ACÓRDÃO - AC01 - 198/2021

PROCESSO TC/MS	**:** TC/12530/2018
PROTOCOLO	**:** 1944337
TIPO DE PROCESSO	**:** PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – ATA DE REGISTRO DE PREÇO
ÓRGÃO	**:** SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO DE LADÁRIO
JURISDICIONADO	**:** HELDER NAULLE PAES DOS SANTOS BOTELHO
INTERESSADO	**:** TRANSPORTES ANDORINHA S/A
VALOR	**:** R$ 737.350,00
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – SERVIÇOS DE AGENCIAMENTO DE PASSAGENS AÉREAS E TERRESTRES – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – AUSÊNCIA DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR (ETP) – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO.

1. O Estudo Técnico Preliminar (ETP) faz parte da etapa do planejamento das licitações, nele consta a formalização da demanda, ou seja, o que a Administração realmente precisa comprar. Tal estudo deve apontar, dentre outros pontos, a descrição do objeto, a necessidade da contratação, as estimativas de quantidade, acompanhadas de memórias de cálculo, a viabilidade e razoabilidade da contratação, para, ao final, servir de base para a elaboração do Termo de Referência ou do Projeto Básico.
2. A ausência do ETP, que no caso foi incapaz de viciar o procedimento licitatório desenvolvido em conformidade com as demais normas legais, estando pautados os quantitativos das passagens, objeto da licitação, com base em calendários de eventos externos programados no decorrer do ano e/ou em contratações de anos precedentes, enseja a declaração da sua regularidade com ressalva e a recomendação ao gestor para a adoção de maior rigor na fase de planejamento da licitação, orientando-se pelas disposições da Instrução Normativa n. 5/2017 do antigo Ministério do Planejamento, e, atualmente, pelas disposições da Instrução Normativa n. 40/2020 do Ministério da Economia.
3. É declarada a regularidade da ata de registro de preços que revela consonância com prescrições legais e normas regulamentares.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 9ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 10 a 13 de maio de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em declarar a **regularidade com a ressalva** do procedimento licitatório - Pregão Presencial nº 32/2018, realizado pelo Município de Ladário, por intermédio da Secretaria Municipal de Administração, tendo como vencedor no certame a Empresa de Transportes Andorinha S/A; e a **regularidade** da formaliza-

ção da Ata de Registro de Preços nº 20/2018; bem como **recomendar** com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao responsável ou quem sucedê-lo, a adoção de maior rigor na fase de planejamento da licitação, orientando-se pelas disposições da Instrução Normativa n. 40/2020 do atual Ministério da Economia, que inclui a exigência da apresentação do Estudo Técnico Preliminar (ETP), prevenindo a ocorrência de futuras irregularidades.

Campo Grande, 13 de maio de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria em exame refere-se ao procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 32/2018, realizado pelo Município de Ladário, por intermédio da Secretaria Municipal de Administração, bem como da formalização da Ata de Registro de Preços nº 20/2018, tendo como compromitente a Empresa de Transporte Andorinha S/A, tendo por objeto a contratação de empresa especializada em serviços de agenciamento de passagens aéreas e terrestres, no âmbito nacional.

Ao analisar os documentos, a Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP) concluiu na Análise 2634/2020 (pç. 34, fls. 423-429) pela irregularidade do procedimento licitatório e da formalização da Ata de Registro Preços em referência, tendo em vista a ausência do estudo técnico preliminar (ETP), os valores discrepantes entre os orçamentos coletados através da pesquisa de mercado realizada e, por fim, a ausência de parecer jurídico conclusivo sobre a licitação.

O membro do Ministério Público de Contas (MPC), por sua vez, emitiu o Parecer 6451/2020 (pç. 35, fls. 430-432), opinando pela:

> "• irregularidade do procedimento licitatório e da formalização Ata de Registro de Preços em destaque, nos termos do Regimento Interno aprovado pela Resolução TC/MS nº 98 de 5 de dezembro de 2018;
>
> • aplicação de multa ao responsável à época, com fulcro no artigo 44, I da Lei Complementar nº 160/2012; por infringência aos artigos 3º, incisos I, II, III; inciso XII do artigo 4º, art. 9º todos da Lei nº 10.520/2002; art. 6.º, inc. IX, art. 7º, §2º, inciso II, art. 40, §2º e art. 43, inciso IV da Lei nº 8.666/93; (...)".

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Inicialmente, destaco que foi oportunizado o contraditório e ampla defesa ao Sr. Helder Naulle Paes dos Santos Botelho (ex Secretário Municipal de Administração - pç. 21, fl. 367) e Sr. Luciano Cavalcante Jara (atual Secretário Municipal de Administração - pç. 22, fl. 368), sendo que apenas o segundo apresentou justificativas e documentos para compor a instrução processual (pç. 32, fls. 378-421).

O Pregão é uma modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, que observa, sobretudo, o critério de menor preço para o julgamento e classificação das propostas. Caracteriza-se por ter um rito mais simplificado e, portanto, mais célere.

O art. 3º da Lei (Federal) nº 10.520/2002 determina que a fase preparatória do pregão observará o seguinte:

> I - a autoridade competente **justificará a necessidade de contratação** e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
>
> II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;
>
> III - dos autos do procedimento constarão a **justificativa** das definições referidas no inciso I deste artigo e **os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados**, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; (...)

Das disposições da Lei do Pregão, o então Ministério do Planejamento, por meio da Instrução Normativa nº 5/2017, instituiu o denominado Estudo Técnico Preliminar (ETP), criando assim um conjunto de regras aplicáveis aos órgãos da Administração Federal, que não, necessariamente, vinculavam os entes ou órgãos estaduais, distritais e municipais.

O Estudo Técnico Preliminar (ETP) faz parte da etapa do planejamento das licitações, nele consta a formalização da demanda, ou seja, o que a Administração realmente precisa comprar. Tal estudo deve apontar, dentre outros pontos, a descrição do objeto, a necessidade da contratação, as estimativas de quantidade, acompanhadas de memórias de cálculo, a viabilidade e razoabilidade da contratação, para ao final, servir de base para a elaboração do Termo de Referência ou do Projeto Básico.

Sobre o tema em debate, a doutrina de Joel de Menezes Niebuhr[1] afirma que:

> "(...) as etapas preparatórias dos pregões em geral não precisam cumprir todos os inúmeros requisitos previstos nas sobreditas instruções normativas para o estudo técnico preliminar. Precisam cumprir apenas se os objetos dos respectivos pregões forem disciplinados pelas sobreditas instruções normativas e se os respectivos órgãos e entidades estiverem subordinados a elas." (grifei)

Portanto, condensando as disposições normativas ao ensinamento doutrinário, é certo que, na fase preparatória do pregão, o gestor deve se pautar, essencialmente, sobre as exigências inscritas nos incisos I a IV do art. 3º da Lei (federal) nº 10.520/2002, observando, sempre que possível, as Instruções Normativas aplicáveis ao caso.

[1] NIEBURH, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 8ª ed. rev. ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020

Em relação à licitação em tela, na prática, as Secretarias Municipais pautam seus quantitativos de passagens com base em calendários de eventos externos programados no decorrer do ano e/ou em contratações de anos precedentes.

Embora o gestor tenha atendido a solicitação advinda da Secretaria de Administração (pç. 1, fl.2), para realizar a licitação, tendo como objeto coisa pertinente às atividades ou necessidades dos órgãos municipais, sem nenhuma especificação que pudesse caracterizar exigência excessiva, que causasse restrição à competição, verifico não ter sido satisfatoriamente demonstrado nos autos os elementos técnicos capazes de demonstrar os quantitativos que foram licitados, ainda que supostamente baseados em contratações de anos anteriores, pela ausência de maiores informações nesse sentido.

Nesse contexto, trago em destaque os ensinamentos de José de Menezes Nieburh:

> "De toda sorte, em linha de síntese e em **tentativa de simplificar os procedimentos**, pode-se dizer que o estudo técnico preliminar é antecedente ao termo de referência **e deve externar a avaliação da própria demanda por parte da Administração Pública**, a pesquisa sobre as soluções de mercado para atender a demanda e a definição da solução eleita por ela, com as respectivas justificativas**. Ou seja, tecnicamente, a Administração define o que quer e por quais razões."** (grifei)

Portanto, a ausência de ETP no presente caso não configura uma irregularidade que vicia o procedimento licitatório em exame. Entretanto, entendo ser necessário recomendar ao gestor a adoção de maior rigor na fase de planejamento da licitação, orientando-se pelas disposições da Instrução Normativa n. 5/2017 do antigo Ministério do Planejamento, e, atualmente, pelas disposições da Instrução Normativa n. 40/2020 do Ministério da Economia, que inclui a exigência da apresentação do ETP para além dos já serviços também bens e obras.

Noutro vértice, verifico não haver razão para invalidar a **pesquisa de mercado** realizada (pç. 3, fls. 78-84), a qual também está afeta à fase interna dos atos que instruem o procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 32/2018.

É cediço que não há na legislação qualquer descrição quanto à formalidade que uma pesquisa de mercado deve possuir. A doutrina e a jurisprudência tem adotado o entendimento de que são necessários, ao menos, três orçamentos para se dimensionar o valor médio praticado no mercado e a quantidade de recursos necessários para o alcance do objeto licitado.

Dentre os orçamentos solicitados pela Administração, que instruem a pesquisa de mercado (pç. 3-4, fls. 78-84), embora os valores apresentados pela empresa Aquidauana Viagens e Turismo Ltda. tenham sido os maiores registrados entre os demais (fl. 82), tenho que tal situação, por si só, não violou o princípio da isonomia, o qual encontra-se positivado no art. 3º, da Lei (federal) 8.666/93, *vide:*

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Convém observar que não há como exigir do órgão que controle os preços que as empresas venham apresentar em sede de pesquisa de mercado, mas lhe cabe, obrigatoriamente, fiscalizar para que a média de preços não seja superior ao preço efetivo.

Tal situação não se observa neste caso, tendo em vista que o item 1 do certame foi declarado deserto (passagens aéreas), e a empresa que logrou vencedora do item 2 (passagens rodoviárias) foi adjudicada em valores de taxa de administração negativa (pç. 13, fls. 319-323), ou seja, valores abaixo da média de preços encontrada por ocasião da pesquisa de mercado.

Por outro lado, no que diz respeito à emissão do **parecer jurídico** sobre a minuta do edital de licitação há que se considerar que se trata de um ato de controle da legalidade e conveniência da fase procedimental, sendo que sua exigência está prevista no art. 38, inciso VI e parágrafo único, da Lei (federal) 8.666/93.

O parecer possibilita à autoridade competente o conhecimento jurídico da matéria e das variáveis necessárias para a tomada de decisões, em tese, seguras, bem como evita, ou pelo menos reduz a possibilidade de posterior constatação de vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade, especialmente de cláusulas e condições restritivas da competição ou que tenham sido direcionadas para determinada(s) pessoa(s), cujos vícios comprometam o atendimento às necessidades da Administração ou dos cidadãos.

Logo, tal documento trata-se, em suma, de um instrumento assecuratório da fiscalização acerca da regularidade dos atos praticados na fase interna do certame, cujo documento nos autos será relevante na medida em que os demais atos prévios à licitação tenham sido viciados ou inexistentes (JUSTEN FILHO, Marçal. “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 17ª Edição, 2ª triagem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 828).

Avaliando o parecer jurídico presente às fl. 126-137 dos autos, percebo que o Procurador Municipal fez uma análise detalhada do procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 32/2018, bem como dos documentos e atos necessários à sua correta instauração, atendo-se satisfatoriamente às questões jurídicas necessárias ao conhecimento do jurisdicionado, o que também foi observado pelo membro do MPC.

Assim, não vislumbro a caracterização da irregularidade aventada pela unidade de auxílio técnico neste tocante, de modo que a presente prestação de contas, a

meu ver, atendeu as disposições legais e regulamentares contidas nas Leis (federais) 8.666/93 e 10.520/2002, com a ressalva mencionada alhures.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, **voto** no sentido de:

I – declarar, com fundamento no art. 59, inciso II, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012 a **regularidade com a ressalva** inscrita no item **III** deste Voto, do **procedimento licitatório - Pregão Presencial nº 32/2018 -**, realizado pelo Município de Ladário, por intermédio da Secretaria Municipal de Administração, tendo como vencedor(a) no certame a Empresa de Transportes Andorinha S/A;

II - declarar, com fundamento no art. 59, inciso I, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012 a **regularidade** da **formalização da Ata de Registro de Preços nº 20/2018**, tendo como compromitente a Empresa de Transportes Andorinha S/A;

III - recomendar, com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao responsável ou quem sucedê-lo, a adoção de maior rigor na fase de planejamento da licitação, orientando-se pelas disposições da Instrução Normativa n. 40/2020 do atual Ministério da Economia, que inclui a exigência da apresentação do Estudo Técnico Preliminar (ETP), prevenindo a ocorrência de futuras irregularidades;

IV - intimar os interessados acerca do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 2018).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade com a ressalva do procedimento licitatório e a regularidade da formalização da ata de registro de preços, com recomendação ao responsável.

Presidência e relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo e Conselheiro Jerson Domingos.

Presente, o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 13 de maio de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

NCB/dssm