ACÓRDÃO - AC01 - 302/2020

PROCESSO TC/MS	**:** TC/9405/2018
PROTOCOLO	**:** 1925668
TIPO DE PROCESSO	**:** ATA DE REGISTRO DE PREÇO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE JARDIM
JURISDICIONADO	**:** GUILHERME ALVES MONTEIRO
INTERESSADOS	**:** A.A. DE OLIVEIRA - M.E, FUTURA ENTRETENIMENTO E EVEN-TOS LTDA. E PRÓ ESTRUTURAS EIRELLI - EPP.
VALOR	**:** R$ 7.122.685,00
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ESTRUTURA PARA OS EVENTOS – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO – DEMANDA INCERTA – UTILIZAÇÃO ADEQUADA – OBJETO DELIMITADO ADEQUADAMENTE – AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO OU COMPETIVIDADE – PESQUISA DE PREÇOS –TRÊS COTAÇÕES – DIVERGÊNCIA DE VALORES OBTIDOS – PREÇOS COBRADOS – LIVRE CONCORRÊNCIA DA ECONOMIA DO MERCADO LOCAL OU REGIONAL – PARECER JURÍDICO – INEXISTÊNCIA DE ANORMALIDADE – REGULARIDADE.

As exigências para a fase preparatória de Pregão (dita fase interna) estão estabelecidas no art. 3º da Lei n. 10.520/2002, e pelo princípio da especialidade, tais regras prevalecem sobre as regras gerais estabelecidas para as demais modalidades de licitação prevista na Lei n. 8.666/1993, tendo como elevado objetivo de simplificar o procedimento licitatório, especialmente quando seguido da utilização do Sistema de Registro de Preços, cuja utilização é adequada para as situações em que a demanda é incerta, seja em relação a sua ocorrência, seja no que concerne à quantidade de bens a ser demandada. Estando delimitado adequadamente o objeto da licitação, sem comprovação ou sequer informação de desídia ou conduta dolosa de agentes da Administração municipal e sem nenhuma especificação que pudesse caracterizar exigência excessiva que causasse restrição à competição ou competividade, bem como cumpridos os requisitos legais, inclusive quanto à pesquisa de preços realizada, superando o mínimo de 3 (três) cotações, cuja divergência de valores obtidos reflete, na oportunidade, os preços cobrados pelas empresas no âmbito da livre concorrência, da economia do mercado local ou regional, não constituindo anormalidade, devem ser declarados regulares os procedimento licitatório e a formalização da ata de registro de preços dele decorrente.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 12ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 8 a 10 de junho de 2020, ACORDAM os Senhores Conselheiros na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos

do voto do Relator, em declarar a **regularidade** da realização do Pregão Presencial n. 31/2018, pela Administração municipal de Jardim, e da formalização da Ata de Registro de Preços n. 27/2018, por meio da qual foram registrados os preços ofertados pelas empresas A.A. de Oliveira M.E., Futura Entretenimento e Eventos Ltda. e Pró Estruturas EIRELI - EPP, devidamente homologados pelo gestor**.**

Campo Grande, 10 de junho de 2020.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria dos autos trata da análise dos documentos referentes ao Pregão Presencial n. 31/2018, realizado pela Administração municipal de Jardim, que ocasionou a lavratura da Ata de Preços n. 27/2018, na qual foram registrados os preços ofertados pelas empresas A.A. de Oliveira - M.E., Futura Entretenimento e Eventos Ltda. e Pró Estruturas EIRELLI - EPP, no valor total previsto de R$ 7.122.685,00, compreendendo a prestação do serviço de fornecimento de estrutura para os eventos realizados ou apoiados pelo Município**.**

Sobre a matéria, a Divisão de Fiscalização de Contratação Pública, Parcerias e Convênios do Estado e dos Municípios-DFCPPC emitiu a Análise ANA-DFCPPC-1374/ 2020 (peça 27, fls. 521-528), e nela concluiu pela irregularidade tanto do Pregão Presencial n. 31/2018 como da subsequente formalização da Ata de Registro de Preços n. 27/2018, com o apontamento das seguintes irregularidades**:**

– ausência de estudo técnico preliminar**;**
– ausência de informações sobre a relação de eventos**;**
– pesquisa de mercado com valores muito discrepantes;

– diferença entre o quantitativo de itens orçados na pesquisa de preços e o dos itens inscritos no termo de referência e na planilha de preços máximos**;**

– parecer jurídico *pro forma* acerca da minuta do edital e seus anexos**.**

E do mesmo modo opinou o representante do Ministério Público de Contas, por meio do seu PARECER - PAR-3ª PRC-1778/2020 (peça 28, fls. 529-531), assim grafado**:**

> **“**(...) *opina no sentido de que esta egrégia Corte de Contas adote o seguinte julgamento:*
>
> *I - pela* ***ilegalidade*** *e* ***irregularidade do procedimento licitatório e da formalização do contrato****, nos termos do artigo 59, inciso I, da Lei Complementar nº. 160 de 2012, c/c com o inciso I, alínea a, do artigo 121, do Regimento Interno nº. 88 de 05 de dezembro de 2018***”.**

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Segundo os autores da ANA-DFCPPC-1374/ 2020, as primeiras irregularidades por eles apuradas na prestação de contas foram as ausências de Estudo Técnico

Preliminar e de informações sobre a relação de eventos**.** E começando por elas, seguem abaixo as análises e as considerações que entendo cabíveis**.**

Mas antes de iniciar o exame deste tópico, devo registrar que o Pregão**:**

a) é modalidade licitatória que tem tramitação administrativo-interna simplificada**;**

b) possui a especial característica de propiciar **–** em momento oportuno, no transcorrer de sua realização **–** o alcance ou encontro do menor preço, pois que ele [pregão] oferece aos licitantes a oportunidade de competirem entre si, de disputarem os preços, até que um deles, em condições idênticas ou melhores do que as dos demais, oferte o menor preço **–** que, logicamente, deve ser considerado pelo pregoeiro ou pelo gestor quanto à exequibilidade da oferta**;**

c) é especificamente destinado a oferecer à Administração pública – quando dele decorrer a utilização do Sistema de Registro de Preços – as condições para a aquisição de bens e serviços comuns de forma fracionada**,** conforme a demanda, sem a (muitas vezes) desnecessária formação de estoques, ou seja, sem que se promova a contratação/aquisição de bens ou serviços comuns em quantidade maior do que a utilizável em determinado(s) período(s)**.**

E para a realização de Pregão, as regras da Lei (federal) n. 10.520, de 2002 (instituidora do Pregão como modalidade de licitação), estabelecem, como elementos ou requisitos de uma fase preparatória, que**:**

> 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**.**

Assim, o que se exige na fase preparatória de um Pregão a realizar é o que está estabelecido nas disposições acima transcritas**.**

Das disposições da **"***Lei do Pregão***"**, o Ministério do Planejamento (órgão do Governo Federal) instituiu, por meio da Instrução Normativa n. 5/2017, o denominado Estudo Técnico Preliminar-ETP, criando assim um conjunto de regras aplicáveis aos órgãos da Administração federal, que obviamente não vinculam os entes ou órgãos estaduais, distritais e municipais**.**

Como no geral os procedimentos licitatórios mais complexos são iniciados com a elaboração de Projeto Básico ou de Termo de Referência, a metodologia regula-

mentada pela citada Instrução Normativa n. 5/2007 ampliou o rigor, ao exigir que o Projeto Básico ou o Termo de Referência devem ser precedidos de fases preliminares que incluem os Estudos Técnicos Preliminares-ETPs e o Gerenciamento de Riscos-GRs, com a ideia de fomentar a precisão do planejamento e sua metodologia**.**

Esses ETPs devem indicar a necessidade da contratação e conter as estimativas de quantidades, acompanhadas de memórias de cálculos, para depois subsidiar a fase de identificação de riscos da contratação, ações de contingências etc., para a partir daí elaborar o Termo de Referência-TR ou o Projeto Básico-PB.

E reforçaram as exigências as regras do recente Decreto (federal) n. 10.024, de 20 de setembro de 2019, que instituiu e regulamentou a modalidade de Pregão na forma eletrônica, no âmbito da Administração federal – cuja regulamentação, de igual modo, não vincula os entes ou órgãos estaduais, distritais e municipais**.**

Neste ponto, vale lembrar que as compras pelos órgãos da Administração federal têm exigências proporcionais aos seus grandes quantitativos e valores, implicando dizer que, no lado oposto, é de absoluta necessidade a aplicação em concreto do princípio constitucional (implícito) da razoabilidade/proporcionalidade para os casos dos economicamente pequenos e médios Municípios do Estado (a maioria deles), o que, ademais, está em conformidade com as disposições do art. 22 (observada a regra do art. 20) do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (**"***Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro-LINDB***"**), introduzidas pela Lei (federal) n. 13.655, de 25 de abril de 2018**.**

Em voltando ao caso em exame, vejo que a equipe técnica da DFCPPC entendeu como necessária a exigência de um Estudo Técnico Preliminar-ETP a cargo da Administração municipal de Jardim, e fundamentou sua pretensão na aplicação subsidiária de regras da Lei (federal) n. 8.666, de 1993 (segundo o disposto no art. 9º da Lei n. 10.520, de 2002), para a modalidade licitatória de Pregão**.**

Porém, esse equivocado fundamento de aplicação subsidiária de regras gerais da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, **não é** juridicamente factível para este caso**.** E as razões são cristalinas, uma vez que**:**

– não há lacuna a preencher (suprir)**;**

– as exigências para a fase preparatória de Pregão (dita fase interna) estão estabelecidas pelas regras do art. 3º da Lei (federal) n. 10.520, de 2002, atrás transcritas. Assim, pelo princípio da especialidade (prevalência da norma especial sobre a geral), as regras do citado art. 3º, que são específicas para o Pregão, prevalecem sobre as regras gerais estabelecidas para as demais modalidades de licitação previstas na Lei (federal) n. 8.666, de 1993**;**

– impõe-se lembrar, sempre, que um elevado objetivo do pregão é o de simplificar o procedimento licitatório, especialmente quando seguido da utilização do Sistema de Registro de Preços**.**

E ao lado da exigência exposta nos textos dos parágrafos imediatamente precedentes, a referida equipe técnica também apresentou um julgado do Tribunal de Contas da União-TCU (Acórdão 137/2010), talvez com o propósito de servir de diretriz para este caso**.** Todavia, tal julgado aborda a contratação de serviço de informática por modalidade de licitação diversa do pregão, não sendo, pois, apropriado para cumprir a finalidade que aquela equipe técnica pretendeu**.**

Nesta altura, sobre o ponto ora em exame, tenho como certo que o foco deve ser a verificação de que se foram efetivamente observadas as prescrições do art. 3º da Lei (federal) n. 10.520, de 2002. Assim, constato que a Administração licitante**:**

– atendeu ao pedido formulado pela sua Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico e Cultural, para realizar licitação, tendo como objeto coisa pertinente às atividades ou necessidades daquele órgão municipal**;**

– delimitou adequadamente o objeto da licitação, sem nenhuma especificação que, a meu ver, pudesse caracterizar exigência excessiva que causasse restrição à competição ou competividade**.**

Noutro aspecto, não há também como sustentar a alegação dos analistas da DFCPPC de que houve imprecisão quantitativa no Edital do Pregão, ou ausência de informações na relação de eventos, especialmente por tratar-se da utilização do Sistema de Registro de Preços-SRP, que pressupõe contratações futuras, a serem efetuadas somente na medida da demanda**.**

Na prática em geral, o órgão local que requisita a licitação tem um planejamento de eventos que pretende realizar no transcorrer do ano, mas no caso optou-se pelo SRP, porque a lei permite a alteração na previsão feita, podendo, por exemplo, repetir as realizações de anos anteriores, ou complementá-las, ou substituí-las por novos eventos. E a ferramenta adequada para atender essas eventualidades ou alterações é exatamente o SRP, pois tal sistema demonstra ser adequado para as contratações que possam atender a demandas incertas, imprevisíveis ou modificativas**.**

Conforme pontuou o Tribunal de Contas da União, no Acórdão no 2197/2015-Plenário, a utilização do Sistema de Registro de Preços é adequada para as situações em que a demanda é incerta, seja em relação a sua ocorrência, seja no que concerne à quantidade de bens a ser demandada**.**

Daí, ainda que as regras do Decreto (federal) n. 7.892, de 2013 (que regulamenta, para a Administração federal, a Lei n. 8.666, de 1993), não sejam aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, elas servem de orientação para os casos em que poderá ser adotado o Sistema de Registro de Preços-SRP**.** Ei-las**:**

> Art. 3º O Sistema de Registro de Preços **poderá ser adotado** nas seguintes hipóteses:
>
> I - quando, **pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes**;
>
> II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas

> parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou **em regime de tarefa**;
>
> III - quando **for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento** a mais de um órgão ou entidade, ou **a programas de governo;** ou
>
> IV - quando, **pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.**

Nesse sentido, o Ministro Benjamin Zymler, do TCU **–** em trecho do voto que proferiu no julgamento da matéria ensejadora da decisão instrumentalizada no Acórdão TCU n. 2197/2015 **–**, registrou que**:**

> **"**10. (...) a utilização do Sistema de Registro de Preços é adequada em situações como a que se encontra sob comento, ou seja, quando **a demanda é incerta, seja em relação a sua ocorrência, seja no que concerne à quantidade de bens a ser demandada.** Afinal, não faria sentido realizar uma estimativa prévia e, com base nela, efetivar um processo licitatório, no qual tenham sido definidas quantidades exatas a serem adquiridas, **sem saber nem se essas aquisições serão efetivamente necessárias.** Num cenário bastante plausível, poderia haver a compra de bens que não seriam necessários**.".**

Tenho, pois, como certo, que o Pregão n. 31/2018, realizado pela Administração municipal de Jardim, observou, preencheu, na sua fase preparatória, os requisitos estabelecidos pelas regras do art. 3º da Lei (federal) n. 10.520, de 2002**.**

Quanto à irregularidade apontada pelos analistas da DFCPPC, referenciando a ***PESQUISA DE MERCADO COM VALORES DISCREPANTES*****,** foi suscitado um suposto vício na pesquisa de preços apresentada, porque contido nela valores discrepantes entre as empresas consultadas **–** que poderiam ocasionar um aumento significativo no valor de referência**.**

Sobre esse assunto, anoto que para a realização de Pregão deve ser providenciado orçamento que possa subsidiar a prévia fixação do preço de referência e, desse modo, assegurar o atendimento ao princípio da economicidade**.** E no aspecto normativo, as regras**:**

– do inciso III do art. 3º da Lei (federal) n. 10.520, de 2002, impõem a elaboração de orçamento, ao prescreverem 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**;**

– do § 1º do art.15 e do inciso IV do 43 da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, estabelecem a necessidade da ampla pesquisa de mercado, assim prescrevendo**:**

> Art. 15. (...)
> (...)
> § 1º O registro de preços **será precedido de ampla pesquisa de mercado**.
> (...)
>
> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos**:**
>
> (...)
>
> IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os **preços correntes no mercado** ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;
>
> (...)**.**

Do que se lê nas disposições legais acima citadas, pode ser entendido que nenhuma delas traz a definição ou sequer traça os contornos para que, juridicamente, seja compreendido qual é o elemento (preço) apto para a **"***elaboração do orçamento***"** ou o significado das vagas expressões **"***ampla pesquisa de mercado***".**

Sobre esse tema, reproduzo abaixo análise feita por Ronny Charles Lopes 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.*
>
> **"***Embora entendamos as dificuldades alegadas pelos gestores, para a coleta dos preços pesquisados, frisamos que a falta de aferição da* ***pesquisa de preços através de, pelo menos, 03 empresas do setor,*** *vem sendo motivo de reprimendas por parte do TCU. Nesse sentido, transcrevemos resumo apresentado no Informativo nº 42 daquele Egrégio Tribunal, com base no Acórdão nº 3026/2010 - Plenário.*
>
> **'**Responsabilidade do pregoeiro pela pesquisa de preço sem a obten-ção de, no

mínimo, **três** orçamentos de fornecedores distintos.

> **‘**(...) e também o pregoeiro assumiu o risco de responder pelas consequências de seus atos, os quais contrariam o disposto no art. 15, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, no art. 8º, II, do Decreto [federal] nº 3.555/2000 (...) que estabelecem a necessidade de que as licitações, mais especifi-camente os pregões, sejam precedidos de ampla pesquisa de mercado. O relator destacou, também, que a jurisprudência do TCU é no sentido de que, antes da fase externa da licitação, há que se fazer pesquisa de preço para a obtenção de, no mínimo, **três** orçamentos de fornecedores distintos. (...)**’ ”.**
> (***In*** Leis de Licitações Públicas Comentadas / Ronny Charles Lopes Torres. **-** 9. Ed. JusPodivm, 2018 - p. 944-945 – **negritos** adicionados)

E reforça essa parametrização (de, no mínimo, três cotações) a regulamentação deste Tribunal, **que estabelecia**, na época dos fatos, por meio da Resolução TCE-MS n. 54, de 14 de dezembro de 2016 (dito **“***Manual de Peças Obrigatórias***”**),

no ANEXO VI *(CONTRATAÇÃO PÚBLICA - 2.2. PREGÃO - DOCUMENTOS - REGRA GERAL - 2. Indicação do objeto* ***e do valor estimado****,* ***acompanhado de pesquisa de mercado, contemplando no mínimo três cotações****, salvo limitação de mercado devidamente justificada***,**

no mesmo ANEXO VI, no caso de *CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA (5.2. PREGÃO - A) DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS - REGRA GERAL - 2. Indicação do objeto* ***e do valor estimado****,* ***acompanhado da pesquisa de mercado, contemplando no mínimo 3 cotações****, salvo limitação de mercado devidamente justificada.*

Em que pese filiar-me aos que pensam como exigíveis pesquisas de preços mais elaboradas, não há, neste caso (e em outros casos semelhantes), como censu-rar, declarar irregularidade ou penalizar o gestor que agiu segundo as disposições regulamentares deste Tribunal, sob pena de ostensiva ofensa aos princípios da confi-ança e da segurança jurídica. E agregado a isso, não deve ser olvidado que o Pre-gão foi instituído como procedimento licitatório mais simplificado, especialmente quando conjugado com o Sistema de Registro de Preços**.**

É apropriado, portanto, transcrever abaixo as regras do art. 24 do Decreto-Lei (federal) n. 4.657, de 1942 (LINDB), acrescentadas pela Lei n. 13.655, de 2018**:**

> Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado **levará em conta as orientações gerais da época**, **sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas**.
>
> Parágrafo único. Consideram-se **orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência** judicial ou **administrativa majoritária**, e ainda as adotadas por **prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público**.

