DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 80/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/8070/2020
PROTOCOLO	: 2047579
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAL MOREIRA
INTERESSADO	: ALEXANDRINO ARÉVALO GARCIA
CONTROLE PRÉVIO	: CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

DECISÃO LIMINAR – CONTROLE PRÉVIO DE LEGALIDADE E REGULARIDADE – ATUAÇÃO *EX OFFICIO* DESTA CORTE DE CONTAS

Cuida-se de Controle Prévio de Procedimento Licitatório, realizado pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias, sobre o Edital de Licitação – Pregão Presencial n.º 20/2020, celebrado pela Prefeitura Municipal de Aral Moreira, objetivando o registro de preços para a aquisição de gêneros alimentícios, com valor estimado em R$ 636.214,98.

Em exame prévio do certame público, a Equipe Técnica verificou que a licitação em análise apresenta indícios de irregularidades, consistentes nos seguintes fatos: *i) exigência de presença física para obtenção do edital; e ii) deficiência na pesquisa de mercado e consequente cotação de preços.*

Diante a questão fática alegada, requestaram os Auditores pela ***concessão de medida cautelar***, a fim de sustar o andamento do Pregão Presencial n.º 20/2020 e da consequente contratação administrativa.

A Sessão Pública para o recebimento das propostas ocorreu na data de 31 de julho de 2020.

Impende relatar que o presente Pregão foi autuado nesta Casa em procedimento de controle prévio anterior, sob o TC/MS/3866/2020.

Naquela oportunidade, entendendo estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris e o periculum in mora,* proferi Decisão Liminar (DLM – 34/2020) para o fim de suspender a marcha do Pregão, embasando-se, para tanto, na ausência de estudo técnico preliminar e deficiência da pesquisa de mercado.

A partir desta série de eventos, percebe-se que o atual processo, ora em julgamento, trata-se da reabertura da licitação promovida pelo Município, após, supostamente, ter sanado as irregularidades que levaram ao decreto cautelar acima destacado.

Ante a duplicidade de procedimentos envolvendo a mesma licitação, e pela maior complexidade de questões abordadas pelo atual procedimento, determinei nos autos do Controle Prévio anterior (TC/MS/3866/2020) o seu apensamento ao presente Processo.

Ato contínuo, levando em consideração a natureza das supostas irregularidades apontadas, bem como a essencialidade que envolve o objeto, proferi Despacho postergando a análise da medida pleiteada, como forma de proporcionar o oferecimento de esclarecimentos pelo Gestor (DSP – 23711/2020).

Regularmente intimado, o Órgão jurisdicionado apresentou sua resposta à peça 17, e requestou pelo prosseguimento da contratação pública.

Os autos vieram-me conclusos para apreciação.

É O RELATÓRIO. PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.

Os argumentos fáticos e legais expendidos na manifestação exarada pelo Órgão de Apoio possuem verossimilhança suficiente para autorizar a emissão de decisão, em caráter liminar, para o fim de suspender o advento de novos contratos oriundos da licitação em voga.

Conforme detalhadamente narrado no preâmbulo decisório, proferi Decisão Liminar (DLM – 34/2020) para o fim de suspender a marcha do Pregão, embasando-se, para tanto, na ausência de estudo técnico preliminar e deficiência da pesquisa de mercado.

Ao promover a reabertura do Pregão, após dar cumprimento à suspensão determinada, presume-se que o município teria saneado as irregularidades que outrora fundamentaram o decreto cautelar.

Todavia, não é o que se verifica do Edital em análise.

Na reabertura do Pregão Presencial, o Órgão apresentou o estudo técnico de peça 08, asseverando que o quantitativo licitado foi pautado na ata de registro de preços anterior, celebrada sob o mesmo objeto.

Em que pese a dita alegação, mesmo intimado, não houve o encaminhamento do relatório executivo desta suposta Ata, de forma que o próprio paradigma apresentado perde credibilidade, ao passo que não há materialização, em números, da quantidade de alimentos efetivamente adquiridos na licitação anterior.

Ademais, em observância ao postulado da primazia da realidade, mesmo não tendo o Jurisdicionado encaminhado a Ata anterior, esta Relatoria diligenciou junto aos sistemas informativos desta Casa e localizou o reportado Registro de Preços n.º 43/2018, autuado sob o TC/MS/1957/2019, e que, segundo as próprias alegações do Gestor, parametrizou o quantitativo da atual licitação.

No entanto, após uma simples comparação das quantidades alocadas em ambas as atas, verifica-se inúmeras discrepâncias, ora para mais ora para menos, o que refuta, sobremaneira, qualquer argumentação no sentido de que houve planejamento correlacionado entre as aludidas licitações.

Como forma de melhor esclarecer a divergência, faz-se necessário, a mero título exemplificativo, transcrever alguns quantitativos de itens licitados[1]:

	Pregão n.º 20/2020	**Pregão n.º 49/2018**
Banana Maçã	2.500,00 kg	1.640,00 kg
Azeite de Oliva	75 unidades	36 unidades
Maionese	500 unidades	190 unidades

Não há, pois, comprovação de quaisquer meios técnicos efetivos que justifiquem os números estimados para o certame, demonstrando, por consequência, a inexistência de um mínimo planejamento contratual com gastos e despesas públicas.

No caso dos autos, tem-se uma descrição quantitativa baseada exclusivamente em critérios discricionários. Não há uma relação entre a quantidade de alimentos efetivamente adquirida no período anterior, por exemplo, e a quantidade que agora se espera consumir. Houve aumento/diminuição de beneficiários a serem atendidos? São essas respostas, dentre muitas outras, que se buscam com um devido planejamento de gastos, estruturado sob um competente estudo técnico preliminar.

Neste particular, nota-se que os fatores que originaram a suspensão da licitação nos autos TC/MS/3866/2020, em apenso, consubstanciados na deficiência do estudo técnico e da pesquisa de mercado, permanecem inalterados.

[1] *Os dados foram obtidos pela comparação entre os Termos de Referência do processo em julgamento com aquele juntado aos autos TC/MS/1957/2019, referente ao Pregão 49/2018 – Ata de Registro de Preços 43/2018, supostamente utilizada pelo Órgão como parâmetro para a licitação em análise.*

Logo, tendo em vista a inalterabilidade da situação fática, utilizo da fundamentação lançada na DLM 34/2020, para embasar as irregularidades do estudo técnico e pesquisa de mercado, sobretudo por se tratar de autos a estes apensados, conforme consta do trecho citado.

A motivação por meio da qual se faz remissão ou referência às alegações de uma das partes, a precedente ou a decisão anterior nos autos do mesmo processo é chamada pela doutrina e jurisprudência de motivação ou fundamentação *per relationem* ou *aliunde*[2]. Também é denominada de motivação referenciada, por referência ou por remissão.

Segundo o Decreto n.º 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 a 30 da LINDB, é possível a utilização da técnica de motivação *per relationem* nas decisões que versem sobre gestão pública:

> *Art. 2º. A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.*
> *(...)*
> *§ 3º - A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.*

Vale ressaltar, conforme ensina o festejado professor Márcio Cavalcante[3], que essa previsão somente pode ser considerada válida porque não inova no ordenamento jurídico, mas somente espelha aquilo que a jurisprudência há muito tempo já entendia sobre o tema:

---

[2] *NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 193.*

[3] *Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2019/06/breves-comentarios-lei-136552018-e-ao.html#:~:text=A%20LINDB%20(antiga%20LICC)%20%C3%A9,por%20finalidade%20regulamentar%20outras%20normas.&text=A%20altera%C3%A7%C3%A3o%20do%20nome%20de,todos%20os%20ramos%20do%20direito. Acesso em: 27/08/2020.*

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade da motivação per relationem. (STF. 1ª Turma. RHC 145207 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/10/2018)

Transposto este ponto, com relação a ausência de publicação do edital na rede mundial de computadores, segundo consta do extrato publicado (p. 104), o edital e seus anexos estiveram à disposição dos interessados no competente departamento público, bem como mediante solicitação encaminhada por e-mail.

Não houve, pois, a disponibilização do Edital nos sítios eletrônicos pertencentes ao Município, em completa inobservância à Lei n.º 12.527/2011, que dispõe sobre o acesso às informações públicas:

> *Art. 8º. É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.*
> *§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:*
> *(...)*
> *IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;*
> *(...)*
> *§ 2º - Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).*
> *Grifo nosso.*

Nesse diapasão, esclarece-se que o município de Aral Moreira possui população atualmente estimada em 12.332 pessoas, conforme informação obtida junto ao IBGE[4], o que afasta, per si, a possibilidade de enquadrar-se na exceção à norma supracitada[5].

[4] Disponível em: *https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ms/aral-moreira/panorama* . Acesso em: 27/08/2020.
[5] *Art. 8. §4º. Lei 12.527/2011. Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo*

Com efeito, para que eventual interessado pudesse acessar as informações do certame, teria, obrigatoriamente, que fazer requisições, seja fisicamente no departamento municipal, seja por solicitação eletrônica.

É flagrante, pois, que a referida conduta, além de contrariar o que preleciona a Lei n.º 12.527/2011, no tocante a desnecessidade de requerimento, viola os princípios da publicidade, competitividade e da igualdade, porquanto excluiu da licitação demais interessados.

Destaca-se, ainda, que esta exigência tem o condão de estimular e facilitar que o cidadão exerça seu direito de impugnar o edital, regra esta, esculpida no § 1º do artigo 41 da Lei nº 8.666/93:

> *Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*
> *§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.*

O advogado Emerson dos Santos Magalhães, em artigo publicado no Migalhas[6], acrescenta importante lição:

> *"Em especial, a publicação do edital na internet contribuirá para que o procedimento licitatório tenha uma transparência muito maior, dando grande ênfase aos princípios da publicidade e da competitividade, que sempre devem prevalecer nas disputas que envolvam o interesse público.*

---

real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

[6] *https://www.migalhas.com.br/depeso/165286/lei-da-informacao-publica-e-o-principio-da-publicidade-nos-processos-licitatorios*

Com a divulgação do edital na internet o cidadão não precisará acionar o órgão licitante, o que gerará benefícios para ele e economia de tempo e recursos para a administração. Isso significa uma maior participação do cidadão na gestão pública, na fiscalização, no monitoramento e no controle da administração pública. É sem dúvida nenhuma um mecanismo de prevenção da corrupção."

Por derradeiro, deve-se registrar que a ausência de publicação dos editais licitatórios celebrados pelo município vem se tornando uma prática cotidiana, como se extrai da própria justificativa apresentada pelo Órgão à peça 17.

Em sua defesa, o jurisdicionado alega que a referida ausência de publicação do edital no sítio oficial ocorre em virtude da precariedade da própria internet da região.

É evidente que a argumentação apresentada é evasiva e não se sustenta, afinal, já estamos no derradeiro ano dos mandatos políticos municipais, tendo transcorrido tempo suficiente para a regularização dos sistemas de publicações oficiais na rede mundial de computadores.

Assim, num juízo perfunctório, próprio das análises que envolvem medidas cautelares, entendo que o Procedimento Licitatório padece de irregularidades instransponíveis.

Via de consequência, a este Tribunal cumpre o papel de obstar o prosseguimento dos atos relacionados ao certame licitatório e a celebração de contrato futuro, como forma de evitar a perpetração de uma relação jurídico-administrativa marcada *ab initio* pela eiva de ilegalidade, hipótese que não se coaduna com a ordem jurídica vigente, e que tende a dificultar a efetividade do controle externo pelos órgãos competentes.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, avaliada a natureza da medida solicitada, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, **CONCEDO LIMINARMENTE A 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 e **DETERMINO ao Prefeito Municipal de Aral Moreira, Sr. Alexandrino Arévalo Garcia, para que promova a adoção das medidas necessárias para a:**

1) a **IMEDIATA SUSPENSÃO** da Ata de Registro de Preços, originada do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial n.º 20/2020, e a faculdade para a promoção das correções editalícias destacadas no bojo desta decisão.

Dada a urgência da medida cautelar, intime-se a Autoridade Responsável para comprovar o cumprimento imediato da determinação acima, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados da ciência da presente Decisão, sob pena de multa correspondente ao valor de 1.000 (mil) UFERMS, nos termos do art. 57, inciso III, da Lei Complementar n.º 160/2012.

No mesmo prazo, manifeste-se a Autoridade sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum,* e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 27 de agosto de 2020.

Cons. MARCIO MONTEIRO
RELATOR

Mat