DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 115/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/10164/2021
PROTOCOLO	: 2125725
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE SIDROLÂNDIA
INTERESSADA	: VANDA CRISTINA CAMILO (PREFEITA)
CONTROLE PRÉVIO	: CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
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 de Procedimento Licitatório, realizado pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias, sobre o Edital de Licitação – Pregão Presencial n.º 59/2021, celebrado pela Prefeitura Municipal de Sidrolândia, objetivando a aquisição de carga de botijão de gás P13 e P45, gás completo P13 e P45 (casco e gás) e gás à granel (por kg).

Em exame prévio do certame público, a Equipe Técnica verificou que a licitação em análise apresenta indícios de irregularidades, consistentes na presença de cláusulas restritivas à competitividade.

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 – 26369/2021).

Regularmente intimado, o Órgão jurisdicionado apresentou sua resposta à peça 17, e requestou pelo prosseguimento da licitação pública.

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.

Neste particular, e ao menos por ora, 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.

Destarte, se ao final do controle posterior, observado o contraditório e o devido processo regimental, restar comprovada a falha apontada, passível será o ordenador de sofrer as penalidades atinentes ao caso, consubstanciadas no julgamento irregular das contas, aplicação de multas e/ou impugnações de valores, dentre outras consequências impostas.

No exato viés da fundamentação acima, constata-se que a imputação quanto à suposta cláusula de habilitação restritiva não subsiste para o fim de autorizar um decreto suspensivo.

[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.

A Divisão questiona o item 9.6.3 do Edital, cujo conteúdo exige, como prova de regularidade fiscal, certidão negativa para com os fiscos estadual e municipal, compreendendo a generalidade da carga tributária.

Segundo se alega, o Município poderia exigir, apenas, certidão negativa pertinente ao ramo de atividade e compatível com o objeto licitado.

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 inciso II a exigência de uma certidão de regularidade junto ao cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver.

Por sua vez, o inciso III exige **uma outra certidão**, 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.

De igual forma, a exigência de atestado quanto à experiência anterior exigida para qualificação técnica encontra guarida no artigo 30, §1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93[2].

Com efeito, se com o transcorrer dos atos executórios restar comprovada eventual desvirtuação da condição imposta, caberá ao controle posterior à correspondente penalização.

Ademais, em situações onde o objeto seja essencial à continuidade da atividade administrativa, como na hipótese (fornecimento de gás), a inclusão da aludida exigência dá-se em observância ao princípio constitucional da eficiência, além de resguardar à Administração de licitantes aventureiros, incapacitados à consecução futura do objeto.

Exatamente nesse sentido, tem se posicionado o Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas, conforme se vê dos arestos AC00 – 2297/2018 (TC /1931/2018) e AC00 - 2399/2018 (TC /23072/2017).

Assim, 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

[2] I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

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, 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, inciso 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 a Sr.ª VANDA CRISTINA CAMILO, Prefeita 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, 23 de setembro de 2021.

CONS. MARCIO MONTEIRO

RELATOR

MAT