DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 169/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/17312/2022
PROTOCOLO	: 2212467
ENTE	: MUNICÍPIO DE ANGÉLICA
JURISDICIONADO (A)	: EDISON CASSUCI FERREIRA
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial nº 26/2022, tipo menor preço por item. O edital, lançado pela Administração Municipal de Angélica, tem como objeto o registro de preços para "contratação de empresa especializada em fornecimento de madeira" (peça 9, fl. 90).

Ao examinar o edital (Análise ANA - DFLCP - 8273/2022, peça 12, fls. 135-142), a Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP) apontou as seguintes impropriedades:

1. ausência de ampla pesquisa de preços;

2. ausência de objetividade na exigência de comprovação de regularidade fiscal.

Os auditores propuseram então a aplicação de medida cautelar com vistas à suspensão da licitação, por entenderem que as impropriedades citadas restringem a competitividade do certame e oferecem potencial risco de prejuízo ao erário.

É o relatório.

DECISÃO

No que refere aos aspectos doutrinários e à aplicação em concreto de regras processuais, pontuo que a medida cautelar é a medida provisória com vistas 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) nº 160, de 2 de janeiro de 2012, e do art. 149 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS nº 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 nº 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) nº 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 da obtenção da **proposta mais vantajosa**, visando ao cumprimento do princípio constitucional da economicidade (art. 70, *caput*, CF);

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

iv) a **razoabilidade concretamente motivada nas razões de decidir sobre as pendências surgidas e a utilidade da decisão** (segundo o regramento atual do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – LINDB);

Ademais, pontuo que, para a aplicação de medida liminar, é necessária a existência do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo na demora). A medida liminar exige, portanto, que haja:

- uma evidente lesão ao direito – não dependendo de dilação de prova ou de debate teórico sobre esse direito, pois, se assim o for, a lesão não é evidente;
- um fato que possa ocasionar dano irreparável se houver demora na providência que venha a impedi-lo.

Feitas essas considerações, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFLCP - 8273/2022 (peça 12, fls. 135-142).

1. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS

Segundo a equipe técnica, o entendimento consolidado aponta para a necessidade de realização de uma ampla pesquisa de preços, para que assim a contratação reflita com fidedignidade os preços correntes de mercado. Essa ampla pesquisa de mercado, continua a equipe técnica, está caracterizada pela diversificação das fontes de consulta, formando o que se convencionou chamar de cesta de preços aceitáveis (peça 12, fl. 136).

O tema, conforme informado na análise da divisão, foi tratado por este Tribunal por meio do Parecer-C 14/2015 (Processo TC/18553/2013, Relator Conselheiro Jerson Domingos), no qual foi firmado o entendimento de que:

> A cotação de preços pode ser feita validamente por e-mail, lojas on-line ou mesmo outros meios similares, alertando apenas para a

necessidade de ampla variedade de meios de pesquisa, **não sendo possível ater-se a uma única linha de pesquisa** e **para a formação da média de preços praticada no mercado deve haver nos autos, comprovadamente, no mínimo, três cotações válidas**. (grifos adicionados)

No caso dos autos, vê-se que o gestor, ao realizar a cotação, utilizou uma única linha de pesquisa, qual seja, consulta a fornecedores. Além disso, para alguns itens, não há sequer três cotações válidas. A título de exemplo, cito:

SUBANEXO X					
PESQUISA DE PREÇOS COM MAPA COMPARATIVO					
UNIDADE GESTORA: PREFEITURA MUNICIPAL DE ANGELICA					
PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 141/2022					
NÚMERO DA LICITAÇÃO: 26/2022					
FONTES: FORNECEDOR (ES)					
ITEM	**FORNECEDORES DIRETOS**				**FÓRMULA MATEMÁTICA ADOTADA**
	ANDRE L. MARCIANO & CIA. LTDA	KLESSE & DERING LTDA - ME	SOL NASCENTE COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA-ME	FALCAO COMERCIO DE MADEIRAS LTDA	ARITMÉTICA
36938-ESTACA DE 25 X 25 6M SUCUPIRA.	R$ 5.900,00	R$ 0,00	R$ 6.030,00	R$ 0,00	R$ 5.965,00
29268-ESTACA DE 25 X 30 - 6(M), SUCUPIRA	R$ 5.900,00	R$ 0,00	R$ 6.030,00	R$ 0,00	R$ 5.965,00
29262-ESTACAS DE 20 X25 - 6(M), SUCUPIRA	R$ 5.900,00	R$ 0,00	R$ 6.030,00	R$ 0,00	R$ 5.965,00
20135-ESTACAS DE 30 X 30 - 6(M), SUCUPIRA	R$ 5.900,00	R$ 0,00	R$ 6.030,00	R$ 0,00	R$ 5.965,00