Ademais, se vê nas peças dos autos **que:**

1. a Administração municipal obteve, na pesquisa de preços realizada, as informações de **4** (quatro) empresas do ramo de atividade exigido (A.A de Oliveira, D.S. Eventos e Promoções Ltda., Ekobox Locações EIRELI e RT Áudio e Eventos EIRELI - ME, peça 3, fls. 12-53), superando assim o mínimo de **3** (três) cotações exigidas pela regulamentação deste Tribunal**;**

2. não há comprovação ou sequer informação de desídia ou conduta dolosa de agentes da Administração municipal, significando que, salvo prova cabal em contrário**:**

– pode ser entendido que a divergência de valores obtidos na pesquisa de preços refletiu, na oportunidade, os preços cobrados pelas empresas no âmbito da livre concorrência, da economia do mercado local ou regional, não podendo ser então apontada anormalidade na dita **"***pesquisa de mercado com valores muito discrepantes***";**

– não é factível imputar aos agentes do órgão licitante a responsabilidade sobre algo que não está sob os controles deles, pois as informações, as ofertas de preços são próprias, típicas dos entes econômicos, do mercado, ou seja, das empresas que, em exercendo a atividade exigida pela Administração, estejam interessadas em participar de licitação**.**

Em resumo, no tocante à matéria examinada neste tópico**:**

1. entendo que foi atendida a exigência de obtenção de, no mínimo, **3** (três) pesquisas de preços para o objeto licitado, pela Administração municipal (tendo sido obtidas **4** cotações), em conformidade com a regulamentação positivada na Resolução TCE-MS n. 54, de 14 de dezembro de 2016), vigente e eficaz na época dos fatos relatados (exercício de 2018), bem como em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, também vigorante naquela época**;**

2. vejo que o objeto da licitação foi a prestação de serviço **comum** e bem **delimitado**, que por certo não gerou dúvidas aos licitantes, ensejando que todos eles ficassem posicionados em condições de igualdade competitiva**;**

3. constato que no caso foi alcançado o objetivo da obtenção da proposta mais vantajosa, pois verificado que no Pregão realizado, ao ser oportunizada aos licitantes a competição entre si, a disputa de preços, no final foi obtido preço inferior ao da média da pesquisa, ou seja, 84% do valor de referência fixado pela Administração municipal, tendo sido assim cumpridos os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade**;**

4. lembro que os registros de valores em ata apropriada não **"**travam**"** as dotações, as rubricas orçamentárias, porquanto não caracterizam efetivos compromissos de contratações, não obrigam a Administração a contratar**.** O que **"**trava**"** dotação ou rubrica orçamentária é a efetiva celebração de contrato, inclusive nos casos a que se referem as disposições do § 4º do art. 62 da Lei (federal) n. 8.666, de 1993**;**

5. concluo pela **regularidade** dos atos administrativos praticados, **relativamente à pesquisa de preços realizada** pelos agentes da Administração municipal**.**

Todavia, não posso deixar de alertar para a necessidade de que, com a recente edição do citado Decreto (federal) n. 10.024, de 2019 **–** regulamentador da modalidade de Pregão na forma eletrônica para os órgãos federais **–**, novo rumo será dado (ou já está sendo dado) à jurisprudência do TCU, no sentido de se exigir maior rigor nas pesquisas de preços em geral**.**

Logicamente que **–** em ratificando afirmações já feitas neste voto **–** as compras por órgãos federais têm exigências proporcionais aos seus grandes quantitativos e valores, implicando dizer que, no lado oposto, é necessária a aplicação do princípio constitucional (implícito) da razoabilidade/proporcionalidade para os casos dos economicamente pequenos e médios Municípios do Estado (a maioria deles), observadas as disposições dos arts. 20 e 22 da LINDB**.**

Porém, sem prejuízo dessas considerações, é certo que**:**

1. as regras regulamentares da anterior Resolução TC/MS n. 54, de 14 de dezembro de 2016, produziram, no tempo de suas vigências, plenos efeitos jurídicos (**de 1º de janeiro 2017, até 31 de dezembro de 2018**), enquanto as regras da atual Resolução TC/MS n. 88, de 3 de outubro de 2018, continuam produzindo eficácia desde **1º de janeiro de 2019;**

2. as regras de ambas tais Resoluções estabeleceram a aceitação de um mínimo de **3** (três) orçamentos nas pesquisas de preços, ou de mercado, feitos ou a fazer pelos entes ou órgãos estaduais e municipais, sem a exigência de qualquer outro tratamento mais detido, mais técnico que deve ser dado àquelas pesquisas**;**

3. a pesquisa ampla e idônea, feita de modo transparente e probo, que busque o efetivo preço de bem ou serviço no mercado, é essencial para propiciar a adequada estimativa de custos para a futura contratação. E ao mesmo tempo, ela possibilita a aferição do valor referencial do(s) item(ns) que servirá(ão) de parâmetro na análise da aceitabilidade ou exequibilidade das propostas dos licitantes, servindo, inclusive, para nortear ou fixar o preço máximo aceitável – ou para eliminar dúvidas sobre a exequibilidade da proposta, visando a fixar ou nortear o(s) preço(s) mínimo(s)**;**

4. urge, assim, a realização de estudos para que seja **alterada**, **em breve tempo**, a regulamentação deste Tribunal, quanto às pesquisas de preços, ou de mercado**.** Isso para que a alteração normativa fique em consonância **–** no que couber ou no que puder ser regulamentado, respeitadas as peculiaridades dos pequenos e médios Municípios do Estado **–** com as atuais diretrizes, regulamentações ou orientações promovidas pelo Tribunal de Contas da União, bem como, especialmente, pelo entendimento que aquele Tribunal esteja firmando em seus hodiernos julgamentos**;**

E ainda sobre este ponto, tomo a liberdade de sugerir que, enquanto estiverem em vigor as regras que autorizam o mínimo de **3** cotações de preços, seria salutar**:**

– o aperfeiçoamento dessa amostra, **exigindo** do gestor, **por meios oficiais**, uma análise criteriosa de cada informação de preços prestada pelas empresas interessadas, descartando os preços com acentuada discrepância e daí considerando somente os preços das **3** cotações mais equilibradas e assim mais adequadas para utilização**;**

– a busca de outras fontes, tais como recentes preços e quantitativos próximos ou semelhantes registrados em atas lavradas por outros Municípios deste ou de outro Estado limítrofe**.**

Noutro tanto, além das demais irregularidades apontadas pelos analistas da DFCPPC e já examinadas e avaliadas nas razões deste voto, eles apontaram também que **o Parecer Jurídico sobre a minuta do Edital e seus anexos foi emitido apenas *pro forma***, pela Assessora Jurídica da Administração municipal, em face da inobservância da diferença do quantitativo apurado pela pesquisa de mercado em comparação com o do termo de referência**.**

Da minha parte, inicialmente entendo que a análise prévia dos termos do Edital e dos seus anexos, bem como da minuta do contrato que em tese será posteriormente celebrado, compreende, para a Assessoria ou Consultoria Jurídica, apenas o controle interno exclusivamente jurídico, ou seja, da constitucionalidade e (ou) da legalidade daqueles termos**.** A finalidade do Parecer Jurídico**:**

1. compreende, assim, a exclusiva verificação da compatibilidade dos termos examinados em face do regramento da Constituição da República, das Leis (federais) n. 8.666, de 1993, e n. 10.520, de 2002 (de efeitos nacionais), e de outras leis aplicáveis, bem como dos regulamentos locais dessas Leis (regulamentos esses que, notoriamente, não estejam em confronto com as regras constitucionais e legais)**;**

2. é possibilitar à autoridade competente o conhecimento jurídico da matéria e das variáveis necessárias para a tomada de decisão segura**;**

3. é evitar, ou pelo menos reduzir a possibilidade, de posterior constatação de vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade **–** especialmente de cláusulas, condições ou prescrições 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**.**

Demais disso**:**

1. o Parecer Jurídico tem valor apenas opinativo. Assim, mesmo sendo ele obrigatório (Lei/fed. n. 8.666, de 1993, art. 38, VI), não produz efeito vinculativo, não sendo condição indispensável, quanto ao seu conteúdo, para a validade do ato**;**

2. o autor de Parecer Jurídico responderá pelas opiniões jurídicas que emitir somente nos casos de carência de sustentação jurídica plausível, ou diante de comprovado dolo, má-fé ou erro grosseiro ou inescusável**.** E de modo prescritivo (e reduzido), dispõe a regra do art. 28 do Decreto-Lei n. 4.657, de 1942 (LINDB), acrescentada pela Lei (federal) n. 13.655, de 2018, que**:**

> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

E na mesma direção, as disposições do inciso VI do art. 50 da Lei (federal) n. 9.784, de 1999 (Lei reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração federal) **–** embora não seja aplicável a este caso, serve de subsídio para dar fundamento à argumentação **–**, corrobora a diretriz de que os pareceres jurídicos não são vinculantes para a autoridade competente, que deles poderá discordar, desde que motivadamente, com pressupostos de fato e de direito que sustentem o entendimento contrário**.** Eis abaixo o enunciado da disposição legal citada**:**

> **"**(...)
>
> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando**:**
>
> (...)
>
> VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou **discrepem de pareceres**, laudos, propostas e relatórios oficiais;
>
> (...)**.**

Bem a propósito, também o Plenário do TCU foi bastante claro nesses mesmos sentido e direção, no seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 19/2002**:**

> **"***Também não aproveita ao recorrente* ***o fato de haver parecer jurídico*** *e técnico* ***favorável à contratação****.* ***Tais pareceres não são vinculantes do gestor****,* ***o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam****.*
>
> *Tem o administrador* ***obrigação de examinar a correção dos pareceres****,* ***até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração****. Este dever exsurge com maior intensidade nas situações em que se está a excepcionar princípio (impessoalidade) e regra (licitação) constitucional.* ***Deve agir com a máxima cautela possível ao examinar peças*** *técnicas* ***que concluam pela inviabilidade ou pela inconveniência da licitação"****.*
>
> (Acórdão nº 939/2010, Plenário, Processo nº TC 007.117/2010-8, Relator Ministro Benjamin Zymler).

