DECISÃO LIMINAR DLM - G.ODJ - 28/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/3097/2018
PROTOCOLO	: 1893099
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA ANDRADINA
ASSUNTO	: DENÚNCIA
DENUNCIANTE	: DANIEL DA SILVA PAGANOTTI
DENUNCIADO	: JOSÉ GILBERTO GARCIA
CARGO DO DENUNCIADO	: PREFEITO MUNICIPAL
RELATOR	: CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

Vistos, etc.

Trata-se de denúncia, com pedido liminar, formulada por Daniel da Silva Paganotti, inscrito no CPF sob o n. 034.055.821-05, devidamente qualificado na documentação anexa ao expediente inicial, em desfavor do Município de Nova Andradina/MS, em razão de suposta irregularidade contida no Edital do Processo Administrativo Licitatório n. 59551/2018, na modalidade Pregão Presencial n. 51/2018.

DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A denúncia foi recebida pelo Conselheiro Presidente (peça 1), por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 124, § 3º, e 125, § 2º, I e II, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas (RITC/MS), aprovado pela Resolução Normativa n. 76, de 11 de dezembro de 2013.

DO MÉRITO

Cumpridos os requisitos de admissibilidade, a denúncia formulada pode ser conhecida e analisada, segundo as razões de mérito apresentadas.

O procedimento licitatório tem por objeto a aquisição de cobertores de casal para atender aos munícipes em situação de vulnerabilidade social, na "Campanha Cobertor/2018 - Aquecendo o inverno de quem precisa".

Segundo o denunciante, o item do Edital que trata do prazo de entrega e das condições de entrega do objeto licitado apresenta restrição na competitividade do certame em razão da observação nele constante, qual seja:

> **"PRAZO DE ENTREGA E CONDIÇÕES DE ENTREGA**
>
> **[...]**

> ***OBS. Será necessária apresentação de amostra em até 02 (dois) dias antes da abertura das propostas para análise do mesmo. Após análise das amostras, será entregue pela Secretária Municipal de Assistência Social e Cidadania "Declaração de Termo de Aprovação.*** (grifo originário)
>
> **[...]"**

Por tratar-se de licitação realizada na modalidade pregão, com fundamento na Lei n. 10.520/2002, deve-se aplicar subsidiariamente as normas da Lei n. 8.666/93, conforme determina o art. 9º da Lei n. 10.520/2002:

> "Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993."

Conforme determina o art. 3º da Lei n. 8.666/93, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo:

> "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
> § 1º É vedado aos agentes públicos:
> I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; ..."

A exigência de apresentação de amostra do objeto a ser contratado deve ser prudente a fim de que não haja a restrição da competitividade do procedimento licitatório.

De acordo com a jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União e Tribunais de Contas Estaduais tal exigência é admitida, apenas, na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.

Acórdão TCU 2368/2013-Plenário-TCU:

> "A exigência de apresentação de amostras é compatível com as licitações realizadas mediante pregão, inclusive na forma eletrônica, e deve ser requerida na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar."

Dessa forma, *prima facie*, resta caracterizada exigência no Edital do Pregão Presencial n. 51/2018, que afronta o art. 3º, § 1º, da Lei n. 8.666/93, e, consequentemente, restringe a competitividade do certame.

DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO LIMINAR DA MEDIDA CAUTELAR

Em razão do caráter urgente da matéria, visto que o certame foi realizado no dia 6 de abril de 2018, e caracterizada a violação ao caráter competitivo do certame, além do risco de ineficácia da decisão de mérito a ser proferida pelo órgão colegiado desta Corte de Contas, a *posteriori*, o deferimento do pedido de medida liminar para a suspensão do certame é providência que se impõe.

São as razões que fundamentam a decisão liminar.

DA DECISÃO

Pelas razões e argumentos expendidos, com fulcro no art. 71 da Constituição Federal, c/c o art. 77 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, art. 113, § 2º, da Lei n. 8.666/93, arts. 56 a 58, da Lei Complementar Estadual (LCE) n. 160/2012, e art. 4º, I, "b", item 3; e art. 148, *Caput*, ambos do RITC/MS, e no poder geral de cautela dos Tribunais de Contas, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, com base na teoria dos poderes implícitos, por meio do acordão proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.547-7/DF, determino:

I. a imediata **SUSPENSÃO** do procedimento licitatório, na modalidade Pregão Presencial n. 51/2018, devendo o responsável comprovar no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da ciência desta decisão, sob pena de multa correspondente ao valor de 1.000 (mil) UFERMS, nos termos do art. 57, II, da LCE n. 160/2012, c/c o art. 170, I, do RITC/MS, sem prejuízo de eventual obrigação de ressarcimento ao erário, a ser apurado no curso do processo;

II. a imediata correção do Edital do Pregão Presencial n. 51/2018 a fim de excluir a redação restritiva;

III. a republicação do edital da licitação devidamente corrigido, com a remarcação de data e horário para abertura das propostas;

IV. a comprovação a este Tribunal de Contas das determinações acima, sob pena de aplicação da sanção imposta no item I desta decisão;

V. a intimação do Sr. José Gilberto Garcia, prefeito de Nova Andradina-MS, para, querendo, apresentar defesa no prazo de 5 (cinco) dias, conforme interpretação analógica do art. 148, § 2º, do RITC/MS; e

VI. a intimação do Sr. Daniel da Silva Paganotti, denunciante, para que tome conhecimento do teor desta decisão.

É a decisão.

Publique-se.

Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 10 de abril de 2018.

CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO
Relator

ejo