Não bastasse a ausência de ampla pesquisa de preços, verifico que em alguns itens houve uma grande variação nos preços consultados e utilizados na elaboração do orçamento da licitação, distorcendo o preço de mercado. São exemplos:

SUBANEXO X						
PESQUISA DE PREÇOS COM MAPA COMPARATIVO						
UNIDADE GESTORA: PREFEITURA MUNICIPAL DE ANGELICA						
PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 141/2022						
NÚMERO DA LICITAÇÃO: 26/2022						
FONTES: FORNECEDOR (ES)						
ITEM	**FORNECEDORES DIRETOS**				**FÓRMULA MATEMÁTICA ADOTADA**	**VARIAÇÃO ENTRE MENOR E MAIOR PREÇO**
	ANDRE L. MARCIANO & CIA. LTDA	KLESSE & DERING LTDA ME	SOL NASCENTE COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA-ME	FALCAO COMERCIO DE MADEIRAS LTDA	ARITMÉTICA	
37842-PRANCHA DE 10 X 25, EUCALÍPITO	R$ 2.400,00	R$ 3.299,00	R$ 2.500,00	R$ 0,00	R$ 2.733,00	37,45%
37823-TABUA 2 X 10 PINOS	R$ 1.900,00	R$ 2.145,00	R$ 2.100,00	R$ 2.500,00	R$ 2.161,25	31,5%
37839-PRANCHA DE 5 X 20, EUCALÍPITO	R$ 2.400,00	R$ 3.299,00	R$ 2.500,00	R$ 0,00	R$ 2.733,00	37,45%

Vale ainda citar que as justificativas do gestor para a situação descrita acima foram insuficientes para afastar a irregularidade, carecendo de comprovação, como bem pontuou a divisão no trecho que reproduzo a seguir:

> **A contraponto, consta do item 9 do Estudo Técnico Preliminar** às folhas 18 dos autos, justificativa de que *"a cesta de preço foi composta com cotações de possíveis fornecedores. Os itens do referido processo não foram localizados no banco de preço, bem como não foi encontrada contratações correlatas de outros entes públicos."*
>
> No entanto, diferente das informações relacionadas ao quantitativo previsto que tomou por base contratações pretéritas da Administração, os valores dessas contratações não foram relacionados na pesquisa apresentada, tampouco consta justificativa para a sua não utilização e, ainda, não constam dos autos as consultas realizadas pelo órgão no sentido de se obter preços em outras fontes de pesquisa, como mencionado no supracitado item 9 do ETP.
>
> Tal situação leva à compreensão de que o órgão deixou de buscar outras fontes que pudessem enriquecer a pesquisa e possibilitar que as médias estimadas se aproximassem o máximo possível dos preços reais de mercado.
>
> Registra-se que as informações ainda que infrutíferas e/ou não encontradas, devem integrar os autos do processo de contratação de forma

> que se tornem rastreáveis e comprovem as tentativas do órgão em ampliar a sua consulta de preços. (peça 12, fl. 137, grifos conforme original)

Vejo, portanto, que assiste razão à divisão no ponto aqui examinado. A pesquisa de preços, do modo que foi apresentada pelo jurisdicionado, pode ocasionar contratação com valores discrepantes aos de mercado. Diante da grande variação de preços, o jurisdicionado deve ser diligente em ampliar a base de preços para o orçamento e promover análise estatística das cotações obtidas, de forma que o orçamento obtido reflita os valores de mercado. A pesquisa de preços, no modo em que foi realizada, coloca **em risco** a obtenção da **proposta mais vantajosa** e o cumprimento do **princípio da economicidade**.

Além disso, outro ponto crucial apontado pela divisão foi a **falta de envio das cópias dos orçamentos e demais fontes de consulta utilizadas no cálculo do valor estimado**, o que, por impedir que este Tribuna proceda ao adequado exame do orçamento realizado, também enseja a suspensão cautelar do certame.

2. AUSÊNCIA DE OBJETIVIDADE NA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL

Ao analisar os documentos exigidos pelo edital para comprovar a regularidade fiscal, a equipe técnica observou que a prova de regularidade requerida compreende todos os créditos tributários para com as fazendas estadual e municipal, em desconformidade com o ramo de atividade licitado (peça 12, fl. 138). Em razão disso, salientou que:

> (...) a comprovação da regularidade fiscal deve estar em consonância com **o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal**, que **permite somente o estabelecimento de exigências de habilitação indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações pelo contratado**, o que tende a ampliar a competitividade (...)
>
> (...)
>
> (...) a exigência de documentação de regularidade fiscal prevista na Lei n. 8.666/93 para fins licitatórios, não pode ser utilizada para fins de atividades de fiscalização tributária ou a obrigar o pagamento de tributos com o fisco municipal ou estadual. (peça 12, fl. 138, grifos conforme original)

Ocorre que os entendimentos acerca dessa matéria não estão sedimentados, inclusive nesta Casa de Contas. Vanessa Capistrano Cavalcante[1] esclarece que:

> *A exigência da regularidade fiscal nesse sentido, trata-se de tema divergente ocasionando calorosos debates em sede doutrinária. Uma primeira corrente defende a constitucionalidade da exigência,*

[1] CAVALCANTE. Vanessa Capistrano. Análise jurídica da exigência da regularidade fiscal na fase de habilitação no âmbito das licitações públicas. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/analise-juridica-da-exigencia-da-regularidade-fiscal-na-fase-de-habilitacao-no-ambito-das-licitacoes-publicas/> Acesso em 11/8/2022.

principalmente, ao considerar injusta a possibilidade de relação jurídica benéfica com o Poder Público enquanto descumpre suas respectivas obrigações tributárias, bem como a manifestação do Constituinte Originário ao estabelecer que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público.

De outra banda, a exigência da regularidade fiscal nos moldes como foi realizada pela Lei 8.666/93, na qual esta é exigida mesmo com relação a entidade federativa diversa da qual se pretende firmar o futuro contrato administrativo, seria imposição dotada de flagrante desproporcionalidade, bem como configuraria forma de sanção política.

Sobre o tema, Rony Charles Lopes de Torres assevera que:

> Na verdade, esse embate envolve uma discussão acerca do real sentido da norma e sua função. Deve-se questionar: qual o motivo para que se justifique o empecilho à competitividade, pela exigência de prova de regularidade fiscal? Seria uma política de utilização de prerrogativa de contratar com o Poder Público, como um benefício que não deve ser auferido pelos devedores de tributos? Essa condição de devedor deve ser aferida sob que parâmetros? Em relação a todos os tributos? Apenas em função daqueles relacionados ao objeto da contratação? De acordo com a competência tributária do ente realizador do certame?
>
> Sendo razoável, o empecilho à competitividade, pela exigência da regularidade fiscal, é algo constitucionalmente permitido, exteriorizando uma política fiscal e promocional do Estado. Ele estabelece regras de habilitação que beneficiam aqueles detentores de certa regularidade com o fisco. A questão mais trabalhosa é a de estabelecer os limites e parâmetros para tal aferição. (TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 419-420.)

Como forma de exemplificar essa controversa, reproduzo abaixo alguns julgados deste Tribunal:

> 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, oque 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.
>
> (...)
>
> Assim, aqui há uma evidente imprecisão no termo utilizado pelo jurisdicionado e depois na supressão integral do dispositivo sobre tributação municipal, 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. (DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB -24/2022. Processo

TC/10091/2021. Relator: Conselheiro Waldir Neves Barbosa. Grifos conforme original)

Antes de mais nada, faz-se necessário transcrever o artigo 29 da Lei n.º 8.666/93, que dispõe sobre a documentação referente à regularidade fiscal:

> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:
> (...)
> II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
> III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
> (...)

