DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 43/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/3296/2019
PROTOCOLO	: 1965436
ÓRGÃO	: ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL DE SELVÍRIA
JURISDICIONADO	: JOSÉ FERNANDO BARBOSA DOS SANTOS
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMENTO PRÉVIO ADMINISTRATIVO
RELATOR	: Cons. FLÁVIO KAYATT

Trata-se da Comunicação Interna n. 61/2019, remetida a este Gabinete pela Divisão de Fiscalização de Contratação Pública, por meio da qual foi encaminhado o exame prévio do **Pregão Presencial 18/2019** - instaurado pela Administração Municipal de Selvíria e sessão pública para julgamento das propostas marcada para o dia 15/04/2019, com a finalidade de **"***REGISTRO DE PREÇO para eventual e futura aquisição de materiais de consumo tais como: (****higiene, limpeza****) para as Secretarias e Fundos da Prefeitura Municipal de Selvíria ...*****"**, no valor estimado de R$ 664.940,20, na forma que autoriza a Seção I, Capítulo III, art. 17 da Resolução n. 88, de 03 de outubro de 2018 - **Controle Prévio**.

A referenciada Análise evidenciou os seguintes indícios de fraude na pesquisa de preços:

I - as cotações de duas empresas fornecedoras de preços para a pesquisa prévia revelaram valores aparentemente fictícios, em razão de, estranhamente, apresentarem preços iguais para itens diferentes, como por exemplo a igualdade de preços para os itens **"**balde de pedreiro**"** e **"**flanela grande**"**, preços tais que são sabidamente praticados diferentemente no mercado;

II - similaridade na grafia de preenchimento, por empresas diferentes, em dois orçamentos utilizados na pesquisa, indicando que os orçamentos não foram elaborados de forma autônoma por um e outro consultados, mas sim preenchidos por uma mesma pessoa, podendo caracterizar ajuste, combinação ou qualquer outro expediente que frustre o caráter competitivo do procedimento licitatório;

III - ausência da ampla pesquisa de preços (ofensa ao art. 15, § 1º, da Lei n. 8.666, de 1993).

Por fim, concluiu a Divisão de Fiscalização de Contratações Públicas sugerindo a expedição de medida cautelar suspendendo o procedimento licitatório, até que a Administração sane as irregularidades apontadas.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente anoto – embora fosse até desnecessário – que a competência dos Conselheiros deste Tribunal para aplicar ou conceder medida cautelar, inclusive de ofício, está positivada nas regras dos arts. 56, 57 e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e do art. 148 do Regimento Interno, e tem amparo jurisprudencial, como exemplifica a decisão do Supremo Tribunal Federal (aplicável por simetria aos demais Tribunais de Contas do País) com o seguinte enunciado**:**

> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTE-LARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1 - Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2 - Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3 - A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4 - Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.
>
> (MS 24510/DF-DISTRITO FEDERAL, MANDADO DE SEGURANÇA. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 19/11/2003, Tribunal Pleno)

Em seguida, anoto 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. E para tal fim, são exigidos dois requisitos: o **"***fumus boni juris***",** a relevância do fundamento e ocorrência da verossimilhança do direito material, e o **"***periculum in mora***",** possibilidade da ineficácia ao final prestação jurisdicional**.**

No caso concreto, tenho como evidentes as irregularidades e as fundamentações jurídicas apontadas pela Divisão de Fiscalização de Contratações Públicas, as quais utilizo como minhas razões de decidir, até porque vejo claramente afrontados o princípio da vantajosidade, e a regra do § 1º do art. 15 da Lei Federal de Contratações Públicas, Lei n. 8.666, de 1993, *afirmativa de que*

"*O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.***"**.

Por sua vez, a regra do art. 3º da citada Lei 8.666, de 1993 estabelece como seus princípios fundamentais a garantia de isonomia de tratamento entre os licitantes; a sujeição à legalidade e, finalmente, a busca pela proposta mais vantajosa (vantajosidade).

O princípio da vantajosidade representa a busca, pela Administração Pública, através da análise das propostas apresentadas nos procedimentos licitatórios, da obtenção da melhor relação custo-benefício nas suas contratações. A vantajosidade está intimamente ligada aos princípios macros da Administração Pública, inscritos nos arts. 37 da Carta da República (legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência) e 70 (economicidade).

É um processo que se inicia na pesquisa de preços e efetiva sua aferição a partir da mensuração do resultado obtido pela Administração Pública. E cresce a importância da pesquisa quando ela serve de parâmetro para o pregão, que tem sua fase decisiva na negociação com o ganhador da proposta escrita e na contratação.

Nesse sentido tem entendido o TCU, especialmente pelo teor do Acórdão TCU 2637/2015 – Plenário, citado pelo Relatório Técnico da referida Divisão.

Assim, tenho como certo que há fortes indícios de combinação de preços na pesquisa, que precisa ser saneado, sob pena de levar a licitação a um resultado impreciso, relativamente à exigência da vantajosidade da oferta.

Aqui estão claramente presentes a *verossimilhança do direito* na medida da evidente afronta a vários dispositivos da Lei n. 8.666, de 1993 (arts. 3º, 15, § 1º e 90) e da Constituição Federal, bem como o *periculum in mora* da licitação e contratação de propostas que, ao serem convalidadas, possam caracterizar prejuízo ao erário. Portanto, a matéria em exame necessita da intervenção deste Tribunal para interromper a situação.

Tudo examinado, e por todas as razões apresentadas acima e na forma que me autorizam as regras dos arts. 57, I, e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, determino ao Prefeito Municipal:

I - a adoção das medidas necessárias para a **SUSPENSÃO IMEDIATA DO CERTAME LICITATÓRIO** objeto do **Pregão Presencial n. 18/2019**, instaurado pela Administração Municipal de Selvíria, ou se ele já tiver sido realizado, aquela autoridade **abstenha-se de homologar o certame ou de celebrar contrato**;

II - a realização de novas pesquisas de preços, em conformidade com o que determina a Lei n. 8.666, de 1993, para a instrução do processo licitatório;

III - a informação a este Tribunal das correções supramencionadas, para que cessem os efeitos da presente medida cautelar, na forma do parágrafo único do art. 57 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e só ulteriormente a essa providência que possa ser realizado novo pregão;

IV - a comprovação das providências acima determinadas, no prazo de 5 (cinco) dias contados da sua intimação, sob pena da aplicação das sanções cabíveis, sem prejuízo de eventual obrigação de ressarcimento ao erário, se for o caso.

É a decisão.

Intime-se o Prefeito Municipal de Selvíria, Sr. José Fernando Barbosa dos Santos, para o cumprimento das determinações inscritas na decisão acima.

Campo Grande/MS, 15 de abril de 2019.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

IHS