

## CORPO DELIBERATIVO

Presidente \_\_\_\_\_ Conselheiro Iran Coelho das Neves  
Vice-Presidente \_\_\_\_\_ Conselheiro Jerson Domingos  
Corregedor-Geral \_\_\_\_\_ Conselheiro Ronaldo Chadid  
Ouvidor \_\_\_\_\_ Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo  
Diretor da Escola Superior de Controle Externo \_\_\_\_\_ Conselheiro Waldir Neves Barbosa  
Conselheiro \_\_\_\_\_ Flávio Esgaib Kayatt  
Conselheiro \_\_\_\_\_ Marcio Campos Monteiro

## 1ª CÂMARA

Presidente \_\_\_\_\_ Conselheiro Flávio Esgaib Kayatt  
Conselheiro \_\_\_\_\_ Osmar Domingues Jeronymo  
Conselheiro \_\_\_\_\_ Jerson Domingos

## 2ª CÂMARA

Presidente \_\_\_\_\_ Conselheiro Marcio Campos Monteiro  
Conselheiro \_\_\_\_\_ Waldir Neves Barbosa  
Conselheiro \_\_\_\_\_ Ronaldo Chadid

## AUDITORIA

Coordenador da Auditoria \_\_\_\_\_ Auditora Patrícia Sarmiento dos Santos  
Subcoordenador da Auditoria \_\_\_\_\_ Auditor Célio Lima de Oliveira  
Auditor \_\_\_\_\_ Leandro Lobo Ribeiro Pimentel

## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Procurador-Geral de Contas \_\_\_\_\_ João Antônio de Oliveira Martins Júnior

## SUMÁRIO

ATOS DE CONTROLE EXTERNO..... 2

## LEGISLAÇÃO

Lei Orgânica do TCE-MS..... [Lei Complementar nº 160, de 2 de Janeiro de 2012](#)  
Regimento Interno..... [Resolução nº 98/2018](#)

## ATOS DE CONTROLE EXTERNO

Juízo Singular

Conselheiro Flávio Kayatt

Decisão Singular

## DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 94/2022

PROCESSO TC/MS : TC/7631/2022  
PROTOCOLO : 2179124  
ENTE : MUNICÍPIO DE NOVO HORIZONTE DO SUL  
JURISDICIONADO (A) :1. ALDENIR BARBOSA DO NASCIMENTO (PREFEITO MUNICIPAL)  
2. MAURO CESAR CAMARGO (GERENTE MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS)  
TIPO DE PROCESSO : CONTROLE PRÉVIO  
RELATOR : CONS. FLÁVIO KAYATT

## RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial nº 13/2022, tipo menor preço global, com sessão pública programada para 20/6/2022. O edital, lançado pela Administração Municipal de Novo Horizonte do Sul, tem como objeto a “contratação de empresa de tecnologia da informação, para fornecimento de licença de direito de uso de software integrado de gestão pública, com suporte técnico e manutenção, incluindo a implantação, migração de dados, customização, parametrização e treinamento, visando atender às necessidades de serviços e de modernização da administração pública municipal” (peça 9, fl. 156).

Examinados os documentos dos autos pela equipe da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP), esta apontou que:

O *fumus boni iuris* está presente em razão do potencial risco de prejuízo ao erário que pode advir de contratação realizada com base nas seguintes irregularidades: “**1. Ausência de ampla pesquisa de preços; 2. Exigência de comprovação de regularidade fiscal e, 3. Qualificação técnica - ausência de critérios objetivos**”.

Diante da iminência da prática de ato potencialmente danoso à competição, que pode resultar em contratação desvantajosa e irregular em face da ocorrência da realização da sessão de recebimento das propostas em **20/062022** (sic), resta igualmente caracterizado o *periculum in mora*.

Presentes, portanto, os requisitos para concessão da medida cautelar (risco de dano e prejuízo ao erário). (Análise ANA - DFLCP - 4419/2022, peça 12, fls. 237, grifos conforme original)

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) 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 da obtenção da **proposta mais vantajosa**, visando ao cumprimento do 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 o restrinjam** (CF, art. 37, XXI);

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 sua existência, ou como ele deve ser interpretado, porque nessa hipótese o direito não é evidente.

Feitas essas considerações, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFLCP - 4419/2022 (peça 12, fls. 225-238).

## 1. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS

A divisão verificou que os preços foram coletados exclusivamente junto a três fornecedores, sem utilização de nenhuma outra fonte de consulta (peça 12, fl. 226). Consta dos autos a seguinte justificativa acerca da pesquisa de preços:

Ocorre que, mesmo tendo envidado todos os esforços para buscar cumprir o §10 e 20 do art. 30 do Decreto 067/2018, que dispõe sobre a realização de pesquisas com parâmetros diferentes, o setor de compras não logrou êxito na utilização de contratações anteriores do próprio município em execução, visto ser contratação inédita para esse objeto, e contratações similares de outros entes públicos e/ou pesquisa publicada em mídia especializada também não foram possíveis em razão da especificidade do objeto por se tratar de serviços com particularidades que dificultam/impossibilitam a comparação com contratos firmados por outros órgãos. (peça 6, fl. 115)

A divisão por sua vez apontou que:

(...) em que pese as folhas 113 a 115 dos autos contemplar justificativa sobre os parâmetros utilizados na pesquisa de preços, compreende-se que não são suficientes para afastar a ausência de uma pesquisa de preços mais ampla, haja vista que o objeto da presente licitação é facilmente contratado por outros entes da Administração Pública nas mais diversas esferas. (peça 12, fl. 226)

No caso em tela, verifico que o objeto é de fato bastante específico, o que dificultaria a pesquisa de preços por meio de contratações anteriores do próprio município, contratações similares de outros entes públicos e/ou pesquisa publicada em mídia especializada. Por outro lado, é ampla a quantidade de empresas com qualificação técnica para atender o objeto, inclusive de outros estados. Além disso, há grande discrepância entre os preços apresentados pelos fornecedores, tornando ainda mais difícil a obtenção do preço de mercado.

Ponderando a questão, entendo que, embora a especificidade do objeto possa causar dificuldade na pesquisa de preços, essa dificuldade não pode, em hipótese alguma, dar azo a uma pesquisa de preços que não reflita o preço de mercado, uma vez que compromete a obtenção da **proposta mais vantajosa** e o cumprimento do princípio constitucional da **economicidade** (CF, art. 70, *caput*).

## 2. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL

Neste ponto, a equipe técnica considerou que a regularidade fiscal exigida extrapolou aquilo que é considerado necessário pelas normas jurídicas, restringindo, portanto, o caráter competitivo do certame. Em seu entendimento, “em observância à proporcionalidade, a exigência de regularidade fiscal, com exceção da Fazenda Nacional, deve estar circunscrita aos tributos devidos à Fazenda Pública interessada, ou seja, os tributos que tenham relação com a atividade contratada e/ou objeto licitado” (peça 12, fls. 235-236, grifos conforme original).

Ocorre que, como foi apontado pela própria divisão (peça 12, fl. 228), os entendimentos acerca dessa matéria não estão sedimentados, inclusive nesta Casa de Contas. Vanessa Capistrano Cavalcante<sup>1</sup> 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, 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*

<sup>1</sup> 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 8/3/2022.

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.)*

Dessa forma, sendo controversa a questão da regularidade fiscal, inexistem um dos aspectos fundamentais para a concessão de medida cautelar, que é a necessidade de o direito lesado ser evidente.

### 3. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS

Sobre esse item, transcrevo o seguinte trecho da análise da equipe técnica (peça 12, fl. 236, grifos conforme original):

O item 9.5, “b” do Edital (f. 167) prevê que a documentação relativa à qualificação técnica consistirá na **apresentação de Atestado(s) de Capacidade Técnica** fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado contratante do serviço, que contemple o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação.

No entanto, **o Edital não define os critérios objetivos para a avaliação da compatibilidade às características e quantidades do objeto licitado.**

Assiste razão à equipe técnica. A exigência de capacidade técnica não pode ser excessiva a ponto de restringir indevidamente a competitividade do certame, tampouco pode ser prevista sem critérios objetivos e mensuráveis, pois é preciso deixar claro ao participante quais os requisitos ele deve atender para habilitado no certame. Reitero, utilizando os termos da análise técnica, que “sem definição objetiva do que será considerado ‘satisfatória’ em termos de experiência técnica prévia, qualquer julgamento será subjetivo e, portanto irregular” (peça 12, fl. 236). Trata-se, portanto, de irregularidade que fere o **princípio da isonomia** e **restringe a competitividade** do procedimento licitatório.

Discutidos os achados levantados pela divisão na Análise ANA - DFLCP - 4419/2022 (peça 12, fls. 237), cabe ainda registrar que, por se tratar de apreciação em cognição sumária, as manifestações aqui contidas não constituem hipótese de legalidade do referido procedimento licitatório (e dos atos dele decorrentes), podendo este Tribunal examinar posteriormente o feito, 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.*

E, da análise do que foi aqui exposto, entendo necessária a aplicação de medida cautelar visando à suspensão do Pregão Presencial nº 13/2022, 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 a **ausência de ampla pesquisa de preços** e a **ausência de critérios objetivos para a qualificação técnica** oferecem um risco evidente à **obtenção da proposta mais vantajosa** e ao **princípio da isonomia**. Verificada, portanto, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, decido nos sentidos de **aplicar medida cautelar**, nos termos dos artigos 56, 57, incisos I e III, e 58 da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c o art. 152, inciso I, do RITCE/MS, **determinando** que:

I – o Prefeito Municipal de Novo Horizonte do Sul, senhor Aldenir Barbosa do Nascimento, e o Gerente de Administração e Finanças, Mauro Cesar Camargo, promovam a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** do Pregão Presencial nº 13/2022, ou, caso já praticado o referido ato, que se abstenha de celebrar o respectivo contrato administrativo, até ulterior manifestação deste Tribunal;

II – seja facultado ao responsável a tomada das correções necessárias com vistas ao restabelecimento da licitação, republicando-se o edital, com a conseqüente reabertura do prazo legal para a realização da sessão e apresentação das propostas;

III – a autoridade responsável seja intimada para, no prazo de 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 a republicação do edital ou, caso venha a anular definitivamente o Pregão Presencial nº 13/2022, o comprovante de anulação a este Tribunal.

IV – 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, 15 de junho de 2022.

**CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT**  
Relator

