DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 165/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/16895/2022
PROTOCOLO	: 2211074
ÓRGÃO	: FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE BATAGUASSU
JURISDICIONADO (A)	: AKIRA OTSUBO (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 59/2022, tipo menor preço por item, com sessão pública programada para 21/11/2022. O edital, lançado pela Administração Municipal de Bataguassu, tem como objeto o "registro de preços para aquisição de produtos de consumo hospitalar" (peça 13, fl. 100).

Examinados os documentos dos autos pela equipe da Divisão de Fiscalização de Saúde (Análise ANA - DFS - 8118/2022, peça 16, fls. 152-162), esta propôs a aplicação de medida cautelar para suspender o certame, em virtude da **utilização indevida do pregão em sua modalidade presencial**, da **falta de análise crítica na elaboração do orçamento** e da **falta de envio das cópias dos orçamentos** (peça 16, fl. 162). Segundo a divisão, o *fumus boni iuris* estaria presente em razão do potencial risco de prejuízo ao erário que pode advir de contratação decorrente do procedimento licitatório com as falhas apontadas e o *periculum in mora* estaria caracterizado pela iminência da sessão de recebimento das propostas, prevista para 21/11/2022.

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, pontuo que, para a aplicação de medida liminar, é necessária a existência do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo na demora). A medida liminar exige, portanto, que haja:

- uma evidente lesão ao direito – não dependendo de dilação de prova ou de debate teórico desse direito, pois, se assim o for, a lesão não é evidente;
- um fato que possa ocasionar dano irreparável se houver demora de uma providência que venha a impedi-lo.

Feitas essas considerações, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFS - 8118/2022 (peça 16, fls. 152-162).

1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO PREGÃO EM SUA MODALIDADE PRESENCIAL

A divisão apontou que (peça 16, fl. 153):

> A adoção da forma presencial do Pregão nº 59/2022 não se encontra acompanhada de justificativa plausível que demonstre que ensejará resultado economicamente mais vantajoso que a modalidade na forma eletrônica.
>
> Ao contrário disso, a justificativa apresentada para a não utilização do pregão eletrônico, além de não condizer com a realidade, afronta entendimento inclusive desta Corte de Contas (...)

Para corroborar seu entendimento, a divisão demonstrou a inconsistência da justificativa, conforme sintetizo seguir (peça 16, fls. 153-154):

a) **JUSTIFICATIVA DO GESTOR**: a modalidade presencial imprime maior celeridade à contratação de bens e serviços, sem prejuízo à competitividade, com a possibilidade de esclarecimentos imediatos durante o pregão presencial.

ANÁLISE DA DIVISÃO: não é verdadeira a afirmação de que o pregão presencial seja mais célere que o pregão eletrônico por permitir a realização de esclarecimentos imediatos durante a sessão. O procedimento adotado na forma eletrônica da modalidade não apresenta qualquer desvantagem que resulte em prejuízo aos licitantes.

b) **JUSTIFICATIVA DO GESTOR**: o pregão presencial permite a facilidade na negociação de preços e na verificação das condições de habilitação e execução da proposta. A opção pela modalidade presencial do pregão não produz alteração no resultado final do certame, pelo contrário, permite maior redução de preços em vista da interação do pregoeiro com os licitantes.

ANÁLISE DA DIVISÃO: não é verdadeiro afirmar que, ao contrário do pregão eletrônico, o pregão presencial facilite a negociação de preços, a verificação das condições de habilitação e a execução das propostas. Ao contrário disso, a forma eletrônica do pregão é manifestamente vantajosa em relação ao modo presencial do pregão.

c) **JUSTIFICATIVA DO GESTOR**: O pregão presencial permite inibir a apresentação de propostas insustentáveis que atrasariam os procedimentos da modalidade eletrônica.

ANÁLISE DA DIVISÃO: não é verdadeiro afirmar que a utilização do pregão eletrônico resulte na apresentação de propostas insustentáveis, que podem gerar atrasos e aumento de custos, e não produza alteração no resultado final. Os fatos indicam exatamente o contrário disso.

d) **JUSTIFICATIVA DO GESTOR**: A opção pelo pregão presencial decorre de prerrogativa de escolha da Administração fixada pela Lei nº 10.520/02. Assim, a obrigação do pregão eletrônico ocorre apenas nos casos de utilização de recursos da União.

