DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 125/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/12174/2022
PROTOCOLO	: 2194795
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE BATAYPORÃ
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: GABRIEL BOFFO DA ROCHA
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONSELHEIROFLÁVIO KAYATT

A matéria em exame compreende a ANÁLISE ANA - DFLCP - 6380/2022 (peça 13, fls. 160-169), encaminhada pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias por meio da qual foi realizado o controle prévio do Edital do Pregão Presencial n. 51/2022, tipo Menor Preço por Item, lançado pela Administração municipal de Batayporã, com a sessão pública programada para 25/08/2022, tendo por finalidade efetivar o Registro de Preços para a posterior ***"contratação de empresa para prestação de serviço de serralheria, incluindo (confecções, instalações, reparos e materiais), em atendimento à Secretaria Municipal de Educação, Cultura, Esporte e Lazer, no valor estimado R$ 324.108,38 (trezentos e vinte e quatro mil cento e oito reais e trinta e oito centavos)".***

E no instrumento da referenciada Análise, o seu autor apontou as seguintes irregularidades que justificariam a aplicação da medida cautelar**:**

1. Ausência de análise crítica na elaboração da pesquisa de preços;
2. ausência de procedimento licitatório destinado exclusivamente a ME e EPP para os itens com valor de referência inferior a R$ 80.000,00;
3. exigência de comprovação de regularidade fiscal em desconformidade com o ramo de atividade licitado;
4. ausência de requisitos objetivos para a comprovação de qualificação técnica;
5. cláusula irregular que exige a impugnação e recursos de forma presencial junto ao setor de protocolo do município.

   Ao final requer a medida cautelar para suspenção do certame.

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**.**

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 DFLCP, pois que detectado o risco de restrição à competitividade, bem como não ser dado atendimento ao interesse público, no relativo à economicidade, em face das sérias impropriedades apontadas**,** assim como é previsível a irreversibilidade da lesão após a contratação**,** fatores tais que preenchem os requisitos jurídico-autorizadores da aplicação de medida cautelar suspensiva de atos administrativos**.**

Objetivamente pode ser verificado 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, além de não estar comprovada com documentos de onde foram retirados os valores inseridos na planilha de fl.58.

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[1]**.**

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*

---

[1] Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:[...]

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

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, 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)

Com relação à ausência de disposição no edital de informação que acerca da obrigatoriedade de licitação exclusiva para ME e EPP, para os itens com valores até R$ 80.000,00, não posso concordar que trata-se de uma irregularidade porque a obrigatoriedade de cumprimento de lei independe se sua aposição no instrumento convocatório.

Veja que a LC n. 147/2014 alterou o art. 49 da LC n. 123/2006, suprimindo anterior ressalva à aplicação das licitações diferenciadas, nas hipóteses em que "os critérios de licitação diferenciadas não fossem previstas no ato convocatório". Nesta feita, as licitações diferenciadas, pela Lei, não estão mais condicionadas à previsão no edital. Tem que ser aplicada a Lei no curso do certame obrigatoriamente.

Ademais, no mesmo artigo existe critério de validação da aplicação do art. 48 que só podem ser verificados durante a licitação. Essa irregularidade – o descumprimento da lei - deverá ser verificada durante o pregão.

Quanto à exigência excessiva de certidões, ou seja, além das ligadas ao objeto da contratação, apesar de concordar com a Divisão e de decidir desta forma no controle posterior, em juízo liminar, isso não é possível porque os entendimentos da doutrina e da jurisprudência ainda não estão consolidadas.

De igual forma, não há fundamentos, nesta espécie de juízo, para a aplicação da medida suspensiva, por restrição à competição, a falta de objetividade nos requisitos de qualificação técnica, porque, aberto da forma que foi disposta no instrumento convocatório, não desqualifica os participantes que apresentarem um mínimo de qualificação. Entretanto a irregularidade, com certeza será abordada no controle posterior.

E por fim, inadmissível, e restritivo a competitividade o conteúdo do dispositivo do subitem 11.3 do Edital que exige que os esclarecimentos e as impugnações sobre seus termos sejam entregues na sede da prefeitura no setor de protocolo.

No âmbito da modernidade útil, devem ser utilizados, na maioria absoluta dos casos, os meios eletrônicos disponíveis, inclusive para os casos de pedidos de esclarecimentos e suas respostas ou para os casos de impugnações, recursos e outros, que compreendam ou referenciem editais de licitações (mesmo em licitações de modalidade de Presencial), comunicações, decisões singulares ou colegiadas, intimações e suas respostas, remessas de documentos e etc.

Ora, no "mundo digital" de nossos dias, raras são as Administrações municipais que não estejam devidamente estruturada para a utilização de meios disponíveis pela rede mundial de computadores, inclusive porque hoje é o meio exigido para o cumprimento legal do Portal da Transparência.

Desse modo é, a meu ver, surpreendente ou inaceitável o teor de tal dispositivo, contrário à doutrina e à jurisprudência, anacrônico e desarrazoado por malferir o caráter competitivo da licitação.

Sobre o tema, inicialmente transcrevo a ensinança de Marçal Justen Filho, ao

comentar as disposições da Lei/fed. n. 8.666, de 1993:

> "15) [...], os interessados poderão sentir necessidade de outras informações complementares. Por isso, a unidade administrativa deverá dispor-se a prestar esclarecimentos e informações.
>
> **A definição de datas e horários não pode ser restritiva, mormente quando as informações possam ser relevantes para o certame**. Assim, por exemplo, são viciadas as previsões de que em um dia específico e determinado, em horário certo, os interessados poderão obter as informações. Isso acarreta que, na inviabilidade de comparecer no horário e data designados, o interessado estará irremediavelmente prejudicado. Confiram, ademais, os comentários a propósito do art. 30, III, acima.
>
> **O texto da Lei 8.666/1993 induz a obrigatoriedade de colocar-se à disposição dos interessados meios de comunicação à distância (tais como telefone, telex etc.), para evitar dificuldade de deslocamento ao local em que serão prestadas as informações. Com a evolução tecnológica, tornou-se possível assegurar aos interessados amplo acesso a todas as informações relevantes por meio da internet."**
>
> (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993 / Marçal Justen Filho. – 18. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 912).

É logo dizer aqui, que desde a vigência da Lei/fed. n. 8.666, de 1993, não há óbice legal, mas em verdade é obrigatório–conforme regrado no caput e no inciso VIII art. 40 dessa Lei– que seja indicado no Edital de licitação o modo ou a forma de acesso aos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos informações e esclarecimentos relativos à licitação (o que compreende, por sem dúvidas, as proposições ou interposições e as respectivas decisões, respostas ou soluções a questionamentos, impugnações, defesas, recursos etc.), com a ampla utilização da universal internet, por meio da qual podem ser recebidos e enviados com rapidez (diretamente ou por anexação) textos, mensagens, figuras e outros arquivos por correio eletrônico ou simplesmente e-mail (eletronic mail).

E não obstante a regra impositiva da Lei/fed. n. 8.666, de 1993– de efeitos nacionais–, a comunicação à distância, via internet/e-mail/correio eletrônico, tem, logicamente, o beneplácito da doutrina e da jurisprudência (TCU, Acórdão n. 3.192/2016 - Plenário, relator Marcos Bemquerer, e Tribunais de Contas de Estados etc.), em plena sintonia com a modernidade positiva.

No mesmo sentido julgaram os Tribunais de Contas de Minas Gerais e do Paraná, que assim decidiram:

> TCE-MG - DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. ADOÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO PRESENCIAL PARA CESSÃO DE USO DE SISTEMAS DE INFORMÁTICA. OBJETO COMUM. FRACIONAMENTO DO OBJETO. INVIABILIDADE COMPROVADA. NÃO DIVULGAÇÃO DE PREÇO MÁXIMO NO EDITAL. FACULDADE DO GESTOR. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS. REQUISITOS ESTABELECIDOS NO TERMO DE REFERÊNCIA. IMPROCEDÊN-CIA. DEMONSTRAÇÃO DO SISTEMA. UTILIZAÇÃO DE

EQUIPAMENTOS DOS PRÓPRIOS LICITANTES. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO. REQUISITOS ESTABELECIDOS NO TERMO DE REFERÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. NÃO VEDAÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ASSINATURA DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO POR PREGOEIRO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. POSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO TÉCNICOPROFISSIONAL. EXIGÊNCIAS MÍNIMAS. ATIVIDADES SUFICIENTEMENTE DESCRITAS NO TERMO DE REFERÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. **APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO E RECURSO APENAS NA PREFEITURA. LIMITAÇÃO**. RECOMENDAÇÃO. [...]. 8. **Deve-se adotar redação editalícia abrangente quanto ao direito de petição, admitindo-se formas de impugnação e interposição de recursos à distância.**

(TCE-MG - DEN: 912245, Relator: CONS. SUBST. HAMILTON COELHO, Data de Julgamento: 28/06/2018, Data de Publicação: 20/07/2018)

TCE-PR - REPRESENTAÇÃO DA LEI N.º 8.666/1993. IRREGULARIDADES EM EDITAL. **EXIGÊNCIA DE PROTOCOLO DE IMPUGNAÇÃO NA SEDE DO MUNICÍPIO**. IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO ÀS EMPRESAS SANCIONADAS COM PROIBIÇÃO DE SANCIONAR. PARECERES DISSONANTES. VOTO ACOMPANHA O OPINATIVO DA UNIDADE TÉCNICA. PROCEDÊNCIA SEM APLICAÇÃO DE MULTA. PARTE REPRESENTADA SANOU AS IRREGULARIDADES OPORTUNAMENTE. RECOMENDAÇÃO À MUNICIPALIDADE. **"Como se depreende do excerto acima, efetivamente há uma vedação no protocolo eletrônico de impugnação, a qual não está acompanhada de qualquer justificativa. O não recebimento de impugnações pela via eletrônica se mostra desarrazoado, além de limitar a competitividade no certame haja vista que empresas não sediadas no ente licitante teriam que arcar com gastos de deslocamento para protocolarem suas impugnações. Nada obstante, é de se notar que esse tipo de restrição não condiz com a celeridade e eficiência preconizada pelo Pregão, além de destoar da realidade atual, em que a comunicação eletrônica é ferramenta essencial na gestão administrativa. Ainda, vale dizer que a municipalidade representada demonstra estar familiarizada com os recursos digitais, disponibilizando a retirada de edital eletronicamente, conforme peça nº 22.** [...]

(TCE-PR 50167619, Relator: IVAN LELIS BONILHA, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/06/2020)

Portanto, é indevida a regulamentação em Edital de licitação, a vedação para que pedidos de esclarecimentos, impugnações etc. sejam encaminhados por meio eletrônico (internet/e-mail/correio eletrônico), caracterizando isso limitação à competitividade, com disfarçado cerceamento à participação de interessados não locais ou não regionais em determinadas licitações. No caso em exame, diante da disposição expressa inscrita no Edital de licitação, ela, por si só, já ensejaria a determinação para que o pregão e ou seus atos posteriores fossem interrompidos.

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 justificativas dos valores de referência utilizados e existem cláusulas restritivas que malferem a isonomia**.**

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

I - aplicar medida cautelar para**:**

a) que seja imediatamente suspenso o andamento do Pregão Presencial n. 51/2022, 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 Sr. Gabriel Boffo da Rocha Prefeito Municipal de Batayporã, para que ele, 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-DFLCP-6380/ 2022 e desta 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, 24 de agosto de 2022.

FLÁVIO KAYATT
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT