DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 141/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/14536/2022
PROTOCOLO	: 2203042
ENTE	: MUNICÍPIO 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 Tomada de Preços nº 11/2022, tipo menor preço global, com sessão pública programada para 13/10/2022. O edital, lançado pela Administração Municipal de Naviraí, tem como objeto a "contratação de empresa especializada em serviços de engenharia para a execução de obra de construção do muro e cercamento do novo cemitério municipal de Naviraí" (peça 1, fl. 2).

Ao examinar o edital (Análise ANA - DFEAMA - 7488/2022, peça 26, fls. 91-104), a Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente (DFEAMA) apontou as seguintes impropriedades:

1. projeto básico incompleto;

2. impedimento da participação de arquitetos no certame;

3. prazo incorreto para emissão do certificado de inscrição cadastral junto ao Município;

4. exigência de garantia de participação em momento inoportuno.

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 e oferecem potencial risco de prejuízo ao erário (peça 26, fl. 103).

É o relatório.

DECISÃO

Antes de iniciar o exame dos apontamentos da divisão, é importante registrar que, 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 **proposta mais vantajosa** para a Administração, em cumprimento ao 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 a restrinjam (CF, art. 37, XXI)[1];

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 - 7488/2022 (peça 26, fls. 91-104).

1. PROJETO BÁSICO INCOMPLETO

A divisão pontuou que no projeto básico foi apresentado apenas o projeto arquitetônico, sem a necessária inclusão do projeto estrutural. Segundo a divisão:

> É sabido que o projeto básico de uma obra de engenharia, além da necessidade de um projeto arquitetônico é fundamental a confecção do projeto estrutural, pois esse comtempla informações especifica da estrutura, como: espaçamento das ferragens, posição dos pilares, posição das vigas, posição das brocas, etc., além de informações de seu dimensionamento em função das cargas nela existentes.
>
> Dessa maneira, sem os projetos estruturais fica prejudicada a conferência dos dados dos projetos e planilhas orçamentarias com exatidão, e também prejudica os interessados na licitação que necessitam de informações precisas e confiáveis a fim de confeccionarem suas propostas de forma coerente com o que a administração planeja contratar.
>
> Por fim, conclui-se que o projeto básico está deficiente, pois apresenta apenas o desenho arquitetônico do objeto, enquanto na planilha orçamentária existem itens de serviços de engenharia que necessitam de projeto estrutural. (peça 26, fl. 97)

[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.

Tendo em vista os elementos presentes na Análise ANA - DFEAMA - 7488/2022, tenho como necessária a suspensão cautelar do certame. Isso porque, ao analisar os elementos técnicos constantes dos autos, a divisão concluiu que o projeto básico, na forma em que foi elaborado, não permite a compreensão razoável de parte essencial do objeto que se está licitando (peça 26, fl. 99).

A conclusão técnica citada acima leva a crer que não foi possível, a todas as empresas participantes do certame, o conhecimento preciso de todos os elementos que compõem o objeto da licitação, acarretando falta de uniformidade para a elaboração do orçamento. Com isso, verifico que foram criados obstáculos que podem dificultar ou até mesmo impedir a busca da proposta mais vantajosa para a Administração e a garantia da isonomia do certame.

2. IMPEDIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE ARQUITETOS NO CERTAME

Foi verificado pela equipe técnica que o edital da licitação permitiu apenas a participação de empresas e engenheiros inscritos no Conselho Regional de Engenharia – CREA (peça 26, fl. 100).

Ocorre que, como foi apontado pela divisão, empresas e arquitetos inscritos no Conselho de Arquitetura também possuem capacidade técnica e legal para execução da obra licitada. Isso é facilmente verificado no art. 2º, XI, da Resolução do CAU/BR nº 21/2012, que inclui, entre as atribuições do arquiteto, a execução, fiscalização e condução de obra, instalação de serviço técnico.

O edital impede, portanto, a participação de empresas aptas à execução da obra, em evidente prejuízo à competitividade do certame.

3. PRAZO INCORRETO PARA EMISSÃO DO CERTIFICADO DE INSCRIÇÃO CADASTRAL JUNTO AO MUNICÍPIO

Segundo a DFEAMA, o prazo para emissão do certificado estaria incorreto porque o edital teria previsto o dia 6/10/2022 como o prazo máximo para as empresas realizarem (ou renovarem) o cadastro de fornecedor junto à Administração (peça 26, fl. 102). No entanto, o art. 22, § 2º, da Lei 8.666/1993, prevê que o prazo para cadastramento deve ser o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, o que seria dia 10/10/2022.

A irregularidade apontada pela divisão é decorrente da interpretação dos itens 6.1.1.5 e 6.1.1.6 do edital, a seguir transcritos (peça 1, fl. 5, grifo conforme o original):

> 6.1.1.5 As empresas que desejam realizar ou renovar o Cadastro de Fornecedor deverão entregar à Comissão de Cadastro de Fornecedores, toda a documentação necessária.
>
> 6.1.1.6 As reuniões da Comissão de Cadastro de Fornecedor para análise de documentos e emissão de certificados são realizadas as **SEXTAS-FEIRAS, às 10h: 30min**, para que a documentação seja analisada o protocolo da documentação deverá ser feita até o dia anterior em horário de expediente do órgão.

