DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 10/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/13639/2021
PROTOCOLO	: 2141449
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE COSTA RICA
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: CLEVERSON ALVES DOS SANTOS
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PREGÃO – REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO – IMPROPRIEDADES FORMAIS – MEDIDA CAUTELAR NEGADA – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de **Controle Prévio** exercido pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 12), com apontamento de supostas irregularidades no procedimento licitatório na modalidade de **Pregão Eletrônico nº 133/2021**, instaurado pelo **Município de Costa Rica/MS**, tendo como objeto a aquisição de materiais de construção, no valor estimado de **R$ 3.174.527,72** (três milhões cento e setenta e quatro mil quinhentos e vinte e sete reais e setenta e dois centavos).

Relevante destacar que o referido pregão já aconteceu em 16/12/2021, tendo sido registrados os preços das empresas vencedoras, no valor de **R$ 1.907.339,72** (um milhão, novecentos e sete mil, trezentos e trinta e nove reais e setenta e dois centavos).

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar a medida cautelar (peça 20), o que passa a fazer agora.

Instada a se manifestar, através do Despacho **DSP-G.WNB-**

36111/2021, o jurisdicionado apresentou defesa do procedimento licitatório em 10/02/2022 (peças 25-31).

Eis o breve relatório. Passo à decisão.

Inicialmente, esclareço que neste juízo de cognição sumária será observado o **Princípio da Verdade Material**, que vigora no processo de contas, analisando-se substancialmente se as "irregularidades" apontadas pela Divisão Especializada prejudicaram a competitividade e economicidade do Pregão Eletrônico nº133/2021, do Município de Costa Rica/MS, ou se foram meras "impropriedades formais".

Também será vetor desta análise o **Princípio da Razoabilidade**, previsto no art. 5º, LIV, da CF, como decorrência do Devido Processo Legal em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*). Em decorrência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, o Princípio da Razoabilidade passou a ter grande importância nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial. A LINDB renovada abusa de termos como "necessidade e adequação da medida imposta" (Parágrafo único do art. 20), "modo proporcional e equânime" (Parágrafo único do art. 21) ou "natureza e gravidade da infração" e "circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente" (§ 2º do art. 22).

E especificamente o *caput* do art. 22 da LINDB oferta um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

Em sua análise, a Divisão de Fiscalização de Licitações,

Contratações e Parcerias apontou as seguintes irregularidades no Pregão Eletrônico nº 133/2021:

> ***1. Ausência de adequadas técnicas quantitativas de estimação;***
>
> ***2. Ausência de ampla pesquisa de preços;***
>
> ***3. Ausência de objetividade quanto à documentação relativa à regularidade fiscal.***

Na resposta à intimação, o jurisdicionado alegou, em síntese, que realizou levantamentos nas secretarias municipais para estimar as quantidades de materiais de construção (anexou documentos); que fez pesquisa com seis fornecedores e também no Banco de Preços; e que não foi realizada nenhuma exigência ilegal de regularidade fiscal, mas que orientou os servidores responsáveis a não exigir certidões fora do ramo de atividade nas próximas licitações.

O **item 1** trata da ausência de adequadas técnicas de estimação de quantitativos, pois não teria havido demonstração das reais necessidades dos materiais de construção. A Divisão Especializada destacou que o aumento de quantitativos em relação ao processo licitatório realizado em 2019 foi relatado pelo gestor, sem, contudo, demonstrar o efetivo consumo, tampouco apontar o total licitado e demonstrar o que foi acrescido. Também asseverou que as reformas pretendidas, por sua natureza, pressupõem projetos ou ao menos planejamento que possibilite a previsão do material a ser utilizado.

Assiste razão à Divisão Especializada, porém fica claro, no exame dos autos, que o jurisdicionado fez um levantamento mínimo das necessidades, conforme os relatórios anexados e cópias de e-mails (peças 26-27). Evidentemente, há falha nessa estimativa em decorrência da ausência de projetos das reformas e adequações pretendidas nos prédios.

É preciso considerar, porém, que **esta licitação é para**

formalização de Ata de Registro de Preços, o que significa que os quantitativos registrados não serão obrigatoriamente comprados pela administração municipal. Portanto, a falha quanto à técnica estimativa pode ser relevada, ainda mais levando em conta que o jurisdicionado se comprometeu a orientar a secretaria responsável para que "nos próximos procedimentos licitatórios sejam demonstrado nos autos os elementos que exponham os critérios/metodologias de estimação e adequação de quantidades licitadas."

Assim, cabe aqui apenas **recomendação** ao jurisdicionado para aperfeiçoar, nas próximas licitações, as definições dos quantitativos, com a prévia elaboração de projetos que indiquem os materiais de construção a serem utilizados, ainda mais nos casos em que também serão realizadas pequenas construções (como as de salas de aula, com mencionado pelo jurisdicionado à fl. 896).

Em relação ao **item 2**, sobre pesquisa de preços incompleta e sem amplitude necessária, observo que há uma falha evidente, pois a pesquisa de mercado **só envolveu efetivamente três empresas** (Waad Bichofe Eireli, ARS Materiais de Construção e Madeireira Costa Rica Ltda). Embora o jurisdicionado tenha afirmado que pesquisou sete fontes, uma das quais o Banco de Preços do Ministério do Planejamento, a verdade é que **dos 473 itens de materiais de construção, apenas quatro foram colhidos do Banco de Preços e das empresas C e C Casa e Construção Ltda, Marcho Comércio Eletrônico de Materiais de Construção Eireli e Padovani e Padovani Ltda** (peça 28).

A pesquisa de preços deve gerar preços referenciais reais, que representem efetivamente o valor médio do mercado. Para atingir esse objetivo, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) têm apontado a necessidade de uma "**cesta de preços aceitáveis**", que inclua mais de uma fonte de pesquisa. Pesquisa só com fornecedores pode não representar a realidade dos preços, posto que estes têm interesse em uma média de preços elevada a fim de aumentar seus ganhos.

Entre as fontes que devem ser pesquisadas estão as compras já realizadas pela administração pública, seja do próprio órgão ou de outros da

União, Estados e Municípios (determinado pelo art. 15º, V, da Lei nº 8.666/93), bancos de preços, como o Comprasnet, catálogos de fornecedores, preços fixados pelo governo e pesquisas na internet (sites especializados, comércio eletrônico), entre outras.

O jurisdicionado também tem de passar a analisar de forma **crítica** as cotações colhidas dos fornecedores, a fim de evitar que valores superestimados façam parte da média para formação do preço.

Entretanto, a priori, não existe prova nos autos de que a falha na pesquisa de mercado da Prefeitura Municipal de Costa Rica tenha gerado prejuízo ao erário. Ao contrário, o resultado do pregão demonstra que houve certo grau de economicidade, visto que o valor estimado de **R$ 3.174.527,72** caiu na fase de disputa para **R$ 1.907.339,72.**

Basta aqui, portanto, **recomendação** ao jurisdicionado que nas próximas licitações realize, efetivamente, **ampla pesquisa de mercado**, com várias fontes, não se restringindo apenas a fornecedores, os quais têm interesse em incrementar os orçamentos públicos em busca da otimização de seus lucros.

Quanto ao **item 3**, a exigência de regularidade com apresentação de "Certidão de Tributos" é muito genérica e pode gerar irregularidade quando não compatível com o **ramo de atividade** que está sendo licitado, devendo ser conjugada a intepretação do inciso III do art. 29 com o inciso II do mesmo artigo da Lei nº 8.666/93.

Esse termo genérico tem sido comumente utilizado em licitações. Contudo, o que não se admite é, por exemplo, a exigência de regularidade em relação ao IPTU quando o ramo de atividade licitado é prestação de serviço ou compra de bens móveis.

A esse respeito já de há muito o mestre Marçal Justen Filho tem ensinado que: "... a existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da "Fazenda" (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. **O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontra-se em**

situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpre obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 418.)

Contudo, a exigência de regularidade tributária nesta licitação apenas reproduziu o texto da própria Lei nº 8.666/93, como destacado pelo jurisdicionado. Além disso, o jurisdicionado já emitiu Nota Técnica para que a administração municipal só faça exigências tributárias quanto ao ramo de atividade pertinente ao objeto (peças 30-31).

Assim, aqui não há uma evidente imprecisão no termo utilizado pelo jurisdicionado, sendo suficiente **recomendação** para que o jurisdicionado aprimore as próximas licitações, fazendo referência ao exercício de atividade relacionada com o objeto quando exigir certidão negativa tributária.

Assim, em sede de cognição perfunctória, **não há elementos nos autos que possam obstar o procedimento licitatório e contratação decorrente**, desde que sejam observadas as recomendações deste Tribunal de Contas.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **INDEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 133/2021, DA HOMOLOGAÇÃO DA CONTRATAÇÃO OU SUA EXECUÇÃO PELO MUNICÍPIO DE COSTA RICA/MS**, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITCE/MS. Encaminhem-se os autos ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer, nos termos regimentais.

Contudo, a fim de evitar as impropriedades formais aqui verificadas, **RECOMENDO** ao jurisdicionado que **aperfeiçoe suas técnicas quantitativas de estimação nas próximas licitações**; que faça **pesquisa de mercado ampla**, com várias fontes, contemplando especialmente outras contratações públicas; e que aprimore, nos próximos editais de licitação, as exigências de **Certidões Negativas Tributárias**, enfatizando que tais têm referência **apenas com o exercício de atividade relacionada com o objeto da futura contratação**.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 11 de fevereiro de 2022.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2022-02