DECISÃO SINGULAR DSG - G.MCM - 5036/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/2111/2020
PROTOCOLO	: 2023812
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAL MOREIRA
INTERESSADO	: ALEXANDRINO ARÉVALO GARCIA
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

CONTROLE PRÉVIO DE LEGALIDADE E REGULARIDADE. CUMPRIMENTO DA DECISÃO LIMINAR. ACOLHIMENTO DAS JUSTIFICATIVAS. BENS ESSENCIAIS À CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. ARQUIVAMENTO.

Cuida-se de Controle Prévio de Procedimento Licitatório, realizado pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias, sobre o Edital de Licitação – Pregão Presencial n.º 03/2020, celebrado pela Prefeitura Municipal de Aral Moreira, objetivando o registro de preços para a aquisição de material de limpeza, higiene pessoal e outros materiais, com valor estimado em R$ 2.307.710,06.

Em exame prévio do certame público, a Equipe Técnica verificou que a licitação em análise apresenta indícios de irregularidades, consistentes nos seguintes fatos: *i) ausência de estudo técnico preliminar; ii) ausência de ampla pesquisa de preços; iii) inclusão de itens estranhos ao objeto; e vi) remessa incorreta de documentos.*

Em sede de cognição sumária, entendendo estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris e o periculum in mora,* proferi Decisão Liminar para o fim de suspender a marcha do Pregão.

Após dar cumprimento à decisão supratranscrita, com a abstenção da execução de atos contratuais, o Órgão jurisdicionado acostou as justificativas e documentos de peças 10 a 16.

Segundo consta da defesa apresentada, o Responsável sustenta pela ausência de irregularidades aptas a impedirem o prosseguimento da licitação, e requer, por fim, a revogação dos efeitos da decisão liminar que suspendeu a disputa pública.

Diante disso, os autos foram encaminhados à Divisão de Fiscalização de Licitações e Contratações Públicas, que emitiu sua Análise ANA – 4425/2020, pela manutenção da medida suspensiva ou, subsidiariamente, pelo prosseguimento da licitação, condicionado à exclusão dos itens estranhos ao objeto principal.

Por sua vez, o *Parquet* de Contas emitiu seu Parecer PAR - 4ª PRC – 4995/2020, opinando pela revogação da cautelar e retomada do licitatório, sob a mesma condição elencada pelos técnicos.

Vieram-me os autos conclusos para emissão de Decisão Singular.

É O RELATÓRIO. **PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.**

Depreende-se da fundamentação exarada no decreto cautelar, que a suspensão do certame ocorreu pela ausência de estudo técnico preliminar; ausência de ampla pesquisa de preços; e inclusão de itens estranhos ao objeto.

Neste momento, com a posse das justificativas apresentadas, não mais subsistem as razões que autorizaram à emissão de decisão liminar, medida especialmente reservada às ilegalidades que comprometam à competitividade do certame e/ou provoquem o risco de dano ao erário.

Isso porque, da leitura do artigo 151, *parágrafo único*, do RITCE/MS[1], que dispõe sobre o controle prévio exercido por esta Casa, verifica-se que o procedimento em tela não tem o condão de antecipar um juízo de mérito sobre todas as cláusu-

[1] *Se a divisão de fiscalização verificar a existência de possíveis irregularidades capazes de obstarem a continuidade do certame, emitirá manifestação fundamentada, contendo, de forma clara e precisa, o risco de dano e prejuízo ao erário.*

las insertas em editais licitatórios, mas tão somente impedir a propagação de certames que, tamanha sua ilegalidade, sejam capazes de lesar os cofres públicos ou direcionar o resultado da licitação.

Caso assim não fosse, seria desnecessário o processamento do controle posterior, inexistindo razão para o julgamento de primeira fase, porquanto o controle prévio já teria certificado à regularidade, ou não, dos processos licitatórios.

Destarte, se ao final do controle posterior, observado o contraditório e o devido processo regimental, restarem comprovadas as falhas apontadas, passível será o ordenador de sofrer as penalidades atinentes ao caso, consubstanciadas no julgamento irregular das contas, aplicação de multas e/ou impugnações de valores, dentre outras consequências impostas.

É justamente sob este enfoque, que se aloca a irregularidade consistente na remessa de documentos em desconformidade com a Resolução TCE/MS n.º 119/2019, que dispõe sobre o encaminhamento eletrônico de processos para esta Corte.

Nota-se, que o juízo de mérito sobre a adoção da forma de encaminhamento do licitatório compete ao controle posterior, até porque, independente da via utilizada pelo Órgão, o feito fora remetido e, consequentemente, oportunizado aos técnicos elaborarem sua análise prévia.

Dessa forma, ainda que não tenha servido como fundamento para o decreto cautelar, tal irregularidade não tem o condão de impedir o transcorrer do Pregão.

Dando prosseguimento, verifica-se que o Gestor encaminhou a pesquisa de mercado às peças 11 a 14, bem como insertou a Ata de Registro de Preço, com os lances efetivamente vencedores (peça 15).

Como é sabido, não há na legislação qualquer descrição quanto à formalidade que uma pesquisa de mercado deve possuir. Por isso, tem-se a necessidade de valorar o caso em concreto com a forma que eventualmente seja a adequada àquela determinada licitação, partindo, sempre, do pressuposto que a sua finalidade primeira é nortear a administração quanto aos preços praticados.

No caso dos autos, as propostas vencedoras foram registradas sob uma média de preço que normalmente se pratica.

Impende salientar, por fim, que não há como exigir do órgão que controle os preços que as empresas solicitadas venham apresentar a título de pesquisa de mercado, mas lhe cabe, obrigatoriamente, controlar para que a média de preços não seja superior ao preço efetivo, o que levaria, consequentemente, a um contrato superfaturado.

Quanto à ausência de estudo técnico preliminar, a defesa argumenta ter se pautado no quantitativo licitado no certame anterior sobre o mesmo objeto, que tramitou nesta Casa sob o TC/MS 8550/2018, e foi declarado regular pela 2ª Câmara[2].

Outrossim, sustenta o Município a tese de que o aludido estudo técnico não compreende o rol de documentos de remessa obrigatória exigido pelo regulamento do controle prévio de contratações públicas.

Nos termos do artigo 15, §7º, da Lei n.º 8.666/93[3], as licitações

[2] *AC-02/742/2019.*
[3] § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:
I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;
II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;
III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

objetivando a aquisição de produtos devem ser desenvolvidas de forma a fornecer uma visão global do objeto - unidades e quantidades -, identificando todos os elementos constitutivos com clareza.

Conforme esclarecido na Decisão Liminar, dentro da particularidade de cada procedimento licitatório, nem sempre será necessária a formalização de um estudo técnico preliminar, podendo o próprio Termo de Referência constar de forma cristalina as justificativas fáticas e técnicas que levaram à Administração a adotar critérios qualitativos e quantitativos acerca dos produtos licitados.

Na hipótese deste Pregão Presencial, contudo, não há comprovação de meios objetivos que justifiquem os números estimados para o certame.

É evidente que o simples argumento de que o quantitativo observou os números de licitação anterior, por si só, não se presta a justificar a estimativa apresentada, especialmente quando não se verifica convergência entre o termo de referência passado com o atual quantitativo estabelecido[4].

Ademais, consoante determina o anexo IV, item 1.1, da Resolução TC/MS n.º 88/2018, que dispõe acerca da remessa obrigatória de editais licitatórios, para fins de Controle Prévio, a referida documentação é imprescindível, vejamos:

> *1.1. CONTRATAÇÃO PÚBLICA ADMINISTRATIVA*
> *A) PRAZO: Para procedimento licitatório, realizado nas modalidades Concorrência, Tomada de Preços, Pregão, assim como nos casos de Chamada Pública para Credenciamento, sem prejuízo da remessa de outros documentos do procedimento licitatório ou da inexigibilidade: até 03 (três) dias úteis após a publicação do Edital, quando o certame ou o credenciamento alcançar os limites previstos no art. 16 desta Resolução.*
> *B) DOCUMENTOS:*
> *1. Estimativa do valor necessário à operacionalização do objeto;*

[4] *Não há correspondência justificável entre o quantitativo estabelecido no termo de referência do Pregão n.º 14/2018 (autos TC/MS 8550/2018 – peça 06) com o termo de referência deste Pregão.*

2. Cópia do Edital e seus respectivos anexos;

3. Comprovação da publicação do Edital;

4. Reserva Orçamentária;

5. Outros documentos que o órgão entender pertinentes.

Adequando a legislação ao caso concreto, não resta dúvida que, na hipótese, o estudo técnico enquadra-se como 'outro documento que o órgão entender pertinente', até mesmo porque é uma exigência que decorre do próprio estatuto geral de licitações e contratos (artigo 15, §7º, da Lei n.º 8.666/93), não havendo, logo, razão à tese do Gestor.

Em que pese o não conhecimento da narrativa defensiva quanto à deficiência do estudo preliminar, levando em consideração as particularidades que envolvem o caso o concreto, deve-se dar prosseguimento à licitação combatida.

As consequências práticas de uma eventual suspensão de contratação de bem essencial em tempos de pandemia (materiais de limpeza a serem empregados em estabelecimentos de saúde, entre outros), representarão um prejuízo maior do que o seu restabelecimento e futura contratação.

Neste viés, insta ressaltar o artigo 20 da LINDB, cujo teor modernizou, enfaticamente, a forma de se pensar às decisões judiciais e administrativas, quando confrontadas com a gestão da coisa pública:

> *Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*
> *Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.*
> *GRIFO NOSSO*

Portanto, a alternativa de apurar eventual impropriedade do estudo técnico por meio do julgamento em sede de controle posterior, apresenta-se como medida mais adequada, ao invés de paralisar a licitação, impedindo a contratação

de bens que serão necessariamente empregados na continuidade de serviços essenciais.

Por arremate, quanto à condicionante sugerida pelos auditores e pelo MPC, consubstanciada na exclusão dos itens estranhos ao edital, denota-se a sua impossibilidade.

Quando, em sede de juízo cautelar, a reportada questão embasou o decreto suspensivo, levou-se em conta a falta de justificativa para tanto, e não propriamente um reconhecimento de irregularidade na escolha dos bens licitados. Isso porque, o mérito do que deve compor a cadeia de produtos licitados recai no poder discricionário do administrador local.

O escólio de Maria Sylvia Di Pietro, em sua obra de Direito Administrativo, Ed. Atlas, 2010; é preciso ao definir a legitimidade de a Administração Pública agir dentro de sua discricionariedade, com base em razões de oportunidade e conveniência:

> *"Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto."*

Com efeito, a análise de eventual produto que deve integrar a lista dos licitados pertence a própria administração.

Corroborando a assertiva acima, tem-se o Acórdão da 2ª Câmara – 742/2019, de Relatoria do Cons. Ronaldo Chadid, TC/MS/8550/2018, que ao julgar o pregão anterior do Município, sob o idêntico objeto ora analisado[5], declarou a

[5] *Em ambas as licitações, o objeto do Pregão é "o registro de preços para a aquisição de material de limpeza, higiene pessoal* ***E OUTROS MATERIAIS****".*

regularidade da licitação, sem quaisquer ressalvas acerca da existência de bens de natureza diversa.

Não há, pois, embasamento jurídico ao pleito sugerido pelos técnicos, pois esbarra na discricionariedade inerente ao tema, bem como na própria coerência jurisprudencial desta Corte Fiscal.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, no exercício do juízo singular conferido pelo artigo 154, *caput*, do RITCE/MS, **DECIDO**:

1) **REVOGAR** os efeitos da Decisão Liminar DLM – 16/2020, e determinar o **ARQUIVAMENTO** do processo, possibilitando, consequentemente, o prosseguimento do Pregão Presencial 03/2020;

2) pela comunicação do resultado do julgamento às demais autoridades administrativas competentes, com base no artigo 50 da Lei Complementar n.º 160/2012.

Nos termos do artigo 70, §2º, do RITCE/MS, determino a remessa destes autos à Gerência de Controle Institucional para providências regimentais.

Campo Grande/MS, 02 de junho de 2020.

Cons. MARCIO MONTEIRO

RELATOR

Mat