A meu ver, o texto contido no edital é ambíguo, pois trata do funcionamento da comissão que analisa os documentos, não fazendo referência direta à licitação em andamento. Nada impede que a empresa participante entregue a documentação até o dia 10/10/2022. A consequência, nesse caso, é que, não sendo concluída a análise da comissão antes da data de abertura das propostas, a empresa não pode ser impedida de participar da licitação. É o que explica Marçal Justen Filho, conforme se verifica no trecho abaixo:

> Por isso, a melhor interpretação é de que os interessados em participar deverão apresentar, até três dias antes da data prevista para a entrega das propostas, toda a documentação necessária à obtenção do cadastramento.
>
> E se o prazo de três dias for insuficiente para verificar o cumprimento dos requisitos exigidos? Ou se o cadastramento for negado e houver recurso do interessado (dotado de efeito suspensivo, por interpretação inafastável do art. 109, I, *a*)? Ou se o cadastramento for deferido e os demais cadastrados divergirem e interpuserem recurso (também dotado de efeito suspensivo)? Em todos esses casos, não se afeta a data prevista para a entrega das propostas, as quais não poderão, contudo, ser abertas até o encerramento dos incidentes relacionados com a habilitação. Não é empecilho a tanto a data a previsão no edital da data prevista para "início da abertura dos envelopes" (art. 40, *caput*). Afinal, a postergação da data de abertura dos envelopes não afeta o direito dos licitantes nem provoca qualquer prejuízo a eles. Nem mesmo um terceiro poderia invocar prejuízo, alegando que poderia ter participado do certame se o prazo mais dilatado tivesse sido previsto desde logo. Se a data original foi designada de acordo com a disciplina legal, a ausência de condições do terceiro de atender às exigências é uma circunstância puramente subjetiva.
>
> O adiamento da data de abertura dos envelopes pode ser determinada, em qualquer caso, pela Administração ou pela Comissão Julgadora (inclusive diante de eventos ocorridos na própria sessão de entrega dos envelopes). É evidente que essa modificação deve ser divulgada amplamente, inclusive para permitir a participação dos interessados. Em tais hipóteses, as propostas dos interessados cuja habilitação não estiver concluída deverão ser recebidas condicionalmente. Os envelopes serão abertos ou restituídos incólumes aos interessados, a depender do resultado da habilitação (no caso, representada pelo cumprimento do credenciamento). (JUSTEN FILHO, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.)

Vejo, portanto, que não é possível verificar, com o rigor que se exige para a concessão de medida cautelar, se a cláusula referente ao credenciamento é de fato restritiva. O caráter restritivo, conforme se depreende dos apontamentos de Marçal Justen Filho, somente seria concretizado se a Administração impedisse de participar no certame as empresas que entregaram os documentos de credenciamento dentro no prazo previsto em lei.

Com isso é possível interpretar que, caso alguma empresa apresente a documentação no dia 10 de outubro (segunda-feira), a comissão analisaria tal documentação dia 14 de outubro (sexta-feira), podendo a empresa participar do certame condicionalmente. Adia-se, assim, a abertura dos envelopes com as propostas até que seja analisada as condições de habilitação de todas as empresas participantes que entregaram os documentos dentro do prazo previsto em lei.

4. EXIGÊNCIA DE GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO EM MOMENTO INOPORTUNO

Por fim, a divisão apontou que o item 7.6 do edital prevê a exigência de garantia de participação correspondente a 1% (um por cento) do valor da proposto pela empresa, devendo tal garantia ser inserida dentro do envelope da proposta.

Ocorre que, como bem pontuou a equipe técnica, 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 26, fl. 103).

Em razão disso, a divisão recomendou a correção do edital, de forma a atender o disposto na lei.

Acompanho o entendimento da equipe técnica. A falha não acarreta restrição à competitividade, uma vez que se estende a todos os participantes da licitação. Não vejo neste item os elementos necessários para a suspensão cautelar do certame. No entanto é oportuno o registro e a recomendação, conforme fez a divisão, de que houve infringência à lei, passível de multa quando do controle posterior por este Tribunal.

Além do que foi até agora apontado e examinado, é necessário constar que, em consulta ao Portal da Transparência do Município de Naviraí, verifiquei que a última informação referente à Tomada de Preços nº 11/2022 corresponde à ata da sessão da abertura dos envelopes de habilitação, realizada em 13 de outubro de 2022. Nessa ata foi registrado que:

> Em virtude das empresas não estarem presentes, será aberto prazo para interposição de recurso que se iniciará a partir do 1º dia útil posterior a publicação, também esclareceu que a nova sessão para a proclamação de

decisão sobre os recursos e abertura de envelope da proposta será publicado em diário oficial (ASSOMASUL) e no site do município.[2]

Assim, examinados, em sede de cognição sumária, os pontos indicados pela Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente (DFEAMA), vejo que é iminente a possibilidade de dano de difícil reparação se concretizada a celebração de contrato decorrente da Tomada de Preços nº 11/2022. Isso porque o **projeto básico incompleto** e o **impedimento da participação de arquitetos** oferecem um risco evidente à **competitividade do certame** e, consequentemente, comprometem a **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, Sra. Rhaiza Rejane Neme de Matos, promova a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** da Tomada de Preços nº 11/2022, 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 Tomada de Preços nº 11/2022, 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, 07 de outubro de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij

[2] Disponível em: < https://transparencia.navirai.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/09/ata-sessao-i-tp-011-22-1.pdf> Acesso em 20/10/2022, às 13:49.