Já em um nível mais elevado, o Supremo Tribunal Federal-STF, ao realizar o julgamento abaixo identificado, confirmou sua posição nos seguintes termos**:**

> **"**(...) 3. Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que **'**salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa**'** (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). (...)**".**
>
> (STF. 1ª Turma. MS 27867 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 18/9/2012 **-** Info 680).

E ainda sobre essa matéria, tem-se que a equipe da DFCPPC anotou expressamente em sua análise (peça 27, fl. 525) as seguintes observações**:**

> **“**(...) *apesar de o parecer jurídico sobre a minuta do edital e anexos ter sido confeccionado em três páginas (fls. 144-146), trata-se de um documento que apresenta caráter pro forma, ou seja, genérico. Não se demonstrou a efetiva análise das minutas e dos procedimentos realizados, deixando de cumprir com sua finalidade de oferecer ao gestor a assistência necessária na tomada de decisões posteriores, em desatenção ao parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8666/1993. Tanto assim, que não foi apontado pelo*[a] *parecerista a diferença entre os quantitativos dos itens orçados* ***através da pesquisa de mercado*** *(fls. 12-47), num total de 39 (trinta e nove) itens; da quantidade de itens* ***na média do orçamento*** *(fls. 48-53), num total de 34 (trinta e quatro) itens; e da quantidade de itens no* ***termo de referência*** *e na* ***planilha de preços*** *(fls. 88-102; 103-111), num total de 67 (sessenta e sete) itens***”.**

Aqui, para complementar o que antes transcrevi, abordei e conclui sobre a matéria deste tópico (*Parecer Jurídico dito* pro forma), sou obrigado a, respeitosamente, discordar também dos termos do trecho da análise feita, acima transcritos**:**

1. em primeiro lugar, destacando partes importantes do PARECER REFERENCIAL n. 00003/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, emitido pela *Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres da Advocacia-Geral da União*, ao examinar Edital de Pregão lançado pelo Ministério da Saúde, para a aquisição de medicamentos**:**

> **“**(...) *DA FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO*
>
> *22. Registra-se que esta manifestação tomará por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos, visto que, em face do que dispõe o art. 131 da Constituição Federal, e o art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, incumbe a este órgão de execução da AGU prestar consultoria sob o prisma* ***estritamente jurídico,*** *não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração nem* ***analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa,*** *assim como os* ***aspectos técnicos, econômicos, financeiros e orçamentários****. A Boa Prática Consultiva - BPC nº 07, editada pela AGU, corrobora tal entendimento:*
>
> *O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas* ***sobre temas não jurídicos,*** *tais como* ***os técnicos, administrativos*** *ou de* ***conveniência ou oportunidade****.*
>
> (...)
>
> *24. Cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico* ***exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos.*** *Incumbe, isso sim,* ***a cada um desses observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências****.*
>
> (...)
>
> *177. Salientamos que* ***é de inteira responsabilidade da autoridade contratante a verificação quanto à plausibilidade dos valores apresentados.*** *Como sempre repetimos, os membros dessa Consultoria Jurídica* ***não detêm*** *competência*

> *legal*, ***conhecimento especializado ou mesmo ferramentas para avaliar a adequação das avaliações de preços realizadas nos processos submetidos à análise jurídica. A responsabilidade pela idoneidade e lisura de tais atos recai integralmente sobre os agentes do órgão promotor da licitação*** [as sublinhas e os negritos não são originais]**,** *conforme bem ressaltado pela doutrina de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:*
>
> 'A aceitação de proposta com sobrepreço pelo pregoeiro ou comissão de licitação, seguida da homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente, sujeita-os a responsabilidade, solidariamente com o agente que realizou a pesquisa de preços. O mesmo pode ocorrer com a autoridade superior competente pela ratificação dos atos do processo da contratação direta e o responsável pela pesquisa de preços.
>
> 'A aceitação de oferta inexequível, de que resulte a inexecução do objeto em razão da impossibilidade de o contratado cobrir os custos da contratação, também atrai a responsabilidade desses agentes (o que realizou a pesquisa de preços, o pregoeiro, os integrantes da comissão de licitação e a autoridade que homologou o procedimento ou ratificou os atos praticados no processo da contratação direta). Em ambas as hipóteses – inexequibilidade ou sobrepreço –, será necessário aquilatar a conduta de cada um desses agentes e as circunstâncias em que atuaram, para o efeito de imputar-lhes responsabilidade.**'.**
>
> (***In*** Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas, Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Editora Forvm, Belo Horizonte, ano 10, nº 116, ago. 2011)**.**

2. em segundo lugar, ao ver que no Parecer Jurídico emitido pela Drª. Liliane Cristina Heck (peça 8, fls. 144-146) foram por certo examinadas, juridicamente e no que competia àquela Assessora, as minutas do Edital e das suas peculiaridades, bem como a minuta do contrato, e conclusivamente firmada a opinião jurídica, porquanto ela**:**