ANÁLISE DA DIVISÃO: a afirmação genérica de que a obrigatoriedade do pregão eletrônico ocorre apenas nos casos de utilização de recursos da União, sem a apresentação das vantagens advindas caso a caso, contraria o entendimento deste Tribunal.

Vejo que assiste razão à divisão. As justificativas trazidas pelo gestor são genéricas e, conforme demonstrou a divisão, insuficientes para afastar a obrigatoriedade da utilização do pregão em sua modalidade eletrônica. A pretensa discricionariedade alegada pelo gestor não é absoluta, pois passa necessariamente pela escolha da solução mais vantajosa para a Administração, conforme tenho defendido em minhas decisões. A exemplo a Decisão Liminar DLM - G.FEK - 148/2022 (Processo TC/16069/2022).

A meu ver, embora a preferência à modalidade eletrônica não tenha sido prevista de forma explícita na lei, a interpretação sistemática da norma evidencia que alguns fatores podem conduzir à escolha obrigatória dessa modalidade, como é o

caso dos autos. Isso porque, conforme explica Marçal Justen Filho[1], o art. 3º da Lei n. 8.666/19933 sintetiza o "espírito normativo" da disciplina das licitações, fazendo com que princípios como a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa norteiem a interpretação legal. É sempre tendo esse parâmetro de interpretação que tenho decidido pela suspensão ou não de procedimentos licitatórios. Vê-se, portanto, que cada situação deve ser analisada caso a caso.

Em vista disso, tenho como fundamental pontuar que a discricionariedade da escolha entre a modalidade presencial e a eletrônica não pode dar azo a situações que prejudiquem a isonomia ou a escolha da proposta mais vantajosa. Quando uma escolha afronta um desses princípios, não há mais que se falar em discricionariedade – esta só existe quando as duas soluções são igualmente válidas, ou seja, ambas protegem os princípios e objetivos que norteiam as licitações.

Portanto, ao escolher a modalidade, o gestor deve eleger aquela que propicie a contratação mais vantajosa para a Administração. E, pelos elementos que compõem o caso dos autos, isso ocorre por meio do pregão eletrônico. Por se tratar de aquisição de produto bastante comum, inúmeras empresas são capazes de participar da licitação. Em razão disso, o pregão eletrônico aumenta sobremaneira a competitividade do certame, influenciando diretamente no preço e conduzindo a uma contratação mais vantajosa para a Administração.

É sabido que, na grande maioria dos casos, o pregão eletrônico é a opção mais vantajosa para a Administração. Por isso, é imprescindível que a escolha pela modalidade presencial seja muito bem fundamentada. Nesse sentido, vale a pena citar o seguintes julgados trazidos pela divisão:

> SÚMULA N. 6/TCE-RO
> Enunciado: Para a contratação de bens e serviços comuns deve ser utilizada, preferencialmente, a modalidade pregão na forma eletrônica. A utilização de modalidade e forma diversas, por se tratar de via excepcional, deve ser precedida de robusta justificativa que demonstre que ensejará resultado economicamente mais vantajoso que a modalidade pregão na forma eletrônica. Data da Publicação: 14/05/2014.

> ACÓRDÃO Nº 2605/18 - TRIBUNAL PLENO DO TCE/PR
> a) Observada a legislação municipal, que deve previamente regulamentar a matéria, deve o gestor observar que, por regra, o pregão, na sua forma eletrônica, consiste na modalidade que se mostra mais adequada para a aquisição de bens e serviços comuns, podendo, contudo, conforme o caso em concreto, ser preterido a forma presencial, desde que devidamente justificado, a amparar a maior vantagem à Administração e observância aos demais princípios inerentes às licitações, nos exatos termos dos arts. 3º, I, da Lei n.º 10.520/2002 e 50 da Lei n.º 9.784/99;
> b) A opção pelo pregão presencial em detrimento do eletrônico sempre deverá ser amparada por justificativa, nos termos dos arts. 3º, I, da Lei n.º 10.520/2002 e 50 da Lei n.º 9.784/99. Publicação: 26/09/2018.

