DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 13/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/1368/2022
PROTOCOLO	: 2151760
ENTE	: MUNICÍPIO DE MUNDO NOVO
JURISDICIONADO (A)	: VALDOMIRO BRISCHILIARI (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 5/2022, tipo menor preço por item, com sessão pública programada para 15/2/2022. O edital, lançado pela Administração Municipal de Mundo Novo, tem como objeto a "aquisição de gêneros alimentícios para compor a merenda escolar, visando atender todas as unidades escolares da rede municipal de ensino do município de Mundo Novo - MS, com fornecimento parcelado, para consumo previsto durante o ano letivo 2022".

O exame do edital foi realizado pela Divisão de Fiscalização de Gestão de Educação, cujos apontamentos e conclusões constam da Análise ANA - DFE - 1107/2022 (peça 12, fls. 118-122). Em 14/2/2022, os autos chegaram ao meu gabinete para as providências previstas nos termos regimentais.

No instrumento da referenciada análise, os seus autores apontaram as seguintes irregularidades:

> **"a) Dos benefícios às ME e EPP**
> "A presente licitação deixou de destinar, sem a apresentação de justificativa formal (art. 49 da LC 123/2006), itens exclusivos para microempresas e empresas de pequeno porte, em desacordo com o estabelecido no art. 48, I da Lei Complementar n. 123/06."
>
> **"b) Prazo de entrega reduzido"**
> "O item 12.1 do edital (f. 80), 3 do termo de referência (f. 87) e cláusula nona, parágrafo primeiro da minuta do contrato (f. 108), estabeleceram um prazo de entrega de apenas 1 dia para todos os itens que compõe o certame.[...] o tempo necessário para realização dos procedimentos inerentes a logística de entrega, o que na prática acaba afastando os possíveis interessados sediados em outras localidades."
>
> **"c) Do valor de referência"**
> "A composição do valor de referência dos produtos amendoim e milho de pipoca, respectivamente itens 6 e 57, possui erro material, e, portanto, necessita ser revisto. Nota-se que, em ambos os casos, a descrição do produto contempla fardo com 10 e 12 unidades, ao passo que, em uma das duas cotações realizadas o preço apresentado correspondente ao preço unitário, e, mesmo assim, foi considerado para efeito da composição da média[...]"

Os autores da análise ainda recomendaram, como orientação para o aperfeiçoamento do procedimento, a utilização do registro de preços, a alteração do critério de julgamento nas aquisições dos hortifrútis e o aprimoramento do estudo técnico preliminar. Em conclusão, opinaram pela aplicação de medida cautelar.

É o relatório

VOTO

Feitos os relatos, nos termos em que tenho continuamente exposto nos meus votos e decisões, reitero aqui, mais uma vez, que:

a) a competência dos Conselheiros deste Tribunal para aplicar ou conceder medida cautelar, inclusive de ofício, está positivada pelas regras dos arts. 56, 57 e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e do art. 149 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018);

b) no referente ao amparo judicial, a mencionada competência foi reconhecida por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar "MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA : MS 26547 DF", em 23 de maio de 2007 (Publicação no DJ 29/05/2007 PP-00033, Processo n. 00853820060), relatada pelo Ministro Celso de Melo, e ela está tão sedimentada no âmbito dos Tribunais de Contas, que não mais necessita de transcrição repetitiva;

c) para efetivar o controle prévio de editais, este Tribunal está autorizado pelas regras do art. 113, § 2º, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, observadas as disposições dos arts. 150 a 157 do Regimento Interno. E nos aspectos doutrinários e da aplicação em concreto de regras processuais, a medida cautelar é a medida provisória tendente a afastar a iminência de um possível dano a um direito ou a um possível direito.

Já, no aspecto essencial deste exame, registro, desde já, que, nestas circunstâncias de urgência, é imperiosa a aplicação da medida cautelar proposta, tendo em vista que, em juízo de cognição sumária, consegui detectar situações que a *prima facie* colocam em risco o interesse público (obtenção da proposta mais vantajosa) e a isonomia dos licitantes, de tal forma que, ao menos antes das justificativas do jurisdicionado, configura-se a presença do *fumus boni iuris* ou o *periculum in mora,* requisitos sólidos que autorizam, juridicamente, a aplicação desta decisão suspensiva**.**

Adentrando o mérito, vejo que, para os auditores que analisaram o controle prévio, haveria irregularidade no procedimento licitatório em razão de, no edital, **não ter sido previsto expressamente** o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, contido nos arts. 47 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006 (alterada pela Lei Complementar n. 147/2014), a saber:

> Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá** ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.
> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
> I - **deverá** realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00** (oitenta mil reais); [...]
> Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:
> I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;
> II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;
> III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Tal tratamento é obrigatório, e essa conclusão é a prevalecente nos tribunais pátrios. Certifique-se:

> "ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO **TIPO MENOR PREÇO POR ITEM**. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXAS DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. **PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS. VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06.** PROVIMENTO DO RECURSO.
>
> 1. Agravo de instrumento desafiado contra decisão que determinou a participação da parte agravada na licitação atinente ao Processo Administrativo nº 63064.000019/2009-89 - Edital de Licitação nº 04/2009, modalidade Pregão Eletrônico - salvo se por outro motivo deva ser excluída ou desqualificada.
>
> 2. Licitação do tipo "MENOR PREÇO POR ITEM" na qual - embora seu valor global (R$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas - observa-se que foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais.
>
> 3. Existência de várias licitações distintas e independentes entre si, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06, o que é corroborado, para exemplificar, pelo disposto no item 20.1, segundo o qual "cada contrato firmado com a fornecedora terá vigência pelo prazo de 15 (quinze) dias, a partir da retirada da Nota de Empenho, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.666/93".
>
> 4. Inobstante na hipótese em apreço exista uma limitação à livre concorrência, **prestigia-se o preceito constitucional insculpido no art. 170, IX, que assegura "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País", as quais, sem essa garantia, não teriam oportunidade de contratar com a Administração Pública**. 5. Agravo de instrumento provido. (TRF-5 - AGTR: 104017 RN

0000319-40.2010.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 04/05/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 13/05/2010 - Página: 677 - Ano: 2010)

> "Apesar de o valor global exceder o limite de R$ 80.000,00 previstos no art. 48, I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 para a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais. (...) Dessa forma, ao ser definido o "menor preço por item" como tipo de licitação, foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si, o que é confirmado, por exemplo, pela seguinte disposição editalícia (fl. 23, peça 2): (...) Sob esse aspecto, a contratação se mostra adequada à hipótese de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte prevista no art. 48, I, da LC nº 123/2006 c/c o art. 6º do Decreto nº 6.204/2007." (TCU. Acórdão 3771/2011. Primeira Câmara.)

> Representação da Lei 8.666/1993. Restrição a microempresas e empresas de pequeno porte. Ausência de justificativa. Limite monetário verificado por item, individualmente. Inexistência de irregularidade. Necessidade de atualização da legislação municipal. Pela improcedência. Recomendação. (TCE-PR 92224716, Relator: ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/03/2020)

Portanto, diante dos valores dos itens licitados no caso em exame, vejo que é inquestionável a obrigatoriedade do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas – que deve ser garantido mesmo sem a previsão editalícia. E, pelo fato de que *"a aplicação do regime preferencial independe de previsão expressa no edital"*[1], não vejo a falta de sua previsão no edital como motivo suficiente para aplicação de medida cautelar. Nesse sentido, os precedentes abaixo:

> "4. A análise inicial promovida pela Secex/BA afastou, de pronto, a alegação de que o município subtraiu ou negou direitos conferidos às micro e pequenas empresas por não prever tais benefícios no instrumento convocatório do certame. É que este Tribunal já decidiu que a aplicação dos dispositivos daquela lei independe de previsão editalícia, uma vez que se trata de comando legal, de cumprimento obrigatório. Assim, entende-se que, embora seja aconselhável a inclusão de cláusulas no edital, relativas ao direito de preferência das micro e pequenas empresas, a ausência delas no instrumento convocatório não retira o direito subjetivo das empresas nela enquadradas, à preferência na contratação, aferida por ocasião da fase de julgamento das propostas" (Acórdão 1.447/2015, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman).

> "No que tange à previsão no edital das condições especiais para participação de pequenas e micro empresas, conforme ficou consignado na Consulta n. 862465 de minha relatoria, respondida na sessão plenária do dia 30/05/2012, embora seja recomendada a expressa previsão desses benefícios no edital, a sua ausência não macula de vício o certame, posto que o disposto nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar 123/06 é autoaplicável, ou seja, independe de previsão editalícia." (TCE-MG - EDITAL DE LICITAÇÃO: 862547, Relator: CONS. MAURI TORRES, Data de Julgamento: 05/06/2014, Data de Publicação: 21/11/2014)

[1] Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021 / Marçal Justen Filho.—São Paulo: Thompson Reuters do Brasil, 2021. Pág.89

Noutro giro, tenho como certo que o prazo indicado no item 12.1 do edital – prazo de 1(um) dia para entrega das mercadorias – é exíguo e limita a participação no certame, especialmente os possíveis interessados sediados em outras localidades. Há, portanto, clara afronta ao § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/1993:

> Art. 3º [...]
>
> § 1o É vedado aos agentes públicos:
>
> I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Não se mostra razoável a exigência de prazo de entrega que de alguma forma dificulta sua prática por todos os que pudessem participar do certame, pois prejudica o caráter competitivo e privilegia fornecedores locais. Nesse sentido tem entendido os Tribunais de Contas. Cito abaixo alguns precedentes:

> REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93. **PRAZO DE ENTREGA EXÍGUO. PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE**. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DA AVALIAÇÃO DOS PRODUTOS. RESPONSABILIDADE. PREGOEIRA. SUBSCRITORA DO EDITAL. PARECERISTA. ERRO GROSSEIRO E INESCUSÁVEL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA E DETERMINAÇÕES. (TCE-PR 72443418, Relator: FABIO DE SOUZA CAMARGO, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/07/2019)

> EMENTA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PREGÃO PRESENCIAL AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS ATA DE REGISTRODE PREÇOS EDITAL NÃO DISPONIBILIZADO NA INTERNET DIVISÃO DO OBJETO EM SETE LOTES SEM IDENTIFICAR LOCAL DE ENTREGA **PRAZO DE ENTREGA EXÍGUO RESTRITIVIDADE NA COMPETIÇÃO** PROPOSTAS DE PREÇOS INCOMPLETAS NÃO OBSERVAÇÃO AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO AUSÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL EXIGIDO NO EDITAL APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS PERANTE A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL FALTA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS PERANTE A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL NÃO DESTINAÇÃO DE LOTES EXCLUSIVOS PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE IRREGULARIDADE MULTA (TCE-MS - ATA DE REGISTRO DE PREÇO / ADMINISTRATIVO: 121832019 MS 2005529, Relator: MARCIO CAMPOS MONTEIRO, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2956, de 29/09/2021)

Diante disso, estou certo que está presente o direito (interesse público) lesado, que não pode ser revisto posteriormente. A interrupção do certame é necessária.

Assim, em conclusão, sem sobejo de dúvidas, **até que se prove o contrário nas justificativas a serem apresentadas pelo jurisdicionado**, presente a ilegalidade por afronta ao parágrafo 1º, inciso I, do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, o que

coloca em risco o interesse público e os interesses pessoais dos licitantes. Presente aqui lesão clara ao Direito (*fumus boni iuris*) que autoriza a suspensão do certame.

E, independentemente de outras considerações, é certo que neste caso ocorreu, ou está para ocorrer, vícios inescusáveis de consequências indesejadas para o próprio gestor, de modo que a aplicação de medida cautelar servirá também como medida de proteção.

Em razão do exposto, decido nos sentidos de:

I - aplicar medida cautelar para:

a) que seja imediatamente suspenso o andamento do Pregão Presencial n. 5/2022, e vedado o prosseguimento de atos, especialmente quanto à homologação do referido certame, até que esta medida cautelar seja julgada ou revogada;

b) que, no caso, de já haver sido homologado o objeto da licitação, que não seja assinado o contrato;

II - determinar:

a) a intimação do Prefeito Municipal de Mundo Novo, Valdomiro Brischiliari, para que ele, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da data da ciência do ato, preste as informações e as justificativas técnicas e jurídicas e exponha as razões que entender úteis ou necessárias, sobre o que está indicado na Análise ANA - DFE - 1107/2022 (peça 12, fls. 118-122), e nesta decisão;

b) que a intimação seja feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012;

III - dar como fundamentos para os termos dispositivos desta decisão, as regras dos arts. 54, 56, 57, I, e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e dos arts. 149, § 1º, II, b, e § 2º, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018, republicada no DOETCE/MS [suplementar] de 24 de julho de 2019).

É a decisão.

Campo Grande/MS, 16 de fevereiro de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

FIJ / RT