DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 33/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/2971/2022
PROTOCOLO	: 2158739
ÓRGÃO	: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CULTURA E ESPORTE DE NOVA ANDRADINA
JURISDICIONADO	: GIULIANA MASCULI POKRYWIECKI
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO DE EDITAL
RELATOR	: CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT

A matéria em exame compreende a ANÁLISE ANA-DFE-2143/2022 (peça 18, fls. 239-246), encaminhada pela Divisão de Fiscalização de Gestão da Educação-DFE, por meio da qual foi realizado o controle prévio do Edital do Pregão Presencial n. 22/2022, tipo Menor Preço por Item, lançado pela Administração municipal de Nova Andradina, com a sessão pública programada para 21/03/2022, tendo por finalidade efetivar o Registro de Preços para a posterior ***"contratação de empresa especializada em serviços de manutenção e reparo em bebedouro, geladeira, freezer e ar condicionado, para atender as Unidades Educacionais e órgãos pertencentes a Secretaria Municipal de Educação Cultura e Esporte com mão de obra e fornecimento de materiais*** (...), *conforme especificado no Anexo I - termo de referência do Edital**".***

E no instrumento da referenciada Análise, o seu autor apontou os seguintes pontos que nesta oportunidade de cognição sumária interessam**:**

> ***"***(...)
>
> ***"4. RELATÓRIO***
>
> ***"****Em síntese, com base nos documentos presentes nos autos, em sede de controle prévio, constatamos, em princípio, as seguintes impropriedades:*
>
> *i) Os preços de referência podem conter distorções, com possibilidade de repercussão no resultado da licitação, conforme descrito no item 2, alínea "a" desta análise;*
>
> *ii) As especificações dos serviços necessitam de aperfeiçoamento, conforme descrito no item 2, alínea "b" desta análise.*
>
> ***"5. CONCLUSÃO***
>
> ***"****Face ao exposto, observou-se que as divergências apontadas nos itens 2 e 4 desta análise, demonstram inconsistências no planejamento e na elaboração do edital, fatores esses que podem trazer impacto na formulação das propostas.*
>
> ***"****É a nossa manifestação técnica.**"***

É o breve relatório.

D E C I S Ã O

Feito o relato, é dizer que nos termos em que tenho continuamente exposto nos meus votos e decisões, reitero mais uma vez e como sempre faço, que**:**

a) a competência dos Conselheiros deste Tribunal para aplicar ou conceder medida cautelar, 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)**;**

b) para efetivar o controle prévio de editais, este Tribunal está autorizado pelas regras do art. 113, § 2º, da Lei/fed. n. 8.666, de 21 de junho de 1993, observadas as disposições dos arts. 150 a 157 do Regimento Interno**.**

E em específico, a regra do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno, estabelece que o Controle Prévio tem a função precípua de impedir o andamento de certames licitatórios que colocam em risco o legítimo interesse público (significativo da obtenção da proposta mais vantajosa) e a isonomia para os licitantes**.**

Além disso, em juízo de cognição sumária submeto sempre as contratações públicas ao crivo do atendimento, ou não, de **6** (seis) requisitos fundamentais que são necessários para os casos e que seguem assim enunciados**:**

1. a exigência de licitação apropriada para cada caso, salvo as exceções legais que permitem a dispensa e a inexigibilidade, compreendendo, em qualquer caso, os atos e procedimentos típicos e as formalidades compulsórias**;**

2. a obrigatória busca para se obter a proposta mais vantajosa, direcionada para dar cumprimento ao princípio constitucional da economicidade (CF, art. 70, *caput*)**;**

3. a efetiva aplicação do princípio (também) constitucional da isonomia, que propicia a competitividade entre os licitantes e, no lado oposto, veda a imposição de exigências restritivas a tal princípio (CF, art. 37, XXI)[1]**;**

4. a aplicação do princípio da razoabilidade **–** concretamente motivada nas razões de decidir sobre as pendências surgidas **–**, bem como a utilidade da decisão**,** segundo as atuais diretrizes firmadas nas prescrições do Decreto-Lei que dispõe sobre a ***"Introdução às normas do Direito Brasileiro"***-LINDB**;**

5. que o direito lesado esteja evidente**.** E evidente significa **"***na cara"**,* à primeira vista (*prima facie*, que significa justamente isso)**,** com a declaração de nulidade somente diante da inobservância exclusivamente prejudicial à finalidade do ato[2]**;**

6. que o direito arguido como lesado não dependa de dilação de prova nem de suscitação de debate teórico sobre a existência dele, ou como ele deve ser interpretado, porque nesses casos é certo que o direito não está evidente**.**

---

[1] Art. 37 (...)
(...)
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[2] "Em direito Público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo (**STF** – MS 22.050/MT, Pleno, Min. Moreira Alves, j. em 04.05.1995, DJ de 15.09.1995)

E no aspecto essencial deste exame, registro que nas circunstâncias de urgência, em juízo de cognição sumária, é imperiosa, ou necessária, a aplicação da medida cautelar proposta pelo analista da DFE, pois que detectado o risco de não ser dado atendimento ao interesse público, no relativo à economicidade, em face das sérias impropriedades na pesquisa de preços e na especificação adequada do objeto**,** assim como é previsível irreversibilidade da lesão após a contratação**,** fatores tais que preenchem os requisitos jurídico-autorizadores da aplicação de medida cautelar suspensiva de atos administrativos**.**

Vale então lembrar, que na fase dita interna do Pregão (Lei/fed. n. 10.520, de 2002), exige-se a observância das seguintes prescrições**:**

> Art. 3º 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; e
>
> (...)**.**

Daí vejo claramente, no caso em exame, que as inconsistências apontadas pelo analista do Edital de licitação põem em risco o correto atendimento da demanda pública, a isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa**.**

Isso talvez porque as características simplificadoras do pregão**,** especialmente pelo seu uso destinado à aquisição de bens e serviços comuns**,** de objetos de conhecimento notório**,** leva à vaguidade dos termos do Edital**.**

Mas no caso**,** deve ser considerado que se trata de serviço de manutenção, ***"com mão de obra e fornecimento de materiais"*** e para essas finalidades a disponibilização de maiores informações pela Administração é requisito ou condição que favorece a formulação das propostas pelos licitantes, que terão bases mais seguras para a definição dos seus preços, o que pode resultar em contratação mais econômica**.**

Porém, objetivamente pode ser entendido que a pesquisa de preços apresentada não resultou de tratamento estatístico adequado dos seus dados, porquanto as amostras de cada item contêm valores muito discrepantes, o que deve ser da origem ou consequência da precária especificação do objeto**.**

Anoto então que o Pregão, como modalidade licitatória, tem, entre outras positivas características, a de propiciar **–** no decorrer de sua realização **–** o alcance do

menor preço, pois que ele oferece aos licitantes a oportunidade de competirem entre si, de disputarem os preços, até que um deles, em condições idênticas ou até melhores do

que as dos demais, oferte o menor preço.

E para o final alcance do menor preço, deve ser tempestivamente providenciado o necessário orçamento (*"atualizado e detalhado"*), que servirá para fixar o preço de referência destinado a dar atendimento ao princípio constitucional da economicidade, tratando-se de exigência legal, consoante regrado no inciso III do art. 3º da Lei/fed. n. 10.520, de 2002, impositivo de que:

> (...)
> 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;

Sobre esse tema, reproduzo abaixo a análise feita por Ronny Charles Lopes de Torres, exposta nos seguintes termos:

> "*8. ESTIMATIVAS DE PREÇOS*
>
> "*No Pregão, deve ser providenciado orçamento atualizado e detalhado, de forma a subsidiar o preço de referência e assegurar, dessa forma, o Princípio da Economicidade. Sobre esse aspecto, já se manifestou o TCU, através do Acórdão nº 845/2005 de sua Segunda Câmara.*
> (...)
> "*Com relação ao processo de pesquisa de preço, ele deve servir para que a administração verifique se as propostas praticadas possuem conformidade com os preços correntes de mercado, consoante inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/93.*
>
> "*O entendimento tradicional do TCU sugere a exigência de que a pesquisa traga, pelo menos, 03 (três) orçamentos distintos, conforme propõe o Acórdão nº 4.013/2008, da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União. Caso não seja possível alcançar esse número de pesquisados, sugere-se a apresentação de justificativa.*
>
> (***In*** Leis de Licitações Públicas Comentadas / Ronny Charles Lopes Torres. - 9. Ed. JusPodivm, 2018 - p. 944-945.) (Negritos adicionados)

Portanto, mesmo que seja admitida a pesquisa com apenas 3 (três) preços por item e preços coletados em datas que não ultrapassem 180 (cento e oitenta) dias do evento, a amostra tem que ser submetida a tratamento estatístico que exclua valores discrepantes ou que justificadamente resultem da mediana.

Assim, importante orientação para o bom tratamento dos elementos de uma pesquisa é trilhar o caminho prescritivo da Instrução Normativa n. 3, de 2017, do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, com o seguinte teor:

> Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:
>
> I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico *http://paineldeprecos.planejamento.gov.br*;
>
> II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

§ 1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de **forma combinada ou não**, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrada no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.

§ 2º Serão utilizadas, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados.

§ 3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente.

§ 4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§ 5º Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§ 6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores. (NR)

E neste ponto quase final, digo ainda que questionando a necessidade da aplicação de medida suspensiva de atos administrativos e se tal medida é adequada, ou se, diante de **"***possível alternativa***"**, os atos administrativos possam ter continuidade e o processo possa seguir o seu curso normal (art. 20, parágrafo único, da LINDB)**,** avalio e concluo que as exposições acima têm potência para fundamentar a interrupção do certame licitatório, porque é duvidosa a obtenção da proposta mais vantajosa em razão da ausência de descrição detalhada dos bens objeto de conserto ou manutenção e da comprovação e de justificativas dos valores de referência utilizados**.**

Por força do que foi visto e afirmado, não há outro modo de concluir senão pelo reconhecimento da veracidade do que foi apurado pelo analista da DFE, no exame prévio do referenciado Edital**.**

E independentemente de outras considerações, é certo que neste caso ocorreu, ou está para ocorrer, vícios de consequências indesejadas, inclusive para o próprio gestor, de modo que a aplicação de medida cautelar servirá também como medida útil para que ele seja protegido**.**

Ratifico, pois, o cabimento e a necessidade da aplicação de medida cautelar suspensiva de atos administrativos**.**

Tudo examinado e considerado, decido nos sentidos de**:**

I - aplicar medida cautelar para**:**

a) que seja imediatamente suspenso o andamento do Pregão Presencial n. 12/2022, e vedado o prosseguimento de atos a ele relativos, especialmente quanto à

homologação do referido certame, até que esta medida cautelar seja julgada ou revogada**;**

b) que no caso de já haver sido**:**

1. homologado o objeto da licitação, que não seja assinado o contrato**;**

2. assinado o contrato, que seja suspensa de imediato a execução do seu objeto**;**

II - determinar**:**

a) a intimação da Sra. Giuliana Masculi Pokrywecki, Secretária Municipal de Educação, Cultura e Esportes de Nova Andradina, para que ela, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da data de sua cientificação, preste as informações ora exigidas, apresente as justificativas técnicas e jurídicas cabíveis e exponha as razões que entender úteis ou necessárias sobre os termos da ANÁLISE ANA-DFE-2143/ 2022 (peça 18, fls. 239-246) e nesta Decisão, que devem acompanhar o instrumento de intimação**;**

b) que a intimação seja feita por meio de correspondência eletrônica, consoante o disposto no art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012**;**

III - dar como fundamento para os termos desta Decisão, as regras dos arts. 54, 56, 57, I, e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e do art. 149, § 1º, **II**, ***a*** e ***b***, e § 2º, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018)**.**

Campo Grande/MS, 22 de março de 2022.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

fij/mré