DECISÃO SINGULAR DSG - G.MCM - 10922/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/10525/2021
PROTOCOLO	: 2122535
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE MARACAJU
INTERESSADO	: JOSÉ MARCOS CALDERAN (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

DECISÃO SINGULAR. CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA. JULGAMENTO FINAL. ATO IRREGULAR. ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO.

Cuida-se de Controle Prévio de Procedimento Licitatório, realizado pela Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente, sobre o Edital de Licitação – Concorrência n.º 3/2021, celebrada pela Prefeitura Municipal de Maracaju, objetivando a contratação de empresa para execução de obra de ampliação da Escola Municipal Maurícia Paré Gomes.

Em exame prévio do certame público, a Equipe Técnica verificou que a licitação em análise apresentava indícios de irregularidades, consistentes nos seguintes fatos: i) cumulação indevida de garantias econômico-financeiras; e ii) discordância entre os projetos arquitetônicos e as planilhas orçamentárias e memórias de cálculo, não demonstrando os locais exatos das intervenções com respectivos serviços.

Em sede de cognição sumária, entendendo estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris e o periculum in mora,* proferi Decisão Liminar para o fim de suspender a marcha do Pregão (DLM – 112/2021).

Regularmente intimado, o Órgão jurisdicionado apresentou sua resposta às peças 80/86, oportunidade em que refutou as irregularidades elencadas pelos técnicos, bem como requestou pela revogação da medida cautelar.

O feito foi encaminhado à Divisão especializada (peça 89), que se manifestou pela manutenção da suspensão, pelo fato de subsistirem as irregularidades do certame.

Seguidamente, o Ministério Público de Contas opinou pela confirmação da liminar e anulação em definitivo da licitação (PAR – 3ª PRC – 10788/2021).

Os autos vieram-me conclusos para enfrentamento definitivo do mérito processual.

FUNDAMENTAÇÃO

Depreende-se da fundamentação exarada no decreto cautelar, que a suspensão do certame ocorreu pela cumulação indevida de capital mínimo e garantia da proposta, dado o caráter alternativo dos referidos instrumentos.

O Jurisdicionado arguiu, em suma, que as modalidades exigidas não se confundem, sendo uma atrelada à fase licitatória e a outra utilizada como garantia contratual.

Não prosperam as alegações defensivas.

As garantias da proposta e de capital social mínimo encontram-se alojadas entre às condições editalícias à habilitação/qualificação dos interessados em participar do certame.

Como se sabe, a modalidade licitatória de Concorrência, processada sob o rito do artigo 43, da Lei n.º 8.666/93[1], estabelece, dentre outros critérios, que a apreciação da habilitação dos interessados precede à abertura das propostas.

[1] Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;
(...)
III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;
IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital (...);
V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;
(...)

O raciocínio é simples, como a cláusula fora incluída como requisito à qualificação econômica, o seu não cumprimento impedirá o licitante de ofertar sua proposta na sessão de concorrência, por isso, eventual ilegalidade nesse sentido afronta diretamente à competitividade e isonomia do certame licitatório.

A título informativo, acaso o procedimento eleito fosse o Pregão, poder-se-ia conhecer a alegação de que a garantia de capital mínimo fosse restrita à formalização do contrato, isso porque, nesta via, ocorre a inversão das fases processuais, onde primeiro se declara o vencedor, para, então, colher a documentação habilitatória.

Na hipótese dos autos, eventuais garantias contratuais devem estar previstas na minuta do contrato e, após, evidentemente, no efetivo instrumento celebrado.

O que não se pode admitir é a cumulação indevida de garantias como condição de habilitação dos interessados, pois restritiva à competitividade.

Superada a argumentação defensiva, e tendo em vista a inalterabilidade da situação fática, utilizo da motivação lançada na DLM de peça 74, para concluir a fundamentação referente à impossibilidade de cumulação de garantias na fase licitatória.

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*. 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[2], 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:

> 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)

Por fim, no que diz respeito à discordância entre os projetos arquitetônicos e as planilhas orçamentárias, o próprio Gestor admitiu o equívoco na descrição da obra correspondente à quadra poliesportiva, aduzindo, contudo, ausência de prejuízo às empresas licitantes (página 369).

Novamente, a tese alegada não afasta a irregularidade do ato, isso porque, em contratações envolvendo a execução de obras, a descrição dos projetos que sustentam o objeto tem correlação direta com a atração, ou não, de interessados ao certame.

Portanto, o prejuízo à competitividade surge da consequente limitação à participação de um número maior de licitantes.

Com efeito, diante a ausência de comprovação de anulação definitiva pelo próprio órgão municipal, impera o dever constitucional desta Egrégia Corte em fazê-lo.

---

[2] 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 27/10/2021.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, no exercício do juízo singular conferido pelo artigo 155, do RITCE/MS, acompanhando o entendimento da Divisão Técnica e do Ministério Público de Contas, CONFIRMO A DECISÃO LIMINAR DLM – 112/2021, e **DECIDO** por:

I) declarar a **IRREGULARIDADE** da Concorrência n.º 3/2021, nos termos do artigo 155, inciso I, do RITCE/MS;

II) determinar a **ANULAÇÃO**, em definitivo, da Concorrência n.º 3/2021, nos termos do artigo 155, inciso II, do RITCE/MS;

III) pela **INTIMAÇÃO** do resultado às demais autoridades administrativas competentes, com base no artigo 50 da Lei Complementar n.º 160/2012.

Intime-se o Sr. JOSÉ MARCOS CALDERAN, Prefeito Municipal, para comprovar o cumprimento imediato da determinação de anulação da licitação, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados da ciência da presente Decisão, sob pena de multa correspondente ao valor de 200 (duzentas) UFERMS, nos termos do art. 155, inciso II, do RITCE/MS, c/c art. 57, inciso III, da Lei Complementar n.º 160/2012.

Nos termos do artigo 70, §2º, do RITCE/MS, determino a remessa destes autos ao Cartório para providências regimentais.

Campo Grande/MS, 27 de outubro de 2021.

CONS. MARCIO MONTEIRO
RELATOR

MAT