

DECISÃO

MEDIDA CAUTELAR 02/2022GCONS7/MTS

Processo n.º: 5607/2022 - TCE/MA

Natureza: Representação

Entidade: Município de Pinheiro/MA

Exercício financeiro: 2022

Representante: Ministério Público de Contas

Representados: Município de Pinheiro/MA

João Luciano da Silva Soares - Prefeito

Silvano José Moraes Rego (CPF n.º 467.709.683-04) - Pregoeiro

Procuradores constituídos: Não há

Relator: Conselheiro Marcelo Tavares Silva

Ementa: Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas do TCE/MA. Município de Pinheiro/MA. Medida Cautelar. Presentes o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Índícios de ilicitude no Edital do Pregão Eletrônico n.º 013/2022-SRP. Possibilidade de dano ao erário. Cautelar Concedida. Suspensão do Pregão. Determinação de inspeção.

RELATÓRIO

1.1 Tratam-se os autos de Representação, com pedido de Medida Cautelar, apresentada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, em face do Município de Pinheiro/MA e do Senhor Silvano José Moraes Rego - Pregoeiro, alegando fundando receio de lesão ao erário municipal, em razão de exigências desarrasoadas no Edital do Pregão Eletrônico n.º 013/2022-SRP, que tem por objeto o registro de preços para aquisição de medicamentos, no valor de R\$ 19.966.341,65 (dezenove milhões noventa e seis mil, trezentos e quarenta e um reais e sessenta e cinco centavos), com data de realização marcada para o próximo dia 06 de julho.

1.2 Conforme consta da Representação, o edital em baila possui exigências indevidas que, conjuntamente, podem vir a restringir a competitividade do certame, quer por desinteresse de possíveis licitantes, quer pela possibilidade de desclassificação indevida destes, resultando, por consectário lógico, em preços mais elevados ao final da licitação, além de não se podendo descartar a possibilidade de direcionamento da contratação, com risco de dano ao erário.

1.3 Dentre as cláusulas do edital, carecem de revisão, conforme demonstrado no requerimento inaugural, as seguintes:

a) O **item 5.1**, que determina que os licitantes encaminharão, simultaneamente, por meio do sistema, com os documentos de habilitação, proposta com a descrição do objeto ofertado e seu preço. A referida cláusula, segundo o Representante, estabelece obrigação adicional desnecessária, haja vista que o envio da proposta se dá mediante o preenchimento, no sistema eletrônico, dos campos valor e descrição do item, conforme item 6.1;

b) O **item 9.11.5** exige que a licitante possua relatório fotográfico com estoque ou notas de entrada ou saída, documento inexistente no rol constante da Lei de Licitação, como de qualificação técnica, e que não guarda relevância com a comprovação da qualificação desta pelo licitante. Em sequência, o **item 9.11.6** do edital exige registro do responsável técnico órgão de classe competente, sem, contudo, definir qual a responsabilidade técnica esperada, o que inviabiliza a sua adequada execução;

c) O **item 9.11.8** do edital exige a comprovação de fornecimento dos serviços em quantidades compatíveis com o objeto da licitação, sem definir de modo objetivo qual o referido quantitativo. Na mesma toada, os itens **9.11.10 e 9.11.11** exigem atestado e a disponibilização de informações e documentos, na forma da Instrução Normativa Federal n.º 005/2017, que disciplina o regime de execução indireta, serviço que não guarda nenhuma relação com o objeto licitado.

1.4 Por tais motivos, o Representante pugna pela concessão de Medida Cautelar, com a determinação de suspensão do andamento do Pregão Eletrônico n.º 013/2022-SRP e de qualquer pagamento em favor da empresa vencedora, até que o tribunal decida sobre o mérito da questão, bem como que seja determinada uma inspeção e fiscalização *in loco* para apuração dos produtos porventura fornecidos, relacionados no edital.

1.5 Recebida a presente Representação, os autos vieram ao Conselheiro Relator para deliberação, o que se passa a fazer.

1.6 É o relatório.

DOS FUNDAMENTOS

2.1 Ao Tribunal de Contas, visando o controle dos atos de gestão pública, compete apreciar e julgar as Representações que lhe sejam encaminhadas pelos legitimados legalmente previstos, nos termos do artigo 1º, inciso XX e art. 43 da Lei n.º 8.258/2005 – LOTCE/MA e artigo 2º, inciso V, do Regimento Interno desta Corte de Contas, dispositivos estes abaixo transcritos:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei:

[...]

XX - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, bem como sobre representações em geral, na forma prevista no regimento interno;

Art. 43. Têm legitimidade para representar ao Tribunal de Contas do Estado:

I - o Ministério Público Federal e Estadual;

II - os órgãos de controle interno, em cumprimento ao §1º do art. 74 da Constituição Federal;

III - os Senadores da República, Deputados Federais e Estaduais, Vereadores, Magistrados, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem;

IV - os Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e as Câmaras Municipais;

V - as equipes de inspeção ou de auditoria, nos termos do art.46;

VI - as unidades técnicas do Tribunal e;

VII - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de lei específica.

Parágrafo único. Aplicam-se às representações os dispositivos constantes do § 1º e da segunda parte do § 2º do art. 40, do caput e do parágrafo único do art. 41 e dos arts. 50 a 52.

Art. 2º Compete, ainda, ao Tribunal de Contas:

[...]

V - decidir sobre a denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nos arts. 265 a 268, sobre a representação formulada pelos detentores de legitimidade referidos no art. 268-A e sobre a representação prevista no art. 262, caput, deste Regimento.

2.2 O Tribunal de Contas também detém a competência para conceder Medida Cautelar sempre que algum ato possa vir a causar prejuízo ao erário, devendo preencher os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, cabendo ao Relator ou ao Pleno, determinar a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, com ou sem a prévia oitiva da parte, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 75 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, *in verbis*:

Art. 75. O Pleno do Tribunal ou o relator, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, **poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte**, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada. (grifos nossos)

2.3 No caso em baila, o Representante demonstrou, coerentemente, a existência de diversas irregularidades no Pregão Eletrônico 013/2022-SRP, do

Município de Pinheiro/MA, com data de realização marcada para 06/07/2022, cujo valor estimado da contratação é de R\$ 19.966.341,65 (dezenove milhões novecentos e sessenta e seis mil, trezentos e quarenta e um reais e sessenta e cinco centavos).

2.4 Das diversas irregularidades acima listadas, constantes na Representação, vislumbra-se indícios fortes de que há violação à competitividade no procedimento licitatório, em razão da exigência desarrazoada de informações e documentos, de maneira repetida ou com fundamento em norma que não guarda relação com o objeto licitado; como também a obrigação de apresentação de documentos e atestados, a exemplo de relatório fotográfico com estoque ou notas de entrada e saída, o registro do responsável técnico no órgão de classe competente, sem a definição da habilitação do referido profissional; a comprovação de fornecimento em quantidades compatíveis com o objeto, sem a fixação de que quantitativo é considerado compatível, em total descompasso com a lei licitatória.

2.5 Essas exigências, sem o devido amparo legal, esclarecimento ou justificativa, violam os princípios licitatórios, sendo cláusulas ilegítimas e incoerentes, caracterizando violação ao artigo 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93, abaixo transcrito:

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;

2.6 Desse modo, diante da plausibilidade dos fatos alegados, resta, portanto, caracterizado o *fumus boni iuris*. Ademais, considerando o elevado valor estimado para a contratação, a proximidade da data de realização do certame (06.07.22) e a probabilidade de dano ao erário público municipal de Pinheiro/Ma, decorrente da demonstrada restrição à competitividade que o conjunto das cláusulas apontadas promovem, uma vez que desfavorecem a ampla participação de licitantes e possibilitam a desclassificação destes, sem justo motivo, o que poderá acarretar em preços mais elevados ao final da licitação, além da possibilidade de seu direcionamento, resta demonstrado o *periculum in mora*, autorizador da Cautelar pretendida.

2.7 Ressalte-se que, em razão da gravidade dos fatos apresentados na Representação, é necessária a concessão da Medida Cautelar, por este relator, sem a oitiva das partes, evitando-se prejudicialidade que a demora para apreciar o mérito poderá gerar à Administração Pública e à população do Município de Pinheiro/MA.

2.8 Registra-se, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União prevê a possibilidade de adoção de medida cautelar, inclusive sem prévia oitiva da parte, nos casos em que se mostra imperiosa a garantia da preservação do interesse público. Nesse sentido colhem-se os seguintes julgados:

Quando presentes os fundamentos para adoção de medida cautelar, ela pode ser adotada sem oitiva prévia da parte.

Acórdão TCU 1719/2012-Plenário. Relator: AUGUSTO SHERMAN. Data da Sessão: 04/07/2012.

A conveniência e a oportunidade de se adotar medida cautelar no TCU devem ser avaliadas pela aferição da ocorrência de risco de prejuízo para a Administração no prosseguimento dos atos decorrentes da licitação questionada, e não pelas irregularidades que restringem direitos de licitantes mas não ofendem interesse público relevante.

Acórdão 2316/2015-Plenário | Relator: ANA ARRAES

A exigência de atestados de capacidade técnica com registro de quantitativos superiores aos do serviço que se pretende contratar **configura restrição ao caráter competitivo de certame licitatório e justifica sua suspensão cautelar.**

Acórdão 897/2012-Plenário | Relator: JOSÉ JORGE

[...]

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. **Os Tribunais de Contas estão autorizados a aplicar medidas cautelares, com o propósito de garantir o cumprimento de suas decisões.** 2. Precedente: SS 5179 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 27-11-2019 3. Agravo Interno a que se nega provimento.

(RE 1236731 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 20/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 12-02-2020 PUBLIC 13-02-2020)

2.9 Insta consignar que a Medida Cautelar pleiteada – suspensão do Pregão Eletrônico n.º 013/2022 e qualquer pagamento em favor da empresa vencedora, é uma medida possível e de competência do Tribunal de Contas, que, com base no Poder Geral de Cautela, pode determinar que a entidade, no caso concreto, adote as providências necessárias para sanar alguma irregularidade identificada, primando pela fiel execução da lei e no afastamento de possíveis danos ao erário, conforme é previsto no art. 71, inc. IX da Constituição Federal e no art. 172, inc. IX da Constituição do Estado do Maranhão, *in verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

Art. 172 – Ao Tribunal de Contas do Estado, no âmbito do controle externo do Município, além das atribuições previstas nesta Constituição, compete:

[...]

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

2.10 Nota-se que os dispositivos constitucionais acima transcritos, preveem a possibilidade do Tribunal de Contas, quando verificar alguma ilegalidade, determinar que a entidade adote as providências cabíveis para a sua regularização, evitando prejuízos aos Poder Público. Esse entendimento fora sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança n.º 35038, abaixo transcrito:

E M E N T A EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 54 DA LEI Nº 9.784/1999 A APURAÇÃO QUE PODE RESULTAR NA INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUSPENSÃO DE PAGAMENTOS DECORRENTES DE CONTRATOS DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. MEDIDA QUE TEM RESPALDO NO PODER GERAL DE CAUTELA CONFERIDO À AUTORIDADE IMPETRADA E NO ART. 71, IX, DA MAGNA CARTA. PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE. OMISSÃO INEXISTENTE. REJEIÇÃO. 1. Inobstante a vocação democrática que ostentam e presente sua finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, não se prestam os embargos de declaração, em qualquer hipótese, para o reexame de questões já apreciadas. 2. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC).

(STF - MS 35038 AgR-ED; 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 03/04/2020, p. 22/04/2020) – Grifos Nossos.

2.11 Destarte, diante dos indícios de ilicitude demonstrados no Edital Licitatório n.º 013/2022-SRP, resta demonstrada a possibilidade desta Corte de Contas em determinar a suspensão do mencionado Pregão Eletrônico, bem como de qualquer pagamento em favor da empresa vencedora pelo Município de Pinheiro/MA, evitando-se, assim, prejuízo ao erário municipal.

2.12 No que tange ao segundo pedido na Medida Cautelar, acerca da realização da inspeção e de fiscalização *in loco*, para apuração dos produtos porventura fornecidos, relacionados no edital, verifica-se que esta é uma medida cabível e oportuna, que deve ser executada, caso haja descumprimento da suspensão do procedimento licitatório ora determinada, a fim de apurar, de forma pormenorizada, a existência de danos e a extensão destes.

2.13 Nesse contexto, a Unidade Técnica desta Corte de Contas deve, no caso acima citado, realizar as inspeções necessárias no Município de Pinheiro/MA, apurando os ajustes firmados, os produtos contratados, seus valores e a entrega efetiva, como também os pagamentos por ventura executados, nos termos do art. 44, inc. III da LOTCE/MA, do art. 20, inc. X do Regimento Interno e no art. 27 da Resolução 324/2020, abaixo transcritos:

Art. 44. Constituem instrumentos utilizados para execução das atividades de fiscalização,

dentre outros:

I – os levantamentos;

II – as auditorias;

III – as inspeções;

Art. 20. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal:

[...]

X - determinar a realização de auditoria e inspeções, sem prejuízo, para estas últimas, do disposto no inciso VIII do art. 21, deste Regimento;

Art. 27. Inspeção é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas, apurar a legalidade, a legitimidade e a economicidade de atos e fatos específicos praticados por quais quer de seus fiscalizados, com o objetivo de instruir contas anuais, denúncias, representações ou outros processos de fiscalização.

Parágrafo único. As inspeções não contempladas na alínea I do inciso I artigo 20 do Regimento Interno do TCE/MA serão realizadas por determinação do Plenário, da Câmara ou do Relator, a critério deste, independentemente de inclusão no Plano Bienal de Fiscalização (PBF), com base em proposta fundamentada, que demonstre os recursos humanos e materiais existentes nos Núcleos de Fiscalizações, e daqueles a serem mobilizados em sua execução.

CONCLUSÃO

3.1 Ante o exposto, com fulcro nos princípios e normas legais que regem o presente caso, em destaque no artigo 75, *caput*, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Maranhão, DECIDO:

a) CONHECER da Representação, por preencher os requisitos legais de admissibilidade, nos termos do artigo 43 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Maranhão;

b) DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, com fundamento no art. 75, da LOTCE/MA, determinando a SUSPENSÃO do Pregão Eletrônico n.º 013/2022-SRP e de qualquer pagamento em favor da empresa vencedora dessa licitação, até a apreciação do mérito da Representação;

c) DETERMINAR que os Gestores Responsáveis, Senhor JOÃO LUCIANO DA SILVA SOARES – Prefeito e o senhor SILVANO JOSÉ MORAES REGO – Pregoeiro, prestem informações ao Tribunal de Contas da atual situação do Pregão Eletrônico 31/2021/PE-SRP, bem como adote as providências para o fiel cumprimento da presente decisão, no prazo de 10 (dez) dias úteis, a contar da sua publicação, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 75, §6º da LOTCE/MA c.c art. 171, §2º, Lei 14.133, de 01 de abril de 2021.

d) DETERMINAR A NOTIFICAÇÃO do Senhor JOÃO LUCIANO DA SILVA SOARES – Prefeito e do SENHOR SILVANO JOSÉ MORAES REGO – Pregoeiro, para que tomem conhecimento desta decisão, podendo, caso queiram, se manifestar acerca da Cautelar e, também, apresentarem defesa com justificativas e documentos, no prazo legal de 30 (trinta) dias, prorrogáveis a pedido, com fulcro no art. 127, §4º c.c art. 75, §3º, da LOTCE/MA;

e) DETERMINAR, após as notificações supra, e em caso de descumprimento da Medida Cautelar, a instauração, pela Unidade Técnica desta Corte de Contas, de uma INSPEÇÃO junto a Prefeitura de Pinheiro/MA, a fim de apurar os ajustes firmados, os produtos contratados, seus valores e a entrega efetiva, como também os pagamentos por ventura executados, bem como de qualquer outra ilegalidade, nos termos do art. 44, inc. III da LOTCE/MA, do art. 20, inc. X do Regimento Interno e do art. 27 da Resolução 324/2020;

f) Dê-se ciência às partes e ao Ministério Público de Contas, por meio da publicação no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão.

3.2 É a decisão.

SALA DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MARANHÃO, EM SÃO LUÍS/MA, 28 DE JUNHO DE 2022.

Conselheiro MARCELO TAVARES SILVA

Relator

Assinado Eletronicamente Por:Conselheiro Marcelo Tavares SilvaEm 28 de Junho de 2022 às 12:23:04



Número controle: **1656429784608984882** Para conferir o original,
leia o QR Code ao lado ou autentique no site tce.ma.gov.br