DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 1467/2022

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, cuja sessão pública estava 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".

Do exame dos aspectos levantados na Análise ANA - DFE - 1107/2022 (peça 12, fls. 118-122), resultou a Decisão Liminar DLM - G.FEK - 13/2022 (peça 13, fls. 123-128), da qual merecem transcrição os seguintes trechos:

> *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.*
>
> *(...)*
>
> *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.*
>
> *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;
(...)
É a decisão.

Depois de intimado da decisão liminar, o jurisdicionado apresentou justificativas às fls. 134-169 (peça 19), pedindo, ao final, a revogação da decisão.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, verifico que o gestor incluiu, nas suas justificativas, aspectos que não foram preponderantes para a aplicação da medida cautelar. Ocorre que, neste momento, só é processualmente pertinente o exame da matéria que trata unicamente da manutenção ou revogação da cautelar. Em razão disso, registro que os argumentos que não abordem diretamente as razões da cautelar não serão aqui analisados, devendo ser objeto de exame quando da realização do controle posterior.

Rememoro que, das impropriedades apontadas pela Divisão de Fiscalização de Gestão de Educação, apenas a impropriedade relativa ao prazo de entrega das mercadorias (item 12.1 do edital) foi considerada como motivo relevante para a aplicação da medida suspensiva. Ao meu julgamento, esse prazo (de um dia útil) é exíguo e limita a competitividade do certame.

Passando ao mérito das justificativas apresentadas, o gestor argumentou que a decisão que considerou exíguo o prazo de entrega definido no edital não considerou as realidades fáticas do município nem o interesse público envolvido. Segundo ele, tais situações não podem ser analisadas sem observar o contexto de cada município, na medida em que "*o Município não dispõe de vasta capacidade armazenatória, freezers, refrigeradores, etc., bem como há muitos itens licitados que devem ser frescos, tais como abacaxi, banana maça, batata, beterraba, carne bovina, carne de frango, carne suína, cebola, maça, mandioca, etc"* (peça 19, fl. 139). E, por fim, colacionou precedente.

As justificativas não me parecem razoáveis na medida em que a entrega pode ser programada e requerida com antecedência, de forma a atender à capacidade de armazenamento instalada. A entrega pode ser diária, de acordo com a necessidade do município, desde que este se planeje adequadamente. Exemplificando: na semana anterior o município pode apresentar ao fornecedor a relação de mercadorias a serem entregues em cada um dos dias da semana seguinte. O fornecedor entregará, portanto, os itens diariamente, seguindo as instruções da requisição recebida. O prazo entre a requisição e a entrega é necessário para o fornecedor providenciar os itens e planejar a logística de entrega – com esse prazo, fornecedores de cidades vizinhas também estarão em condições de concorrer com os fornecedores locais, garantindo o caráter competitivo do certame.

Não é admissível a exigência de prazo de entrega exíguo que de alguma forma restrinja o caráter competitivo por privilegiar apenas fornecedores locais.

O Ministro do Tribunal de Contas da União Ubiratan Aguiar, ao relatar voto vencedor do Acórdão 584/2004, se manifestou no sentido de que:

> *Os prazos de entrega de materiais e serviços, inclusive em licitações internacionais, devem manter a estrita correlação com a natureza do objeto licitado, sob pena de caracterizar restrição ao caráter competitivo do certame.*
>
> *(Acórdão 584/2004 – Plenário / Relator UBIRATAN AGUIAR)*

Nesse sentido, segue o consolidado entendimento dos Tribunais de Contas subnacionais. Transcrevo abaixo alguns desses julgados:

> *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)*

> *DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇO. MENOR PREÇO POR ITEM. AQUISIÇÃO DE PNEUS. SEPARAÇÃO DE ITENS POR LOTES DE PRODUTOS NACIONAIS E IMPORTADOS. INDETERMINAÇÃO NA DEFINIÇÃO DO OBJETO. **PRAZO EXÍGUO PARA A ENTREGA. LIMITAÇÃO À COMPETITIVIDADE E À ESCOLHA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA**. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO. 1. O tratamento uniforme entre empresas e/ou produtos nacionais e estrangeiros é garantia constitucional, incidindo ao caso o princípio da isonomia em sua*

integralidade, donde, não se admite que alguma empresa estrangeira deixe de vencer um certame simplesmente por ser estrangeira. 2. Julga-se parcialmente procedente a Denúncia, posto que apresenta a falta de definição correta e clara do objeto da licitação e ofende, sobremaneira, o princípio fundamental da licitação, que é o do julgamento objetivo. 3. ***O prazo de entrega não pode comprometer o caráter competitivo do certame, pois, o prazo exíguo, indiretamente impõe uma limitação geográfica à localização das licitantes, restringindo o universo de participantes do certame.*** *(TCE-MG - DEN: 1012169, Relator: CONS. WANDERLEY ÁVILA, Data de Julgamento: 24/05/2018, Data de Publicação: 08/06/2018)*

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. ADOÇÃO DO TIPO DE LICITAÇÃO "MENOR PREÇO POR LOTE". FIXAÇÃO DE DISTÂNCIA MÁXIMA PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. PRAZO DE 48 (QUARENTA E OITO) HORAS PARA A ENTREGA DOS PRODUTOS. PRODUTOS DE "PRIMEIRA QUALIDADE". AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHA COMO ANEXO DO EDITAL. EXIGÊNCIA DE CARTA DE REPRESENTAÇÃO DO FABRICANTE. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. A regra estabelecida pela Lei n. 8.666/93 é o parcelamento do objeto. Há situações, porém, que permitem a agregação de itens similares, sem prejudicar a ampla competitividade. 2. Na contratação do objeto do edital em exame, necessário se faz que a Administração considere a logística do deslocamento do veículo para locais distantes, por importar em custos e tempo, com vistas à satisfação do interesse público, não caracterizando ofensa ao princípio da isonomia a exigência editalícia de distância máxima para a prestação dos serviços. 3. ***É irregular a exigência de entrega dos materiais e serviços no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após a emissão da ordem de fornecimento por restringir o universo dos licitantes, privilegiando os comerciantes locais, em afronta ao disposto no inciso Ido § 1º do art. 3º da Lei n. 8666/93****. 4. A especificação do objeto não deve conter parâmetros subjetivos, como é o caso da expressão "primeira qualidade", a fim de garantir que o julgamento se realize de forma objetiva e de evitar direcionamento da licitação. 5. Segundo entendimento deste Tribunal, na modalidade pregão, é imprescindível que o orçamento estimado em planilha de custos unitários integre a fase interna do certame, sendo facultativa a disponibilização como anexo do edital. 6. A exigência de carta de representação do fabricante extrapola o rol exaustivo do art. 30 da Lei n. 8.666/93. Segunda Câmara 13ª Sessão Ordinária – 02/05/2019 (TCE-MG - DEN: 932824, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de Julgamento: 02/05/2019, Data de Publicação: 04/06/2019)*

LICITAÇÃO. EDITAL. VIOLAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO. EXIGÊNCIA DE ENTREGA DE BEM EM PRAZO EXÍGUO. A PREVISÃO EM EDITAL LICITATÓRIO DE PRAZO EXÍGUO PARA ENTREGA DE PRODUTOS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA ATENDIMENTO DA FROTA MUNICIPAL PREJUDICA O

CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME, CONTRARIANDO O INCISO I DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 8.666/93, TENDO EM VISTA QUE PRIVILEGIA OS FORNECEDORES LOCAIS E RESTRINGE A PARTICIPAÇÃO DE POTENCIAIS INTERESSADOS, QUE FICAM IMPOSSIBILITADOS DE CUMPRIR AS OBRIGAÇÕES PREVISTAS DEVIDO À DISTÂNCIA ENTRE SUAS SEDES E O MUNICÍPIO LICITANTE. (Denúncia. Relator: Conselheiro José Carlos Novelli. Acórdão nº 13/2013-TP. Processo nº 17.880-2/2014).

Firmado meu entendimento, vejo que as justificativas apresentadas pelo gestor são insuficientes para mudar os fundamentos da decisão que proferi em caráter liminar.

Por todo o exposto, decido no sentido de:

I – manter os efeitos da medida cautelar aplicada pela Decisão Liminar DLM - G.FEK - 13/2022;

II – facultar, em razão da importância da natureza do objeto, que a administração municipal promova as correções necessárias no item 12.1 do edital do Pregão Presencial n. 5/2022, providenciando a sua devida publicação para dar sequência à fase externa do procedimento, na forma que estabelece o art. 4º e seguintes da Lei n. 10520/2002;

III – determinar que o Prefeito Municipal de Mundo Novo, Valdomiro Brischiliari:

a) encaminhe a este Tribunal o edital de reabertura da licitação ou o comprovante de anulação definitiva do certame, caso seja esse o caminho trilhado;

b) seja intimado do teor desta decisão, por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 03 de março de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

FIJ / RT