[1] 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. 90.

Dito isso, vejo que as alegações em sentido contrário, trazidas pelo gestor, são genéricas e, portanto, incapazes de demonstrar que a modalidade presencial seria mais vantajosa para a administração. Ao que parece, o gestor pretende utilizar a mesma justificativa para todas as licitações promovidas pelo Município, o que vai de encontro à necessidade de justificativa caso a caso. Em nenhum momento foi discutido, por exemplo, características do objeto e do mercado que pudessem apontar uma desvantagem na escolha da modalidade eletrônica.

2. FALTA DE ANÁLISE CRÍTICA NA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO E FALTA DE ENVIO DAS CÓPIAS DOS ORÇAMENTOS

Foi constatado pela divisão que houve uma grande variação nos preços consultados e utilizados na elaboração do orçamento da licitação, distorcendo o preço de mercado. Segundo a equipe técnica, a falta de análise crítica dos preços ocasionou uma variação que chegou a alcançar uma diferença na ordem de 435% (quatrocentos e trinte e cinco por cento).

A situação descrita representa uma irregularidade, conforme se verifica no trecho da análise técnica a seguir transcrito:

> É notória a importância da pesquisa de preço para a realização de uma licitação exitosa, sendo fundamental que a estimativa do valor a ser dispendido retrate com fidedignidade o mercado.
>
> A legislação exige a realização de ampla pesquisa para o fim de estimar os preços dos produtos licitados. Essa ampla pesquisa inclui não somente a pesquisa através de fontes variadas, mas também a avaliação crítica das respostas obtidas, o que, no caso dos autos, não foi observado pelo jurisdicionado.
>
> Cumpre registrar, de início, que as informações utilizadas neste levantamento foram extraídas do Subanexo X e do Quadro Comparativo de Preços (fls. 21-22). Isso porque não foram localizados nos autos as cópias dos orçamentos e demais fontes de consulta utilizadas no cálculo do valor estimado. (peça 16, fl. 159)

Vejo que assiste razão à divisão no ponto citado acima. A pesquisa de preços, do modo que foi apresentada pelo jurisdicionado, pode ocasionar contratação com valores discrepantes aos de mercado. Diante da grande variação de preços, o jurisdicionado deve ser diligente em ampliar a base de preços para o orçamento e promover análise estatística das cotações obtidas, de forma que o orçamento obtido reflita os valores de mercado. A pesquisa de preços, no modo em que foi realizada, coloca **em risco** a obtenção da **proposta mais vantajosa** e o cumprimento do **princípio da economicidade**.

Além disso, outro ponto crucial apontado pela divisão foi a **falta de envio das cópias dos orçamentos e demais fontes de consulta utilizadas no cálculo do**

valor estimado, o que, por impedir que este Tribuna proceda ao adequado exame do orçamento realizado, também enseja a suspensão cautelar do certame.

Da análise do que foi aqui exposto, entendo necessária a aplicação de medida cautelar visando à suspensão do Pregão Presencial n. 59/2022, pois vejo que é iminente a possibilidade de dano de difícil reparação se concretizada a celebração de contrato dele decorrente. Isso porque, em sede de cognição sumária, entendo que a **utilização indevida do pregão em sua modalidade presencial**, a **falta de análise crítica na elaboração do orçamento e a falta de envio das cópias dos orçamentos e das fontes de consulta utilizadas no cálculo do valor estimado** oferecem um risco evidente à **competitividade do certame** e 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 – o Prefeito Municipal de Bataguassu, senhor Akira Otsubo, promova a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** do Pregão Presencial n. 59/2022, ou, caso já tenha ocorrido a sessão de recebimento das propostas, que se abstenha de homologar a licitação e formalizar a respectiva ata ou contrato, até ulterior manifestação deste Tribunal;

II – 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, caso venha a anular definitivamente o Pregão Presencial n. 59/2022, o comprovante de anulação a este Tribunal.

III – 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, 17 de novembro de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij