Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 28/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/2722/2022
PROTOCOLO	: 2157763
ENTE	: MUNICÍPIO DE NOVO HORIZONTE DO SUL
JURISDICIONADO (A)	: ALDENIR BARBOSA DO NASCIMENTO (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 1/2022, tipo menor valor por lote, cuja sessão pública está programada para 17/3/2022. O edital, lançado pela Administração Municipal de Novo Horizonte do Sul, tem como objeto a "Contratação de empresa especializada para implementação, Intermediação e Administração de Sistema de Controle de Abastecimento de Combustíveis, manutenções corretivas e preventivas, através de software de gerenciamento via web (internet), com a disponibilização de bens de consumo, substituição de peças e demais materiais com a prestação de serviços de geolocalização e monitoramento de veículos oficiais assim como os que estão à disposição da Administração do Município, de acordo com as características mínimas estabelecidas no Termo de Referência" (peça 9, fl. 221).

Examinados os documentos dos autos pela equipe da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP), esta apontou que:

> *O* **fumus boni iuris** *está presente em razão do potencial risco de prejuízo ao erário que pode advir de contratação realizada com base nas seguintes irregularidades: "1. Impossibilidade de verificação da adequada técnica quantitativa de estimação; 2. Ausência de ampla pesquisa e orçamentos com grande variação de preços; 3. Ausência de critérios objetivos para pagamento do preço dos combustíveis durante a execução do contrato; 4. Exigência de comprovação de regularidade fiscal e, 5. Qualificação técnica - ausência de critérios objetivos – restrição à competitividade do certame".*
>
> *Diante da iminência da prática de ato potencialmente danoso à competição, que pode resultar em contratação desvantajosa e irregular em face da ocorrência da realização da sessão de recebimento das propostas em* ***17/03/2022****, resta igualmente caracterizado o* **periculum in mora**.
>
> *Presentes, portanto, os requisitos para concessão da medida cautelar (risco de dano e prejuízo ao erário).* (Análise ANA - DFLCP - 1976/2022, peça 13, fls. 364-380)

É o relatório.

Inicialmente, registro que os autos chegaram ao meu gabinete em 16 de março de 2022. E, no que refere aos aspectos doutrinários e à aplicação em concreto de regras processuais, pontuo que a medida cautelar é a medida provisória tendente a afastar a iminência de um possível dano a um direito ou a um possível 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 para a obtenção da **proposta mais vantajosa**, direcionada para dar 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 o 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 o direito lesado esteja evidente, não dependendo de dilação de prova nem que seja necessário suscitar debate teórico sobre a existência de um direito, ou como ele deve ser interpretado, porque nessa hipótese não é evidente.

Feitas essas considerações, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFLCP - 1976/2022 (peça 13, fls. 364-380).

[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.

A divisão apontou que, de acordo com o estudo técnico preliminar apresentado, a estimativa de gastos baseia-se na experiência com contratações de exercícios anteriores, sendo que:

- no lote 1, a estimativa foi feita em moeda corrente;
- no lote 2, foram contemplados dois itens (bens de consumo – tais como peças e acessórios – e mão de obra para realização de serviços), com estimativa também em moeda corrente.

Segundo a análise técnica, houve irregularidade porque no lote 1 a estimativa deveria ter sido feita pela quantidade de litros (e não pelo valor contratado em anos anteriores) e porque no item 2 do lote 2 deveria haver um quantitativo e um valor máximo de horas, com base nas contratações pretéritas.

Além disso, as estimativas utilizadas não seriam adequadas porque os valores de contratação dos anos anteriores apresentaram considerável discrepância entre si, fazendo com que a metodologia utilizada pelo gestor (média dos últimos quatro anos) não reflita a real necessidade do órgão.

E, de acordo com a divisão, faltou no edital a discriminação dos custos unitários incluídos na taxa de administração, tais como: softwares de gravação e transmissão de dados, cartões, manutenção do sistema, treinamento, dentre outros.

Passando à discussão dos apontamentos da DFLCP, entendo que de fato seria possível uma estimação de quantitativo mais fundamentada (com a descrição, por exemplo, do tamanho da frota, da média da quantidade de viagens a outros municípios, demandas de atendimento do serviço social, etc). No entanto, não é possível deixar de pressupor, pelo menos em sede de cognição sumária, que o município tenha demandado a quantidade adequada, principalmente pela experiência de licitações anteriores. Assim, embora a estimativa em moeda corrente possa não ser a metodologia mais adequada para a definição do quantitativo a ser contratado (questão que pode ser apurada quando do controle posterior), não representa necessariamente completo distanciamento da realidade – principalmente pelo fato de o município ter aplicado os índices de correção monetária (IGPM acumulado, conforme informação da fl. 366, peça 13).

Por outro lado, a falta de estimativa de custos unitários e o critério de julgamento de propostas utilizado afetam a transparência do certame e comprometem a obtenção da proposta mais vantajosa, ensejando a necessidade de aplicação de medida cautelar. Nos termos em que foram licitados os serviços de manutenção da frota, vê-se que a do valor relativo à taxa de administração, recai sobre valores de peças e mão de obra que não estão tabelados pela contratante de forma a limitar o orçamento dos credenciados.

Não há problema algum da taxa ser aplicada à planilha de gasto geral, para efeito de reserva de dotação orçamentária e emissão de empenho estimativo,

entretanto é imprescindível que a contratante disponibilize ao contratado o valor referencial dos serviços e peças necessários à execução por item de manutenção.

A manutenção deverá ocorrer, de acordo com o tempo padrão de manutenção (Tabela de Padrão de Tempo de Serviços das Concessionárias), disponibilizado ao contratado. Os valores referenciais da hora/ homem e o das peças, fixado pela contratante com base de pesquisas de preços se prestará para avaliação e aprovação do orçamento apresentado pela contratada.

Os custos relativos ao valor das peças e da mão de obra não foram objeto de concorrência, ficando a cargo da empresa administradora fornecer três orçamentos ao município quando da manutenção do veículo na rede credenciada. Trata-se de procedimento temerário, que coloca em risco a obtenção da proposta mais vantajosa. Isso porque a fixação posterior do preço, por meio do procedimento simplificado de orçamento descrito, deixa a Administração sem ferramentas suficientes para obter a melhor proposta. Pode, por exemplo, ocorrer de a empresa, num universo de diversas oficinas credenciadas, fornecer à Administração justamente os três valores mais altos dentro desse universo.

A ausência de disputa em torno dos preços das peças e dos serviços deixa em aberto o valor a ser pago pela Administração durante a execução do ajuste, o que impede a verificação da vantajosidade da proposta contratada. Ademais, todo esse procedimento é insuscetível de controle por parte do Estado, já que a contratada determina, de forma unilateral, as oficinas que participarão da coleta de preços para execução dos serviços. Nesse momento, abre-se a janela do arbítrio para a escolha de empresas que convenham ao interesse da contratada.

Em razão disso, os valores das peças e da mão de obra devem ser previamente definidos no edital, seja por meio de ampla pesquisa de preço ou de utilização de tabelas de preço referenciais (como as tabelas das concessionárias e montadoras), fazendo constar a composição dos custos unitários envolvidos na prestação do serviço. Com isso, a taxa de administração proposta pelas empresas gerenciadoras participantes da licitação passa a incidir sobre valores fixos e condizentes com os de mercado.

O mesmo ocorre com o fornecimento de combustíveis, ou seja, não é possível aceitar o simples orçamento de três postos de combustíveis. Nesse caso, dada a grande variação no preço de combustíveis, o mais prudente é tomar o preço médio da tabela da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) como referência. Nos casos dos municípios que não possuem média de preços aferida pela ANP, recomenda-se a utilização dos valores de referência do município mais próximo com média aferida pela ANP.

Em resumo, deve haver no edital uma tabela de valores por item de serviço, com a composição dos custos unitários (peça e a mão de obra). O preço da peça e da mão de obra de referência pode ser o da tabela das montadoras ou obtido pelo

município por meio de ampla pesquisa de preços. No caso do fornecimento de combustíveis, a taxa deve incidir sobre o valor médio constante da tabela da ANP. Definidas essas tabelas, o critério de julgamento pode ser a menor taxa de administração sobre o valor global do contrato .

Vê-se ainda que a divisão apontou que a regularidade fiscal exigida extrapolou aquilo que é considerado necessário pelas normas jurídicas, restringindo, portanto, o caráter competitivo do certame. Em seu entendimento, "a exigência de regularidade fiscal, com exceção da Fazenda Nacional, deve estar circunscrita aos tributos devidos à Fazenda Pública interessada, ou seja, os tributos que tenham relação com a atividade contratada e/ou objeto licitado" (peça 13, fl. 377, grifos conforme original).

Ocorre que essa interpretação é controversa, conforme demonstra estudo de Vanessa Capistrano Cavalcante[2]. Segundo ela:

> *A exigência da regularidade fiscal nesse sentido, trata-se de tema divergente ocasionando calorosos debates em sede doutrinária. Uma primeira corrente defende a constitucionalidade da exigência, principalmente, ao considerar injusta a possibilidade de relação jurídica benéfica com o Poder Público enquanto descumpre suas respectivas obrigações tributárias, bem como a manifestação do Constituinte Originário ao estabelecer que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público.*
>
> *De outra banda, a exigência da regularidade fiscal nos moldes como foi realizada pela Lei 8.666/93, na qual esta é exigida mesmo com relação a entidade federativa diversa da qual se pretende firmar o futuro contrato administrativo, seria imposição dotada de flagrante desproporcionalidade, bem como configuraria forma de sanção política.*

Sobre o tema, Rony Charles Lopes de Torres assevera que:

> *Na verdade, esse embate envolve uma discussão acerca do real sentido da norma e sua função. Deve-se questionar: qual o motivo para que se justifique o empecilho à competitividade, pela exigência de prova de regularidade fiscal? Seria uma política de utilização de prerrogativa de contratar com o Poder Público, como um benefício que não deve ser auferido pelos devedores de tributos? Essa condição de devedor deve ser aferida sob que parâmetros? Em relação a todos os tributos? Apenas em função daqueles relacionados ao objeto da contratação? De acordo com a competência tributária do ente realizador do certame?*
>
> *Sendo razoável, o empecilho à competitividade, pela exigência da regularidade fiscal, é algo constitucionalmente permitido, exteriorizando uma política fiscal e promocional do Estado. Ele estabelece regras de habilitação que beneficiam aqueles detentores de certa regularidade com o fisco. A questão mais trabalhosa é a de estabelecer os limites e parâmetros para tal*

[2] CAVALCANTE. Vanessa Capistrano. Análise jurídica da exigência da regularidade fiscal na fase de habilitação no âmbito das licitações públicas. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/analise-juridica-da-exigencia-da-regularidade-fiscal-na-fase-de-habilitacao-no-ambito-das-licitacoes-publicas/> Acesso em 8/3/2022.

> *aferição.* (TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 419-420.)

Dessa forma, sendo controversa a questão da regularidade fiscal, inexiste um dos aspectos fundamentais para a concessão de medida cautelar, que é a necessidade de o direito lesado ser evidente. No entanto, não se pode esquecer que essa observação diz respeito apenas à regularidade fiscal, uma vez que, conforme exposto acima, foram observados outros pontos no edital que ensejam a aplicação de medida cautelar.

Também foi verificado, pela divisão, que o subitem 6.2.4.1 do edital (fls. 229-230), referente à apresentação de atestado de capacidade técnica, exige o seguinte:

> *I- Participante do LOTE 01*
> *a)* [atestado] *Comprovando que a proponente prestou Serviços de Controle de Abastecimento de Combustível (Parágrafo 21, Art. 30 da Lei n° 8.666/93)*
> *II- Participante do LOTE 02*
> *a)* [atestado] *Comprovando que a proponente prestou Serviços de Controle de manutenção de Veículos, com aquisição de peças e acessórios e serviços de manutenção (Parágrafo 20, Art. 30 da Lei n° 8.666/93)*

Na visão da equipe técnica, essa exigência estaria irregular, pois poderia ensejar a inabilitação de empresa que apresentasse atestado de fornecimento com quantitativos menores do que o estimado. Em síntese, a divisão argumenta que, em regra, é irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo estimado no certame. E, em razão disso, a exigência de atestado de capacidade técnica de forma genérica, sem parâmetros objetivos, restringe a competitividade da licitação, em ofensa aos princípios da legalidade, da isonomia e da vantajosidade (peça 13, fl. 378).

Discordo da existência de restrição à competitividade pelo simples fato de que não se exigiu comprovação de quantitativo mínimo. A única interpretação possível – de acordo as normas jurídicas vigentes – desse item do edital é que a empresa tenha tido experiência prévia com objeto licitado. A quantidade mínima, pelos termos expressos no edital, é qualquer quantidade superior a zero. Na verdade, o que se depreende, é que ao município basta a comprovação de que a empresa licitante já prestou os serviços contratados. Isso não caracteriza restrição à competitividade. Inferir que o município irá interpretar o disposto no item 6.2.4.1 de maneira diversa é extrapolar o que está presente nos autos e imaginar uma situação que pode ou não se concretizar. Não há, portanto, fundamento sólido para a aplicação de medida cautelar.

Discutidos todos os itens presentes na Análise ANA - DFLCP - 1976/2022 (peça 13, fls. 364-380), entendo que o Pregão Presencial n. 1/2022, nos moldes em que se apresenta, coloca em risco a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, em razão de não apresentar preços de referência para a aquisição

de combustíveis e para a manutenção da frota (com a composição dos custos unitários).

Ante o exposto, decido nos sentidos de:

I - aplicar medida cautelar para:

a) que seja imediatamente suspenso o andamento do Pregão Presencial n. 1/2022, e vedado o prosseguimento de atos, especialmente quanto à adjudicação e à homologação do referido certame, até que esta medida cautelar seja julgada ou revogada;

b) que, no caso, de já haver sido homologado o objeto da licitação, que não seja assinado o contrato;

II - determinar:

a) a intimação do Prefeito Municipal de Novo Horizonte do Sul, senhor Aldenir Barbosa do Nascimento, para que ele, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da data da ciência do ato, exponha as razões que entender úteis ou necessárias sobre o que está indicado na Análise ANA - DFLCP - 1976/2022 e nesta decisão ou para que, caso venha a anular definitivamente o Pregão Presencial n. 1/2022, encaminhe o comprovante de anulação a este Tribunal;

b) o encaminhamento, junto com a intimação ao Prefeito Municipal, de cópias da Análise ANA - DFLCP - 1976/2022 e desta decisão;

c) que 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, 16 de março de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

FTI / RT