DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 129/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/11935/2022
PROTOCOLO	: 2193948
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE APARECIDA DO TABOADO
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: JOSÉ NATAN DE PAULA DIAS
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PREGÃO – AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – IMPROPRIEDADES FORMAIS – MEDIDA CAUTELAR NEGADA – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de **Controle Prévio** exercido pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 12), com apontamento de supostas irregularidades no procedimento licitatório na modalidade de **Pregão Eletrônico nº 50/2022**, instaurado pelo **Município de Aparecida do Taboado/MS**, tendo como objeto o fornecimento de materiais para a iluminação pública, no valor estimado de **R$ 1.096.540,35** (um milhão, noventa e seis mil, quinhentos e quarenta reais e trinta e cinco centavos).

Relevante destacar que o referido pregão já aconteceu em 23/08/2022, tendo sido adjudicado o objeto e homologado o certame em favor de sete empresas, pelo valor total de **R$ 574.364,20** (quinhentos e setenta e quatro mil, trezentos e sessenta e quatro reais e vinte centavos), conforme a Ata da Sessão Pública (peça 20).

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar medida cautelar (peça 14), o que passa a fazer agora.

Instada a se manifestar, através do Despacho **DSP-G.WNB-**

21424/2022, o jurisdicionado apresentou defesa do procedimento licitatório em 02/09/2022 (peças 19-21).

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 50/2022, do Município de Aparecida do Taboado/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 Presencial nº 11/2022:

1- ***Ausência de análise crítica dos orçamentos com considerável variação de preço;***
2- ***Ausência de objetividade quanto à documentação relativa a regularidade fiscal junto a fazenda estadual;***
3- ***Exigência de regularidade fiscal em desconformidade com o ramo de atividade licitado.***

Na resposta à intimação, o jurisdicionado alegou que as exigências citadas acima não geraram qualquer tipo de prejuízo ao certame licitatório, o qual teve a participação de 29 empresas. Argumentou, em síntese, que fez ampla pesquisa de mercado, com 14 fontes distintas, inclusive com preços praticados em outras contratações públicas; que o resultado da licitação foi muito vantajoso, sendo que dos 25 itens licitados 17 foram adjudicados por valores inferiores aos menores preços cotados; e que é adequada a regularidade fiscal exigida em consonância com o Princípio da Isonomia.

Inicialmente, é preciso reconhecer que as impropriedades listadas pela Divisão Especializada são impropriedades meramente formais e que, aparentemente, não geraram prejuízo à competitividade do procedimento licitatório, posto que 29 empresas participaram e o valor estimado de **R$ 1.096.540,35** caiu para **R$ 574.364,20** na fase de disputa por lances.

Observo, quanto ao **item 1** acima, que assiste razão à Divisão Especializada, pois alguns produtos tiveram variação de preço orçado de até 680,32%. Como é sabido, a coleta de dados deve ser tratada de forma crítica, a fim de excluir valores com elevada discrepância.

Contudo, o resultado da licitação foi amplamente vantajosa para a administração municipal. Aqui, portando, é suficiente **recomendação** ao jurisdicionado para que nas próximas pesquisas de mercado faça juízo crítico dos

dados coletados, promovendo a exclusão dos excessivamente discrepantes.

Quanto aos **item 2 e 3**, realmente a exigência de Certidão Negativa de Débitos 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.

No entanto, 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.)

Relevante destacar que não haverá qualquer ofensa ao **Princípio da Isonomia** em se exigir mais ou menos documentos em matéria de regularidade fiscal, desde que a legislação permita e o Edital preveja. O foco que deve ser privilegiado é relativo ao **Princípio da Competitividade**, posto que quanto menos exigências, mais interessados estarão aptos a participar dos certames licitatórios. Questão referente a tributos não adimplidos, mas que não se referem ao ramo de atividade a ser contratado pela administração, deve ser tratada em outra seara, a Execução Fiscal.

Inobstante, aqui não há uma evidente irregularidade, mas imprecisão quanto à exigência de regularidade fiscal, bastando **recomendação** ao jurisdicionado para aprimorar as próximas licitações, fazendo referência ao exercício

de atividade relacionada com o objeto.

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, com paralisação nos serviços da manutenção da iluminação pública.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **INDEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 50/2022, DA HOMOLOGAÇÃO DA CONTRATAÇÃO OU SUA EXECUÇÃO PELO MUNICÍPIO DE APARECIDA DO TABOADO/MS**, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITC/MS.

Outrossim, **RECOMENDO** ao jurisdicionado que promova as alterações acima abordadas nas próximas licitações.

Após a publicação desta decisão, encaminhem-se os autos à Divisão de Fiscalização em Licitações, Contratos e Parcerias e ao Ministério Público de Contas.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 05 de setembro de 2022.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2022-09