– abordou a matéria sob os aspectos das disposições do *caput* e do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, da Lei (federal) n. 8666, de 1993, e, especialmente, quanto ao disposto nos arts. 3º, I, e 4º, III, da Lei (federal) n. 10.520, de 2002**;**

– acrescentou a observância do Edital de licitação às disposições da Lei Complementar (federal) n.123, de 2006 (que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte etc.), com as alterações promovidas pela Lei Complementar n. 147, de 2014**.**

E se aquela Assessora Jurídica municipal não analisou algo além do exclusivamente jurídico, **é porque –** em conformidade com o teor dos supratranscritos julgados e das regras legais, bem como do Parecer Referencial da Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres da Advocacia-Geral da União **– não lhe competia:**

– analisar **"***aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa***,** assim como os **"***aspectos técnicos, econômicos, financeiros e orçamentários*" ou sobre **"***a conveniência* ou *oportunidade***"** da licitação**;**

– exercer a **"***auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos***",** aos quais incumbe **"***observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências***",**

sendo **"***de inteira responsabilidade da autoridade contratante a verificação quanto à plausibilidade dos valores* [e dos quantitativos] *apresentados***".**

Isso tudo porque a Assessoria ou Consultoria Jurídica não detêm competência, **"***conhecimento especializado ou mesmo ferramentas para avaliar a adequação das avaliações de preços realizadas nos processos submetidos à análise jurídica. A responsabilidade pela idoneidade e lisura de tais atos recai integralmente sobre os agentes do órgão promotor da licitação***".**

E para finalizar, seguem abaixo grafados trechos de julgados do TCU, em 2017, firmados em consonância com as razões deste voto**:**

> **"**Os responsáveis não comprovaram a busca no mercado de preço de referência para orientar o orçamento do pregão. No entanto, é da competência da comissão permanente de licitação, do pregoeiro e da autoridade superior verificar se houve recente pesquisa de preço junto a fornecedores do bem a ser licitado e se esta observou critérios aceitáveis**"**.
>
> (Acórdão 4.828/2017 - 2ª Câmara – Rel. Min. Ana Arraes)
>
> **"**Acrescento que a jurisprudência do TCU aponta no sentido de que **'**a CPL, o pregoeiro e a autoridade superior devem verificar: primeiro, se houve pesquisa recente de preço junto a fornecedores do bem e se essa observou critérios aceitáveis**".**
>
> (Acórdão 4.464/2017 - 2' Câmara - Rel. Min. Aroldo Cedraz)

Assim, em resumo final deste tópico, é dizer que as cotações de preços e a obtenção do preço médio do bem ou serviço a licitar compreende matéria técnica, de competência de órgão ou setor administrativo formalmente designado para a finalidade, com total responsabilidade pela veracidade ou lisura da pesquisa**.** Por essa razão, é incabível imputar responsabilidade por vício a autor de Parecer Jurídico, que somente responderá pelas opiniões que emitir nos casos de carência de sustentação jurídica plausível, ou diante de comprovado dolo, má-fé ou erro grosseiro ou inescusável**.**

Mas ainda que tenha sido vista a questão do modo exposto, assinalo que diferentemente do que foi reportado na Análise ANA-DFCPPC-1374/2020, todos os itens pesquisados no mercado compuseram a **"**Planilha de Preços - Unitários Máximos**",** anexada ao Edital de Licitação do Pregão Presencial n. 31/2018**.**

Ocorre que os itens foram separados em lotes, dois lotes em cada item, exceto o item 67 que conteve só um lote. Assim, para exemplificar, os itens 1 e 34 da referen-

ciada planilha correspondem ao *Serviço de locação de camarote com capacidade para 120 pessoas, com cobertura de tendas*, separados em dois lotes **–** 10 e 12 unidades, respectivamente **–**, perfazendo o total de 22 unidades, que foi a quantidade objeto da pesquisa**.**

Por final de tudo, no referente à remessa de documentos, verifico que a publicação do extrato da Ata de Registro de Preços ocorreu em 27/6/2018 (peça 17, fl. 463), tendo como prazo fatal de remessa, a este Tribunal, 30 (trinta) dias após a sua publicação, conforme o estabelecido no regramento então vigorante**.** E em realizando a contagem, o vencimento do prazo seria o dia 27/7/2018, confirmando assim que a remessa dos documentos foi tempestiva, pois ela foi realizada em 25/7/2018 (peça 1, fl. 2), ao contrário do aduzido pelo corpo técnico**.**

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **voto** no sentido de **declarar,** com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **regularidade:**

I - da realização do Pregão Presencial n. 31/2018, pela Administração municipal de Jardim**;**

II - da formalização da Ata de Registro de Preços n. 27/2018, por meio da qual foram registrados os preços ofertados pelas empresas A.A. de Oliveira M.E., Futura Entretenimento e Eventos Ltda. e Pró Estruturas EIRELI - EPP, devidamente homologados pelo gestor**.**

DECISÃO

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

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro declarou-se impedido de votar

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 10 de junho de 2020.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

NCB/dssm