DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 8344/2023

PROCESSO TC/MS	: TC/8366/2023
PROTOCOLO	: 2267000
ÓRGÃO	: EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL SOCIEDADE ANÔNIMA (SANESUL)
JURISDICIONADO (A)	: RENATO MARCILIO DA SILVA (DIRETOR-PRESIDENTE)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Eletrônico nº 23/2023, lançado pela Sanesul, para a aquisição de tubos (PVC e FOFO – Água), a fim de atender as demandas de extensão de rede, crescimento vegetativo e manutenção dos sistemas de abastecimento de água.

Conforme se observa na Análise ANA - DFLCP - 5789/2023 (peça 33, fls. 203-214), a Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP) constatou a existência de impropriedades que, na sua visão, podem resultar em contratação desvantajosa e irregular, as quais consistem em:

1. estudo técnico preliminar insuficiente;

2. ausência das adequadas técnicas estimativas do quantitativo;

3. ausência de critérios objetivos para avaliação da capacidade técnica das licitantes;

4. exigência de certidão negativa de recuperação judicial.

Em razão dessas impropriedades, a DFLCP propôs a suspensão cautelar do certame.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, tenho que o feito está adequadamente instruído, motivo pelo qual declaro encerrada a instrução processual, nos termos do art. 4º, III, “a”.

Antes de iniciar o exame da matéria, cabe registrar que, por se tratar de apreciação em cognição sumária, as manifestações contidas nesta decisão não constituem hipótese de legalidade do referido procedimento licitatório (e dos atos dele decorrentes), podendo este Tribunal examinar posteriormente o feito, nos termos do art. 156 da Resolução TCE/MS nº 98/2018, *in verbis*:

> Art. 156. A ausência de manifestação do Tribunal sobre o edital de licitação não impede o exame posterior do respectivo procedimento licitatório, nem constitui pressuposto de sua legalidade ou conformidade com a lei.

Dito isso, é oportuno frisar que, para a aplicação de medida cautelar, a situação deve apresentar elementos que evidenciem a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*. Em outras palavras, é dizer que decisões desse caráter exigem a demonstração de:

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

Portanto, a cautelaridade administrativa deve estar fundada na necessidade de eficiência da atuação administrativa, de forma a impedir um dano ao interesse público, ou o agravamento de um dano já em curso. Entretanto, trata-se de medida de exceção e, por tal razão, só possível na ocorrência de dois requisitos: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, como ensina Flávio Garcia Cabral:

> A própria função e natureza das medidas cautelares administrativas demonstram que elas **não constituem a regra** na atividade administrativa, devendo estar presentes **requisitos mínimos** para que possam ser juridicamente realizáveis. [...]
>
> À semelhança das medidas de urgência jurisdicionais, as de cunho administrativo demandam igualmente a verificação de dois pressupostos fundamentais, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. É o que se extrai das palavras de José dos Santos Carvalho Filho, inclusive, quando expressa que a tutela preventiva é justificada por dois pressupostos: por haver um risco ao titular de este sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação, em razão da demora em se decidir acerca da matéria pertinente a seu direito – é o risco da demora (*periculum in mora*); e por o direito ameaçado ter um mínimo de plausibilidade jurídica, ou seja, ser razoável a um primeiro exame do intérprete – é a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*).[...]
>
> **O perigo da demora**, nos procedimentos administrativos, representa a **ameaça à eficácia do provimento final** do processo, é dizer, o motivo para a adoção de medidas cautelares é a existência de indícios de que o resultado final do processo possa se tornar ineficaz. No caso de provimentos cautelares inibitórios esse requisito é o risco de dano (ou seu agravamento) a algum bem jurídico, decorrente de alguma ilegalidade.
>
> Já a **"fumaça do bom direito**" diz respeito à constatação de um **"direito aparente",** aquele cuja verificação **prescinda de cognição exauriente**, **bastando uma análise rápida e superficial, uma cognição sumária**. O direito a ser protegido, seja individual ou coletivo, deve estar aparente, de fácil percepção pelo agente público.
>
> Faz-se imprescindível salientar que a adoção de provimentos acautelatórios demanda não um ou outro dos requisitos acima trabalhados

(alternativamente), mas sim exige a presença de ambos (cumulativamente). *(Flávio Garcia Cabral in Eciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XI: direito constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Junior, Maurício Zockum, André Luiz Freire – 2ª ed. – Dão Paulo PUCSP 2022 – p. 9-10)*

Feitas essas considerações, passo à discussão das impropriedades apontadas na Análise ANA - DFLCP - 5789/2023 (peça 33, fls. 203-1466).

