DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 154/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/14873/2022
PROTOCOLO	: 2203908
ÓRGÃO	: FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA E DE VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO DE NAVIRAÍ
JURISDICIONADO (A)	: RHAIZA REJANE NEME DE MATOS (PREFEITA MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital da Concorrência n. 10/2022, tipo menor preço global. O edital, lançado pela Administração Municipal de Naviraí, tem como objeto a "execução de obra de reforma do CIEI Sonho de Criança" (peça 1, fl. 2).

Ao examinar o edital (Análise ANA - DFEAMA - 7595/2022, peça 32, fls. 124-138), a Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente (DFEAMA) apontou as seguintes impropriedades:

1. sobrepreço em alguns itens;

2. divergência na escolha do regime de execução;

3. existência de cláusulas restritivas.

Ao concluir a análise, os auditores propuseram a aplicação de medida cautelar com vistas à suspensão da licitação, por entenderem que as impropriedades citadas restringem a competitividade do certame (peça 32, fl. 138).

É o relatório.

DECISÃO

No que refere aos aspectos doutrinários e à aplicação em concreto de regras processuais, pontuo que a medida cautelar é a medida provisória com vistas a afastar a iminência de um possível dano a um direito. Sua aplicação pelos Conselheiros deste Tribunal, 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) – competência reconhecida também no âmbito judicial, no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA MS

26547 DF, em 23 de maio de 2007 (Publicação no DJ 29/05/2007 PP-00033, Processo n. 00853820060, Relator Ministro Celso de Melo).

Dito isso, na análise do controle prévio de editais de licitação, com base nas regras do art. 113, § 2º, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e dos arts. 150 a 157 do Regimento Interno, sempre submeto o exame de contratação pública, em sede de juízo liminar, ao crivo do atendimento de quatro requisitos fundamentais, a saber:

i) a **exigência de licitação** apropriada para cada caso, salvo as exceções infraconstitucionais específicas sobre dispensa e inexigibilidade, compreendendo em qualquer caso os atos e procedimentos típicos e os instrumentos formais compulsórios;

ii) a obrigatória busca da obtenção da **proposta mais vantajosa**, visando ao cumprimento do princípio constitucional da economicidade (CF, art. 70, *caput*);

iii) a efetiva aplicação do **princípio da isonomia**, que propicia a competitividade e, no lado oposto, veda a **imposição de exigências que o restrinjam** (CF, art. 37, XXI);

iv) a **razoabilidade concretamente motivada nas razões de decidir sobre as pendências surgidas e a utilidade da decisão** (segundo o regramento atual da LINDB);

Ademais, na análise dos requisitos citados, é necessário que a lesão ao direito seja evidente – não dependendo de dilação de prova ou de debate teórico sobre a existência (ou interpretação) do direito lesado, pois, se assim o for, a lesão ao direito não é evidente.

Feitas essas considerações, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFEAMA - 7595/2022 (peça 32, fls. 124-138).

1. INCONSISTÊNCIA NA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA E SOBREPREÇO EM ALGUNS ITENS

Segundo a divisão, após análise da planilha orçamentária da obra vinculada à Concorrência n. 10/2022, constatou-se que (peça 32, fl. 129):

> (...) o Gestor utilizou para vários serviços as composições integrais da tabela SINAPI sem nenhuma modificação, o que nos remete à conclusão de que os preços unitários estabelecidos no sistema de referência sejam os máximos impostos pela Administração para execução dos referidos serviços, conforme estabelece inciso IX do artigo 40 da lei nº 8666/93.
>
> Porém, o Jurisdicionado mesmo estabelecendo vinculação de sua planilha orçamentária aos preços unitários da tabela SINAPI (junho/2022) contrariou essa obrigatoriedade modificando os preços unitários de vários serviços sem nenhuma justificativa (...)

Além disso, a equipe técnica verificou que (peça 32, fl. 131):

> (...) os itens do serviço “CMP 03 - piso em granilite com espessura de 8mm, incluso juntas de dilatação plásticas” estão espalhados em composições de outros serviços, ou seja, o Gestor utilizou a estrutura de uma composição que não consta do SINAPI (junho/2022) associada aos preços atuais dos itens dessa composição, os quais encontram-se espalhados e dentro da composição de outros serviços.

A DFEAMA concluiu que a falta de rigor técnico apontada acima ocasionou sobrepreço no orçamento de pelo menos R$ 172.400,51 (peça 32, fl. 132).

Importante frisar que a fase de orçamentação da obra é de crucial importância na condução da licitação, conforme explica Marçal Justen Filho:

> A obrigatoriedade da formulação de estimativas quanto aos custos necessários à execução do objeto destina-se a satisfazer várias finalidades.
>
> Em primeiro lugar, trata-se de assegurar a seriedade do planejamento administrativo. Se a Administração desconhecer os custos, será inviável programar a execução do objeto. Sem estimar os custos, é inviável determinar a existência de recursos orçamentário, a modalidade cabível de licitação, o prazo necessário para executar o objeto, e assim por diante.
>
> Depois, a Administração não disporá de condições para avaliar a seriedade das propostas apresentadas. Será inviável identificar as propostas despropositadas e destituídas de consistências. A administração correrá o risco de contratar com um licitante destituído de condições mínimas de executar o objeto.
>
> (...)
>
> O fenômeno da assimetria de informações não autoriza, no entanto, a ausência de seriedade da planilha elaborada previamente pela Administração. **É um dever jurídico da Administração Pública elaborar a planilha mais consistente possível.** Isso significa a necessidade de estimar todos os itens de custos, tomar em vista todas as despesas diretas e indiretas e atingir um resultado que seja respaldado por informações objetivas. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 234-235, grifos adicionados.)

Assim, tendo em vista que os fatos trazidos pela equipe técnica demonstram a existência de potencial dano ao erário, haja vista o sobrepreço indicado, bem como revelam inconsistências técnicas na elaboração do orçamento, vejo como necessária a suspensão cautelar do certame, até que o gestor revise as planilhas orçamentárias ou justifique os apontamentos constantes na Análise ANA - DFEAMA - 7595/2022.

2. DIVERGÊNCIA NA ESCOLHA DO REGIME DE EXECUÇÃO

Neste item, a divisão verificou o seguinte conflito de informações: o item 15.4 do edital e o item 2.1 da minuta do contrato estipulam que a execução será por meio de empreitada por preço global, ao passo que o item 12.1 do edital estabelece que será por meio de empreitada por preço unitário.

De acordo com a equipe técnica, os diferentes regimes de empreitada possuem características distintas, as quais impactam diretamente na elaboração das propostas,

em especial pela capacidade de assunção de riscos de cada empresa diante do objeto.

Necessária, portanto, a revisão do edital e demais documentos que façam referência ao regime de empreitada, de maneira a eliminar ambiguidades que possam prejudicar a concorrência do certame.

3. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS

Conforme consta na análise da divisão, o edital exigiu que a empresa licitante possua capital social igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação e, indevidamente, estabeleceu que a única forma de comprovação do capital social seria a certidão da Junta Comercial da sede da empresa. A equipe técnica pontuou que existem diversas formas para comprovação do capital ou do patrimônio líquido mínimo, configurando a certidão emitida pela Junta Comercial apenas uma delas, não sendo lícito à Administração criar tal limitação.

De fato, assiste razão à divisão. A cláusula deve ser revista, pois, havendo outras maneiras de comprovar o capital social da licitante, não cabe à Administração restringir os meios disponíveis para se alcançar essa comprovação. Assim já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conforme reproduzo abaixo:

> REMESSA OFICIAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - NÃO ACEITAÇÃO DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO CAPITAL MÍNIMO EXIGIDO - EXIGÊNCIA DESNECESSÁRIA - IMPROVIMENTO. 1 - **Sem razão o Impetrado ao afirmar que o capital mínimo exigido só pode ser comprovado através de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial**. 2 - O impetrante apresentou Instrumento Social de Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, comprovando possuir o capital mínimo exigido para a habilitação na concorrência. 3 - Remessa oficial improvida. 4 - Sentença confirmada. (TRF-1 - REO: 6799 RO 1997.01.00.006799-0, Relator: JUIZ PLAUTO RIBEIRO, Data de Julgamento: 11/11/1999, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 13/03/2000 DJ p.11. Grifos adicionados.)

Além da cláusula relativa à comprovação do capital social, a equipe técnica observou que o item 7.6 do edital prevê “exigência da garantia de participação correspondente a 1% (um por cento) do valor proposto pela empresa, **devendo ser inserido dentro do envelope de proposta** o qual só pode ser conhecido após a abertura do referido envelope” (peça 32, fl. 136). Ocorre que, como bem pontuou a divisão:

> (...) o dispositivo que autoriza a exigência de garantia da proposta encontra-se elencado no rol de documentos de habilitação e que, de acordo com o procedimento definido no art. 43 da lei nº 8.666/93, a apreciação da documentação relativa à habilitação deve ocorrer no momento da abertura dos envelopes de habilitação e não nos de proposta. (peça 32, fl. 136)

Não bastasse o momento inoportuno de apresentação, a DFEAMA constatou ainda que a garantia foi exigida indevidamente, uma vez que exigida de maneira concomitante à necessidade de comprovação de capital social mínimo. Os auditores explicam que:

> (...) o art. 31, §2º, da Lei 8666 já mencionado acima, estabelece que para a execução de obras e serviços a Administração poderá incluir entre as exigências de habilitação dos licitantes a prestação de garantia de manutenção da proposta **ou** a comprovação de capital social **ou** de patrimônio líquido.
>
> Portanto, de acordo com o que estabelece o § 2º do artigo 31 da lei de licitações, a Administração deve optar entre exigir: a) a garantia de manutenção da proposta; ou b) o capital social ou patrimônio líquido para qualificação econômico-financeira da proponente.
>
> (...)
>
> (...) a lei foi expressa em estabelecer **formas alternativas – e não cumulativas** – para a Administração se garantir da boa execução das obras, quais sejam: capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou a garantia de manutenção da proposta em uma das modalidades previstas no art. 56, §1º, da Lei 8666. (peça 32, fl. 137, grifos conforme original)

Conforme demonstrou a equipe técnica, a exigência cumulativa é indevida. O entendimento dos auditores, ao qual me filio, encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Marçal Justen Filho assim esclarece:

> Tem prevalecido a orientação no sentido de evitar a consagração de exigências amplas, no tocante à qualificação econômico-financeira. Essa orientação reprova a exigência de garantia cumulativamente com a comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimos. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 765)

Para ilustrar a questão, Justen Filho cita julgado do Superior Tribunal de Justiça e súmula do Tribunal de Contas da União, os quais reproduzo a seguir:

> O art. 31, § 2º da Lei de Licitações determina que a Administração eleja um dos três requisitos, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação de qualificação econômico-financeira da empresa licitante, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado.” (REsp 822.337/MS, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 16.05.2006, DJ de 01.06.2006)

> Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir dos licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços. (Súmula 275 do Tribunal de Contas da União.

Da análise do que foi aqui exposto, entendo necessária a aplicação de medida cautelar visando à suspensão da Concorrência n. 10/2022, pois vejo que é iminente a possibilidade de dano de difícil reparação se concretizada a celebração de contrato

dela decorrente. Isso porque, em sede de cognição sumária, entendo que as impropriedades apontadas na Análise ANA - DFEAMA - 7595/2022 (peça 32, fls. 124-138) oferecem um risco evidente à **competitividade do certame** e à **busca da proposta mais vantajosa** para a Administração. Verificada, portanto, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, decido nos sentidos de **aplicar medida cautelar**, nos termos dos artigos 56, 57, incisos I e III, e 58 da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c o art. 152, inciso I, do RITCE/MS, **determinando** que:

I – a Prefeita Municipal de Naviraí, senhora Rhaiza Rejane Neme de Matos, promova a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** da Concorrência n. 10/2022, na fase em que se encontrar, abstendo-se, portanto, de homologar a licitação e formalizar o respectivo contrato, até ulterior manifestação deste Tribunal;

II – seja facultado à responsável a tomada das correções necessárias com vistas ao restabelecimento da licitação, republicando-se o edital, com a consequente reabertura do prazo legal para a realização da sessão e apresentação das propostas;

III – a autoridade responsável seja intimada para, no prazo 5 (cinco) dias úteis:

1. comprovar o cumprimento imediato das determinações desta decisão;
2. manifestar-se sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum,* bem como encaminhar os eventuais documentos faltantes, e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito;
3. encaminhar a republicação do edital ou, caso venha a anular definitivamente a Concorrência n. 10/2022, o comprovante de anulação a este Tribunal.

IV – a intimação seja feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 25 de outubro de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij