DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 64/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/4637/2022
PROTOCOLO	: 2164726
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBAS DO RIO PARDO
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: MANOEL APARECIDO DOS ANJOS
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO – PREGÃO – AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS – IMPROPRIEDADES APONTADAS E SANADAS PARCIALMENTE – MEDIDA CAUTELAR NEGADA – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de **Controle Prévio** exercido pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 30), com apontamento de supostas irregularidades no procedimento licitatório na modalidade de **Pregão Presencial nº 15/2022**, instaurado pelo **Município de Ribas do Rio Pardo/MS**, tendo como objeto o registro de preços para a aquisição de gêneros alimentícios, no valor estimado **R$ 3.476.678,82** (três milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, seiscentos e setenta e oito reais e oitenta e dois centavos).

Relevante destacar que o julgamento da referida licitação já aconteceu em 14/04/2022, tendo sido registrados os preços das empresas que apresentaram os menores preços.

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar medida cautelar (peça 31), o que passa a fazer agora.

Instado a se manifestar, através do Despacho **DSP-G.WNB-8855/2022**, o jurisdicionado concordou com a maior parte das irregularidades apontadas pela Divisão Especializada e apresentou justificativas e documentos

(peças 36-40).

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 Presencial nº 15/2022, do Município de Ribas do Rio Pardo/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:

1. Impossibilidade de verificação da adequada técnica quantitativa de estimação;

2. Exigência de comprovação de regularidade fiscal em desconformidade com o ramo de atividade licitado;

3. Impedimento ilegal de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial.

Na resposta à intimação, o jurisdicionado admitiu a maioria das irregularidades apontadas, sustentando, em síntese, que houve ampla competitividade no certame, com participação de oito empresas, e que os itens 1 e 3 acima não trouxeram qualquer prejuízo, comprometendo-se a corrigir as falhas nos próximos processos licitatórios. Discordou, porém, do item 2, relativo à exigência de comprovação de regularidade fiscal, considerando que a fez de forma correta e isonômica.

Quanto aos **itens 1 e 3**, considero que assiste razão ao jurisdicionado. Ele anexou novos documentos com adequação das quantidades e asseverou, acertadamente, que o Sistema de Registro de Preços não obriga à contratação de todo o quantitativo. Além disso, admitiu o erro quanto ao item 3, assumindo o compromisso de alterar os próximos editais a fim de evitar o impedimento ilegal de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, que, na prática, não aconteceu, visto que não houve qualquer impugnação. **Sanadas, portanto, as duas impropriedades**.

No que diz respeito ao **item 2**, sobre exigência de comprovação de regularidade fiscal em desconformidade com o ramo de atividade licitado, o jurisdicionado falhou na amplitude dessa exigência, isto porque, *in casu*, há a exigibilidade de regularidade fiscal quanto a todos os tributos.

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, sendo o caso destes autos por se tratar de aquisição de gêneros alimentícios.

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.)

O jurisdicionado alega que a exigência de regularidade fiscal em relação a todos os tributos é isonômica quanto às empresas licitantes e assegura a observância do Princípio da Moralidade Administrativa, pois impede a contratação de quem está irregular com o fisco.

Contudo, as licitações públicas visam escolher a melhor proposta e não aferir se as empresas estão pagando todos os tributos, como IPTU, IPVA, ITCD e outros. Não interessa saber se a empresa está com o IPVA em dia quanto aos seus veículos, não sendo este o objeto da contratação, mas apenas se está regular quanto ao ramo de atividade que oferece à Administração, como ICMS quanto a mercadorias ou ISS em relação a serviços. **O Princípio da Isonomia se assegura, em regra, com prescrições que valem para todos, sendo tanto em caso de "cláusula genérica" de regularidade fiscal quanto "cláusula específica"**, desde que conste do Edital.

A posição que este Relator adota é no sentido de que **deve prevalecer a essência da licitação pública, qual seja a competitividade e a economicidade**. Quanto menos restritivas as exigências editalícias, maior é a participação das empresas e a possibilidade de a Administração obter vantajosidade em suas contratações. Nesse sentido, aliás, a determinação constitucional prevista no art. 37, XXI, da CF, como se vê a seguir (grifo nosso):

> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta,* ***nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.***

Assim, aqui há uma evidente imprecisão no termo genérico utilizado, 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.

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 DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 15/2022, DA HOMOLOGAÇÃO DA CONTRATAÇÃO OU SUA EXECUÇÃO PELO MUNICÍPIO DE RIBAS DO RIO PARDO/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**.

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

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 04 de maio de 2022.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2022-05