jurisdicionado para que demonstre, nas próximas licitações deste tipo, a adequação dos equipamentos em relação aos locais que serão atendidos, com descrição das respectivas áreas.

O **item 2** refere-se à falha na pesquisa de preços. O jurisdicionado juntou os documentos comprobatórios dessa pesquisa, demonstrando que foi ampla, com cinco fontes, inclusive o Banco de Preços do governo federal e uma compra similar da Procuradoria de Justiça do Estado de Amazonas (peça 19). A falha, portando, foi sanada.

Observo, quanto ao **item 3**, que a exigência de Certidão Negativa de Débitos, constante 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.

Contudo, assiste razão ao jurisdicionado quando argumenta que esse termo genérico tem sido comumente utilizado nas licitações dos entes federativos e órgãos públicos. 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 não há uma evidente irregularidade, mas imprecisão no termo utilizado pelo jurisdicionado, bastando **recomendação** para

que o aprimore nas próximas licitações, fazendo referência ao exercício de atividade relacionada com o objeto.

Quanto ao **item 4**, a exigência de Alvará de Localização extrapola a previsão legal contida nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93. Inclusive este Tribunal de Contas editou recentemente a Orientação Técnica aos Jurisdicionados (OTJ) nº 001/2021, a qual caminha nesse sentido, a fim de prestigiar a competitividade dos certames licitatórios. Vejamos o dispositivo (grifo nosso):

> *Art. 1º A fim de assegurar ampla competitividade nos certames licitatórios,* ***os jurisdicionados devem se abster de constar em seus editais, cláusulas que contrariem as disposições legais, em especial, as exigências para que as licitantes comprovem****, dentre outros:*
> *...*
> *VII -* ***documento de localização das empresas participantes do certame****, contrariando o disposto no Art. 3, § 1º, I da Lei 8.666/93 e no Art. 9º, I, 'b', da Lei 14.133/21;*

No caso concreto, porém, noto que a exigência não foi específica a fim de favorecer licitantes locais, sendo aceito tal documento de qualquer parte do País. Como, em geral, as empresas possuem esse tipo de alvará, inexistiu impugnação a essa exigência. Ao menos, não há notícia nestes autos de que a exigência tenha sido contestada. Cabe, entretanto, **determinação** para que o jurisdicionado se abstenha de fazer prever esse tipo de exigência nos próximos editais de licitação.

Assim, em sede de cognição perfunctória, **não há elementos nos autos que possam obstar o procedimento licitatório e contratação decorrente**, até mesmo porque pode haver dano inverso, visto que há real potencialidade de gerar, se ainda não está gerando, paralisação da manutenção dos veículos da municipalidade por falta dos insumos.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **INDEFIRO A**

MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 58/2021, 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 RITC/MS.

A fim de evitar as impropriedades formais aqui verificadas, **DETERMINO** ao responsável que, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis, **edite instrução** aos seus subordinados para que os próximos editais de licitação não exijam **documento de localização das empresas participantes**. A providência deve ser comprovada nestes autos no mesmo prazo.

Outrossim, **recomendo** ao jurisdicionado que aprimore nas próximas licitações as **estimativas de quantidade**, buscando sempre demonstrar no Estudo Técnico Preliminar a compatibilidade dos produtos a serem adquiridos com reais necessidades, e 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.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 06 de dezembro de 2021.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2021-12