Segundo a equipe técnica, a Sanesul não demonstrou se a contratação tem previsibilidade no plano da empresa e se a sua execução possui viabilidade. Também não teria sido apresentado o demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos.

Tenho insistido que a suspensão de um procedimento licitatório em caráter liminar exige que os fatos apontem uma evidente lesão ao direito. No âmbito das licitações e da atuação dos tribunais de contas, essa lesão, em geral, está atrelada a um iminente risco de restrição à competitividade ou de dano ao erário.

Esse procedimento ocorre porque, ainda que sem o contraditório, enxerga-se uma demonstração de que tanto é alta a possibilidade de restrição à competitividade ou de prejuízo ao erário quanto é alta a possibilidade de não ser possível reverter as consequências danosas advindas da concretização do certame. E quando se fala em demonstração, ela deve ser embasada em fatos, constatações e argumentos robustos da parte pleiteante da medida liminar.

Friso. A situação excepcional exige a robustez da demonstração. Não se pode afastar o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa baseando-se em suposições, hipóteses ou indícios.

Nesse sentido, é precisa a lição de Diogo Uehbe Lima:

> faz-se necessária, como requisito inerente ao exercício das competências acautelatórias, a presença da situação de urgência (*periculum in mora*) e da aparente consistência do direito que se pretende proteger no caso concreto (*fumus boni iuris*). **São requisitos que não podem ser sustentados por meio de presunções ou justificativas genéricas ou abstratas**.
>
> **Não é demais recordarmos que a medida cautelar de contas interferirá sobre a atividade administrativa, cujos atos, regra geral, gozam dos atributos da presunção de legitimidade e de veracidade, o que somente deve ser infirmado em casos realmente graves**. O dever de motivação da decisão, portanto, ganha especial importância no âmbito do exercício das competências cautelares. (Uehbe Lima, Diogo. Competências Cautelares do Tribunal de Contas da União

> (Portuguese Edition) (p. 109). Edição do Kindle. Grifos adicionados.)

O motivo da exposição acima é fazer entender que os dados trazidos pela divisão são insuficientes para a concessão da medida cautelar.

É preciso analisar o contexto da suposta irregularidade levantada. É plausível dizer que a aquisição de tubos de PVC e FOFO, **por uma empresa de abastecimento de água e saneamento básico**, está em desacordo com seus instrumentos de planejamento? Para ilustrar com um exemplo simples, admitir a tese da DFLCP seria equivalente a dizer que a aquisição de medicamentos por uma farmácia está em desacordo com seus instrumentos de planejamento.

Em relação ao quantitativo, a equipe técnica observou que a demanda foi extraída de dados gerenciais de 2018 e 2020. No entanto, no Relatório de Administração de 2022, consta um aumento da área a ser atendida pelos serviços da empresa, de modo que as quantidades demandadas no ETP poderiam estar aquém da necessidade real (peça 33, fl. 207). Segundo a divisão (peça 33, fls. 207-208, grifos conforme original):

> (...) **o ETP não apresenta documentos que permitam o reconhecimento do quantitativo acima expostos, verifica-se também que o ETP não demonstra qual o critério metodológico foi utilizado para a composição das quantidades apresentadas, tão pouco informa se referidos dados são extraídos de contratações anteriores, o que dificulta reconhecer que os valores acima expostos de fato fundamentam a necessidade real da contratação pretendida**.
>
> (...)
>
> (...) constatada a insuficiência de elementos técnicos para o dimensionamento da quantidade do objeto a ser contratado e consumido, pode-se inferir, para além da dificuldade em analisar, a impossibilidade de se evitar o superfaturamento, de acordo com o disposto no inc. II, alínea a, § 1º, do art. 31 da Lei n. 13.303/16, em afronta aos princípios da legalidade, da economicidade e da vantajosidade, com grave risco de dano ao erário (...)

A análise é confusa, pois ora sustenta que as quantidades estão aquém da necessidade da empresa, ora infere que haverá um superfaturamento ocasionado pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas (peça 33, fl. 209).

Além disso, nos autos consta que:

> A SANESUL tem em seus registros, os **históricos de uso dos materiais nos últimos 05 (cinco) anos**, em cada uma das unidades regionais, o que dá grande confiabilidade no quantitativo estimado, ou seja, na demanda anual da empresa. Considerando que o número de Ordens de Serviços emitidas anualmente chega a 60.000 (sessenta mil) e dessas 75%[2] se referem a consertos de vazamentos, cortes e religação e, considerando a grande variedade de materiais aplicados nos sistemas de abastecimento de

> água se faz necessário **suprir os estoques** das peças listadas e especificadas no presente processo (peça 1, fl. 2, grifos adicionados).
>
> Existe a necessidade de **recompor os estoques** da SANESUL para disponibilização às unidades regionais, para execução dos serviços.
>
> Através do **sistema de controle de estoque**, foi identificada a necessidade de fazer as aquisições conforme especificação e quantitativos descritos no Termo de Referência (peça 2, fl. 6, grifos adicionados).
>
> Diante do exposto, justificamos a aquisição destes materiais, ressaltamos que as quantidades solicitadas baseiam-se no histórico de aplicações, em quantidades necessárias para suprir a demanda das dez Regionais (peça 5, fl. 13, grifos adicionados).

Diante disso, não há elementos sólidos para sustentar a cautelar com base nas afirmações da divisão. Isso porque não foi considerado o estoque ou a capacidade operacional da empresa. Assim, tenho que o exame dessa questão deve ocorrer no controle posterior, de modo que seja permitido à Sanesul o contraditório e a apresentação de documentos adicionais.

Quanto à avaliação da capacidade técnica das licitantes, a divisão citou a Decisão Liminar DLM - G.FEK - 94/2022 (TC/7631/2022), na qual considerei a ausência de critérios objetivos para essa avaliação um motivo suficiente para a suspensão do procedimento licitatório. No entanto, é preciso considerar as particularidades de cada caso.

Na decisão citada pela DFLCP, o objeto da licitação era a contratação de empresa de tecnologia da informação, para fornecimento de licença de direito de uso de software integrado de gestão pública, com suporte técnico e manutenção, incluindo a implantação, migração de dados, customização, parametrização e treinamento, visando atender às necessidades de serviços e de modernização da administração pública municipal.

É visível que se tratava de um objeto com características muito mais complexas. Em consequência, era imprescindível que os parâmetros para aferir a capacidade técnica fossem mais detalhados.

No caso do Pregão Eletrônico nº 23/2023, cujo objeto é a aquisição de tubos de PVC e FOFO para serem utilizados no sistema de abastecimento de água, o ideal também seria o estabelecimento de critérios mais objetivos. Porém, vejo que por se tratar de um objeto mais simples, seria rara a hipótese de dúvida quanto ao julgamento da compatibilidade dos atestados de capacidade técnica com o objeto da licitação.

Por fim, entendo que é correta a observação de que é restritiva a exigência de certidão negativa de recuperação judicial das empresas licitantes.

No entanto, como os autos chegaram ao meu gabinete somente na véspera da licitação, não foi possível a manifestação antes que houvesse a fase de habilitação das empresas. Com isso, foi possível verificar que houve a participação de quinze empresas no certame e nenhuma das vencedoras foi desclassificada pela ausência da certidão, ou seja, não houve prejuízo à competitividade e à busca da proposta mais vantajosa.

Ante o exposto, **determino** a juntada da cópia da ata da sessão do Pregão Eletrônico nº 23/2023, disponível no sítio eletrônico da Sanesul, e o arquivamento destes autos, com fundamento nos arts. 4º, I, "b", 1, e 152, II, do Regimento Interno.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 04 de outubro de 2023.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij