DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 65/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/5660/2022
PROTOCOLO	: 2169394
ENTE	: MUNICÍPIO DE ITAQUIRAÍ
JURISDICIONADO (A)	: THALLES HENRIQUE TOMAZELLI (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 18/2022, tipo menor preço por item, com sessão pública programada para 5/5/2022 O edital, lançado pela Administração Municipal de Itaquiraí, tem como objeto a "Registro de Preços para aquisições futuras e parceladas de gêneros alimentícios para merenda escolar" (peça 10, fl. 219).

Examinados os documentos dos autos pela equipe da Divisão de Fiscalização de Gestão da Educação (DFE), esta apontou que:

> *i) Não foram concedidos parte dos benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar n. 123/2006, conforme descrito no item 2, alínea "a" desta análise;*
> *ii) O prazo de entrega estabelecido pode ser considerado restritivo à competitividade, conforme descrito no item 2, alínea "b" desta análise;*
> *iii) O termo de referência não trouxe os locais de entrega, conforme descrito no item 2, alínea "c" desta análise;*
> *iv) A descrição de um dos itens que compõe o certame necessita de complementação, conforme descrito no item 2, alínea "d" desta análise.* (Análise ANA - DFE - 3260/2022, peça 13, fls. 288-289)

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, registro que os autos chegaram ao meu gabinete em 5 de maio de 2022. E, no que se refere aos aspectos doutrinários e à aplicação em concreto de regras processuais, pontuo que a medida cautelar é a medida provisória tendente a afastar a iminência de um possível dano a um direito. Sua aplicação pelos Conselheiros deste Tribunal, 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) – competência reconhecida também no âmbito judicial no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da 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, Relator Ministro Celso de Melo).

Dito isso, na análise do controle prévio de editais de licitação, com base nas regras do art. 113, § 2º, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e dos arts. 150 a 157 do Regimento Interno, sempre submeto o exame de contratação pública, em sede de juízo liminar, ao crivo do atendimento de quatro requisitos fundamentais, a saber:

i) a **exigência de licitação** apropriada para cada caso, salvo as exceções infraconstitucionais específicas sobre dispensa e inexigibilidade, compreendendo em qualquer caso os atos e procedimentos típicos e os instrumentos formais compulsórios;

ii) a obrigatória busca para a obtenção da **proposta mais vantajosa**, direcionada para dar cumprimento ao princípio constitucional da economicidade (CF, art. 70, *caput*);

iii) a efetiva aplicação do **princípio da isonomia**, que propicia a competitividade e, no lado oposto, veda a imposição de exigências que a restrinjam (CF, art. 37, XXI)[1];

iv) a **razoabilidade concretamente motivada nas razões de decidir sobre as pendências surgidas e a utilidade da decisão** (segundo o regramento atual da LINDB);

Ademais, na análise dos requisitos citados, é necessário que o direito lesado esteja evidente, não dependendo de dilação de prova nem que seja necessário suscitar debate teórico sobre a existência de um direito, ou como ele deve ser interpretado, porque nessa hipótese não é evidente.

Feitas essas considerações, entendo que, dentre os achados apontados na Análise ANA - DFE - 3260/2022 (peça 13, fls. 288-289), o prazo de entrega reduzido, a falta de detalhamento do local de entrega dos produtos e a especificação insuficiente de um dos itens a ser adquirido restringem o caráter competitivo do certame, ensejando a aplicação de medida cautelar para a sua suspensão, com vistas a afastar a iminência de um possível dano a um direito.

Ante o exposto, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFE - 3260/2022 (peça 13, fls. 288-289).

1. DOS BENEFÍCIOS ÀS ME E EPP

A divisão apontou que:

> *A presente licitação deixou de destinar, sem a apresentação de justificativa formal (art. 49 da LC 123/2006), itens exclusivos e cotas para microempresas e empresas de pequeno porte, em desacordo com o estabelecido no art. 48, I e III da Lei Complementar n. 123/06.*

[1] Art. 37 (...) (...) 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.

> *(...)*
>
> *(...) considerando que o critério de julgamento da licitação é o menor preço por item, o edital deveria, obrigatoriamente, para a maioria dos itens, estabelecer contratação exclusiva, e, nos demais, cujos valores estimados superam R$ 80.000,00, provisionar cotas.*
>
> *É necessário salientar que o objeto precípuo da norma é permitir a ampliação do universo de competidores, criando em favor das micro e pequenas empresas um acesso mais constante as licitações públicas.*
>
> *Portanto, tendo por pressuposto, o cumprimento da Lei Complementar n. 123/2006,* ***torna-se necessário a mudança do edital****.* (peça 13, fls. 284-285, grifos adicionados)

Embora seja uma boa prática a inclusão, no edital, do tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, a omissão dessa previsão no edital não caracteriza propriamente uma irregularidade – desde que a omissão não acarrete na falta de cumprimento da norma pela Administração. Isso porque, nas palavras de Marçal Justen Filho, *"a aplicação do regime preferencial independe de previsão expressa no edital"*[2]. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> *"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)

2. PRAZO DE ENTREGA REDUZIDO

De acordo com a divisão, os itens 14.1 do edital (f. 231) e 5.1 do termo de referência (f. 254) estabeleceram um prazo de entrega de apenas um dia útil para todos os itens que compõe o certame (peça 13, fl. 285). Ao discorrer sobre o tema, os auditores da DFE pontuaram que:

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

> *É importante registrar que os produtos que compõe o certame (56 itens) possuem graus diferentes de perecibilidade, haja vista a existência de produtos perecíveis, tais como, carnes resfriadas, pães, frutas e legumes, e outros que possuem maior prazo de validade, oferecendo condições de armazenamento, tais como os cereais, massas, óleos, dentre outros produtos industrializados.*
>
> *Logo, infere-se que o ente contratante poderia adotar posturas diferentes, em termos de concessão de prazo de entrega para cada tipo de produto, com base no cardápio e na sua capacidade de armazenamento, sem qualquer prejuízo ao atendimento da política pública.*
>
> *Nesse sentido, cabe ressaltar que, o item 2.1.4 do Estudo Técnico Preliminar, que abaixo se transcreve, fez a distinção do prazo de entrega para os diferentes produtos, concedendo um maior prazo para os produtos não perecíveis, o que não foi aproveitado no termo de referência.* (peça 13, fl. 285)

De fato, assiste razão à equipe técnica. Conforme já me manifestei na Decisão Singular DSG – G.FEK – 1467 (Processo TC/1368/2022), **o prazo entre a solicitação de fornecimento e a entrega dos produtos não está necessariamente vinculado à perecibilidade dos gêneros alimentícios**. Isso porque, mesmo com um prazo maior entre a solicitação de fornecimento e a entrega dos produtos, o município ainda pode contar com um abastecimento diário, desde que se **planeje adequadamente**. Explico: 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. E, não pode o município deixar de dar caráter competitivo ao certame pelo simples fato de não planejar adequada e antecipadamente o cardápio da merenda escolar.

Portanto, 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)

3. DO LOCAL DE ENTREGA

Nesse ponto, a divisão verificou que o termo de referência (anexo I) não apresenta o local de entrega dos produtos, ficando a posteriori a sua definição, conforme contido no item 4:

> *4.1. 0(s) produto(s) deverá(ão) ser entregue nos locais indicados pela Secretaria Municipal de Educação, de acordo com cronograma de entrega, previamente definido pelo Departamento de Compras do município, ou agendamento, através do telefone (67) 3476- 3500.* (peça 10, fl. 253)

Trata-se de omissão que **afeta o caráter competitivo do certame**, pois, como apontou a equipe técnica, a definição do local de entrega é parte do custo do fornecedor, haja vista as despesas com transporte, principalmente, diante da existência de escolas sediadas na área rural do município (peça 13, fl. 286).

3. DA ESPECIFICAÇÃO

A equipe técnica observou que, na descrição do item 9 (biscoito água e sal), contida no termo de referência, não constou o peso mínimo da embalagem. Isso pode acarretar prejuízo à isonomia do certame, uma vez que o peso do pacote influencia diretamente no valor do produto (peça 13, fl. 287).

4. OUTRAS OBSERVAÇÕES

Além do discutido acima, constam da Análise ANA - DFE - 3260/2022 (peça 13, fls. 287-288) recomendações relativas ao critério de julgamento e à elaboração do estudo técnico preliminar. A meu ver, os fatos que levaram a essas recomendações não reúnem os requisitos necessários para a aplicação de medida cautelar, devendo ser discutidas quando do controle posterior. Aproveito o ensejo para frisar que os apontamentos aqui discutidos não impedem que este Tribunal examine posteriormente o referido procedimento licitatório (e os atos dele decorrentes), tampouco constituem hipótese de sua legalidade, conforme mensurado nos termos do art. 156 da Resolução TCE/MS n.º 98/2018, *in verbis*:

> *Art. 156. A ausência de manifestação do Tribunal sobre o edital de licitação não impede o exame posterior do respectivo procedimento*

licitatório, nem constitui pressuposto de sua legalidade ou conformidade com a lei.

Ante o exposto, decido nos sentidos de:

I - **aplicar** medida cautelar para:

a) que seja imediatamente suspenso o andamento do Pregão Presencial n. 18/2022, e vedado o prosseguimento de atos, especialmente quanto à adjudicação e 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 Itaquiraí, senhor Thalles Henrique Tomazelli, para que ele, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da data da ciência do ato, exponha as razões que entender úteis ou necessárias sobre o que está indicado na Análise ANA - DFE - 3260/2022 e nesta decisão ou para que, caso venha a anular definitivamente o Pregão Presencial n. 18/2022, encaminhe o comprovante de anulação a este Tribunal;

b) o encaminhamento, junto com a intimação ao Prefeito Municipal, de cópias da Análise ANA - DFE - 3260/2022 e desta decisão;

c) 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.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 05 de maio de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

FIJ / RT