(...)

Com efeito, tratando-se de incisos posicionados em fila indiana, e partindo de uma interpretação finalística-teleológica da norma, constata-se que a intenção do legislador foi exatamente a de relacionar a primeira certidão ao objeto da licitação, e não o fazê-lo (sic) em relação à certidão tributária.

Impende frisar, neste ponto, que existem vozes em sentido contrário, ou seja, que doutrinam por associar todas as provas de regularidade fiscal ao objeto contratual.

Por isso, dada a controvérsia doutrinária que envolve a temática, e levando em consideração que o Edital adotou uma interpretação literal e teleológica do artigo 29, tal qual acima descrita, **não há irregularidade nesse sentido, capaz de obstar o prosseguimento das fases licitatórias**. (DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM -143/2021. Processo TC/12635/2021.Relator: Conselheiro Márcio Monteiro. Grifos adicionados)

(...) o indício da irregularidade apontada restou materializado pela exigência contida no edital (item 8.1.2, d), de que para habilitação no certame os licitantes deverão apresentar:

> "Prova de regularidade com a Fazenda Pública Estadual (Certidão Negativa de Débitos Gerais, compreendendo todos os tributos de competência do Estado), emitida pelo órgão competente, da localidade de domicilio ou sede da empresa licitante, na forma da Lei.".

A referida exigência, além de se mostrar em descompasso com a previsão contida no art. 29, III, da lei 8666/19933, também implica em injustificada imposição de obstáculos, pois, referido documento (certidão negativa de débitos gerais) irá alcançar débitos de natureza diversa, e não apenas os relacionados à atividade econômica do licitante e/ou que apresentem vinculação/compatibilidade com o objeto da licitação, a exemplo de débitos relativos à IPVA, fato este que, por certo, inviabilizará a participação de interessados que porventura apresentem pendência junto à Fazenda Pública Estadual.

Assim sendo, **a exigência no item 8.1.2, do edital da licitação se afigura excessiva, detém o condão de inviabilizar a participação de eventuais interessados, bem como, se apresenta contrária à disposição contida na Lei de Licitações**. (DECISÃO LIMINAR DLM -

G.RC -19/2022. Processo TC/2253/2022. Relator: Conselheiro Ronaldo Chadid. Grifos adicionados.)

Em resumo, a análise da questão posta neste item passa por discussões doutrinárias e jurisprudenciais. E, conforme já afirmei anteriormente, a necessidade desse debate inviabiliza a concessão de medida cautelar.

Da análise do que foi aqui exposto, entendo necessária a aplicação de medida cautelar visando à suspensão do Pregão Presencial nº 26/2022, pois vejo que é iminente a possibilidade de dano de difícil reparação se concretizada a celebração de contrato dele decorrente. Isso porque, em sede de cognição sumária, entendo que as **irregularidades presentes na pesquisa de preços** oferecem um risco evidente à **busca da proposta mais vantajosa** para a Administração.

Verificada, portanto, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, decido nos sentidos de **aplicar medida cautelar**, nos termos dos arts. 56, 57, I e III, e 58 da Lei Complementar Estadual nº 160/2012, e do art. 152, I, do Regimento Interno, **determinando** que:

I – o Prefeito Municipal de Angélica, senhor Edison Cassuci Ferreira, promova a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** do Pregão Presencial nº 26/2022, ou, caso já tenha ocorrido a sessão de recebimento das propostas, que se abstenha de homologar a licitação e formalizar a respectiva ata ou contrato, até ulterior manifestação deste Tribunal;

II – a autoridade responsável seja intimada para, no prazo 5 (cinco) dias úteis:

1. comprovar o cumprimento imediato das determinações desta decisão;
2. manifestar-se sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum,* bem como encaminhar os eventuais documentos faltantes, e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito;
3. encaminhar, caso venha a anular definitivamente o Pregão Presencial nº 26/2022, o comprovante de anulação a este Tribunal;

III – a intimação seja feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) nº 160, de 2 de janeiro de 2012.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 22 de novembro de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij