DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 149/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/10938/2021
PROTOCOLO	: 2129180
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: JOAO CARLOS KRUG
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PREGÃO PRESENCIAL – SUPOSTAS IRREGULARIDADES POR AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO DE PREÇO, NÃO ADOÇÃO DA MODALIDADE ELETRÔNICA, EXIGÊNCIA EXCESSIVA NO TESTE DE FUNCIONALIDADE E FALTA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PARCIALMENTE – DETERMINAÇÃO – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de Controle Prévio exercido pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 13), com apontamento de supostas irregularidades no **Pregão Presencial nº 54/2021**, instaurado pelo **Município de Chapadão do Sul/MS**, tendo como objeto o serviço de gerenciamento eletrônico e controle de abastecimento através de rede de postos de abastecimento conveniados, por meio de utilização de cartões, para atendimento aos veículos oficiais com menor taxa administrativa, no valor estimado de **R$ 1.505.161,88** (um milhão, quinhentos e cinco mil, cento e sessenta e um reais e oitenta e oito centavos).

Relevante destacar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar medida cautelar (peça 14), o que passa a fazer agora.

Instado a se manifestar, através do Despacho **DSP-G.WNB-**

29804/2021, o jurisdicionado fez a defesa do procedimento licitatório e colacionou documentos (peças 20-21).

Eis o breve relatório. Passo à decisão.

Inicialmente, esclareço que neste juízo de cognição sumária será observado o **Princípio da Verdade Material**, que vigora no processo de contas, analisando-se se as "irregularidades" apontadas pela Divisão Especializada ofenderam substancialmente a legislação vigente ou se foram meras "impropriedades formais".

Também será vetor desta análise o **Princípio da Razoabilidade**, previsto no art. 5º, LIV, da CF, como decorrência do Devido Processo Legal em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*). Em decorrência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, o Princípio da Razoabilidade passou a ter grande importância nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial. A LINDB renovada abusa de termos como "necessidade e adequação da medida imposta" (Parágrafo único do art. 20), "modo proporcional e equânime" (Parágrafo único do art. 21) ou "natureza e gravidade da infração" e "circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente" (§ 2º do art. 22).

E especificamente o *caput* do art. 22 da LINDB oferta um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

Em sua análise, a Divisão de Fiscalização apontou as seguintes irregularidades no Pregão Presencial nº 54/2021:

1. ***Ausência de limites para pagamento do preço do combustível na execução do contrato.***
2. ***Adoção do modo presencial do pregão em detrimento do eletrônico.***
3. ***Teste de Funcionalidade – prazo exíguo injustificado e percentual mínimo excessivo.***
4. ***Qualificação Técnica – ausência de critérios objetivos que restringem a competitividade do certame.***

O jurisdicionado contestou as irregularidades suscitadas pela Divisão de Fiscalização, basicamente alegando que há sim limite para pagamento do preço do combustível, sendo este o valor médio apurado pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), conforme previsto no item 5.24.2 da minuta contratual, além da disponibilização pelo sistema de pesquisa de preços com melhores descontos, conforme item 5.15 do contrato; que a opção pela modalidade do pregão (presencial ou eletrônica) é discricionária; que o Teste de Funcionalidade foi adequado; e que a qualificação técnica exigida foi a necessária, sem restringir a competitividade.

Quanto ao **item 1** acima, considero que realmente assiste razão ao jurisdicionado, pois a minuta contratual, anexo que é parte integrante do edital da licitação, fixa com clareza que o preço deverá ser lastreado pelo levantamento da ANP.

Além disso, a minuta contratual determina, nos itens 5.15 e 5.16, que o sistema do gerenciamento eletrônico para abastecimento de combustível deverá disponibilizar pesquisa de preços, semanal, com melhores descontos. Vejamos os dispositivos:

> *5.15 O sistema deverá disponibilizar uma fonte de pesquisa dos preços praticados pelos postos credenciados, com a finalidade de orientar os condutores a realizarem os abastecimentos dos veículos sob seus cuidados, atentando para o melhor desconto ofertado pela rede*

> *conveniada, sendo considerada como critério a proximidade do local onde o serviço será executado, avaliando-se o custo/benefício;*
>
> *5.16 O comparativo de preços desse sistema deverá ser atualizado periodicamente, no mínimo semanalmente.*

Contudo, embora seja elogiável que o sistema de gerenciamento eletrônico ofereça a pesquisa de preços, a administração pública não pode ficar à mercê de uma cotação de preços feita pela própria empresa gerenciadora das compras dos combustíveis. A administração pública pode até levar em consideração essa pesquisa realizada pela empresa gerenciadora, mas deve fazer também o seu próprio levantamento de preços para escolher a opção mais econômica.

Aqui, portanto, há uma falha evidente a ser corrigida. Sem embargo dessa conclusão, **não vislumbro necessidade de suspensão da licitação ou da execução contratual, bastando que seja deferida medida cautelar de determinação para que a Prefeitura Municipal de Chapadão do Sul edite um ato sobre pesquisas de preços próprias** para escolher a melhor opção para abastecimento de seus veículos.

Tal providência é imprescindível, tendo em vista que **a parte mais substancial da contratação é do produto a ser consumido (os combustíveis) e não a taxa de administração gerencial**, que, aliás, foi **negativa** (-1,5%) e vencida pela empresa Link Card Administradora de Benefícios Eireli no dia 7 de outubro de 2021.

Em relação ao **item 2**, não assiste razão à Divisão Especializada, pois a Lei nº 10.520/2002 não obriga os entes subnacionais a realizarem o pregão de forma eletrônica, pelo menos no que se refere às verbas próprias. Tal obrigatoriedade, como bem apontou o jurisdicionado, só abrange atualmente as transferências voluntárias da União, conforme determinado pelo Decreto 10.024/2019.

Inobstante, é recomendável que o ente municipal adote como regra o pregão na forma eletrônica, a fim de que amplie a competitividade licitatória, posto que essa modalidade tende a atrair mais empresas nas licitações. Aliás, a nova Lei de Licitações e Contratações Pública, Lei nº 14.133/2021, dispõe que as licitações serão realizadas "preferencialmente" na forma eletrônica, trazendo a presencial como exceção, com justificativa, devendo ainda ser gravada por sistema de áudio e vídeo.

O **item 3** diz respeito ao Teste de Funcionalidade, cujo prazo teria sido exíguo e o percentual mínimo (90%) excessivo. Em que pese a preocupação da Divisão Especializada com a restrição à competitividade em razão dessas regras, efetivamente ela não ocorreu, já que três empresas participaram do certame (peças 20-21) e o resultado foi vantajosa para a administração municipal, com taxa de administração negativa de – 1,5%. Além disso, conforme o jurisdicionado, não houve qualquer impugnação a esse item pelas empresas que participaram do certame ou outros interessados.

Por fim, quanto ao **item 4**, sobre ausência de critérios objetivos de qualificação técnica e que teriam restringido a competitividade, vale a mesma constatação expressa no item acima quanto ao resultado satisfatório do certame licitatório. Porém, há que se reconhecer que, apesar de não ter havido impugnação quanto esse ponto, realmente faltou uma definição mais precisa sobre a aceitabilidade de atestados da capacidade técnica.

A Lei nº 8.666/93 estabelece que os quantitativos não podem ser excessivos a ponto de restringir indevidamente a competitividade do certame, não sendo admissível exigir, como mínimo, quantitativo superior a 50% do estimado no certame, em consonância com o (art. 3º, §1º, inciso I). Há que se ter um parâmetro certo, fixado com razoabilidade.

Como tal falha não comprometeu o certame, basta aqui **recomendação** ao jurisdicionado para que nas próximas licitações deste tipo defina com objetividade a capacidade técnica-operacional a ser comprovada por atestados.

Assim, **há que se deferir a medida cautelar pleiteada, mas apenas parcialmente**, no sentido de fazer determinações e recomendações ao

responsável pela Prefeitura Municipal de Chapadão do Sul.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **DEFIRO PARCIALMENTE MEDIDA CAUTELAR PARA DETERMINAR QUE O MUNICÍPIO DE CHAPADÃO DO SUL EDITE, NO PRAZO MÁXIMO DE 45 (QUARENTA E CINCO) DIAS, ATO SOBRE AS MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA REALIZAR PESQUISAS DE PREÇOS PRÓPRIAS ANTES DE ESCOLHER OS POSTOS DE ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS, NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO DECORRENTE DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 54/2021 E NAS OUTRAS LICITAÇÕES DESTE TIPO, SOB PENA DE IMPOSIÇÃO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO**, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITCE/MS.

RECOMENDO ao jurisdicionado que nas próximas licitações **adote como regra o pregão na forma eletrônica**, a fim de que amplie a competitividade licitatória; e **defina com objetividade a capacidade técnica-operacional** a ser comprovada por atestados.

INTIMEM-SE os responsáveis para que cumpram as determinações e recomendações acima.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 03 de dezembro de 2021.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2021-12