



## COMUNICAÇÃO DE CAUTELAR

De SECRETARIA GERAL - TCE - CE <secretaria.geral@tce.ce.gov.br>

Data Seg. 18:05

### Anexos

- [DS 1775-2019 SV.pdf \(~89 KB\)](#)Show options
- [CERT 079-2019 GEFILC.pdf \(~139 KB\)](#)Show options
- [CERT 079-2019 GEFILC - ANEXO.pdf \(~7,1 MB\)](#)Show options

### Corpo da Mensagem

Prezados, boa tarde!

De ordem do Secretário-Geral, encaminho cópia do Despacho Singular nº 1775/2019, lavrado no Processo nº 04385/2019-3, para que seja dado conhecimento às Sras. Fátima Cintya Sá Pitombeira da Cunha, Secretária de Saúde do Município de Viçosa do Ceará, e Flávia Maria Carneiro da Costa, Pregoeira, acerca da concessão de MEDIDA CAUTELAR referente ao Pregão Presencial nº 04/2019 - SESA, determinando que as referidas autoridades, de IMEDIATO, promovam a suspensão dos efeitos do edital de licitação decorrente do certame supra e adotem das demais providências constantes no item "a" referido decisório, bem como, no prazo de 10 (dez) dias, cumpram o disposto no item "b" do aludido despacho.

Outrossim, saliento que as providências constantes na decisão em relevo podem ser atendidas por meio do Portal de Serviços Eletrônicos desta Corte de Contas, acessível pelo endereço <https://www.tce.ce.gov.br:8082/eTCE/login.faces>.

Favor, responder este e-mail acusando o recebimento do mesmo e de seus anexos.

Atenciosamente,

Rafael Santos Farias  
Unidade de Expedição de Documentos  
Secretaria Geral do Tribunal de Contas do Estado do Ceará  
Tel.: (85) 3488-1663 / (85) 3488-5969

*Atenção: esta mensagem pode conter informação confidencial ou privilegiada, sendo seu sigilo protegido por lei. Se você não for o destinatário ou a pessoa autorizada a receber esta mensagem, não pode usar, copiar ou divulgar as informações nela contidas ou tomar qualquer ação baseada nessas informações. Se você recebeu esta mensagem por engano, por favor, avise imediatamente ao remetente, respondendo o e-mail e em seguida apague-a.*

## PROCESSO Nº 04385/2019-3

### DESPACHO SINGULAR Nº 01775/2019

1. Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela Gerência de Fiscalização de Licitações e Contratos apontando irregularidades no Edital do Pregão Presencial nº 04/2019 da Secretaria de Saúde de Viçosa do Ceará, visando a contratação de serviços técnicos especializados complementares de saúde, no valor estimado de R\$ 11.380.203,60, prevista para ser realizada em 09/04/2019.

2. Em síntese, narra a zelosa Gerência que o Município de Viçosa do Ceará realizou Edital de Licitação na modalidade Pregão Presencial, na qual apurou-se as seguintes irregularidades:

ITEM 4.1 - Comprometimento do caráter competitivo:

a) O item 2.9 "g" do Edital prevê que não poderão participar da licitação "empresas cujos sócios ou diretores pertençam, simultaneamente, a mais de uma firma licitante";

b) O item 6.6.6 do Edital exige a apresentação de foto da fachada e de ambientes internos da empresa licitante para fins de credenciamento no certame;

ITEM 4.2 - Da fixação de taxa de administração mínima: o item 2.4.2 estabelece faixa de aceitabilidade para a taxa de administração, sendo 1% o valor mínimo e 7% o valor máximo;

3. Assim, a Unidade Técnica sustenta que citado Edital apresenta vícios os quais carecem da concessão de uma liminar inaudita altera pars para suspender o Certame na fase em que se encontra, a fim de evitar uma contratação antieconômica e irregular.

4. Ao final, requer a Gerência de Fiscalização de Licitações deste Tribunal:

"a) acolher a presente Representação, em razão do atendimento aos pressupostos de admissibilidade, conforme descrito no "Item 2" do presente Certificado;

b) deferir a medida cautelar pleiteada, inaudita altera parte, afastando a incidência do art. 21-A da LOTCE, determinando a suspensão acautelatória do Pregão Presencial nº 04/2019-SESA, da Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal de Viçosa do Ceará, na fase em que se encontra, até ulterior deliberação desta Corte, ou, existindo interesse no prosseguimento do certame, a adoção das medidas a seguir, em relação às impropriedades identificadas no certame, encaminhando cópia da documentação comprobatória, tendo em vista a caracterização da fumaça do bom direito (fumus boni iuris) e o perigo da demora (periculum in mora):

b.1) abstenha-se de desclassificar licitantes de mesmos sócios ou diretores, conforme preceitua o item 2.9 "g" do edital, em respeito ao inciso I do art. 3º do §1º da Lei nº 8.666/1993;

b.2) abstenha-se de descredenciar licitantes pela não apresentação de fotos internas e externas da sede e da filial, consoante estabelece o item 6.6.6 do edital, em respeito ao inciso I do art. 3º do §1º da Lei nº 8.666/1993;

b.3) abstenha-se de desclassificar proposta de preços com percentual abaixo de 1%, conforme determina item 2.4.2 do Termo de Referência, em atenção ao inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/1993.

c) ofertar, nos termos do inciso II do art. 48 da LOTCE (Lei nº 12.509/1995), e em observância ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o contraditório e a ampla defesa a Sra. Flávia Maria Carneiro da Costa, Pregoeira e signatária do edital, e a Sra. Fátima Cintya Sá Pitombeira da Cunha, Secretária de Saúde, para que apresentem as razões de justificativa a respeito das impropriedades relatadas; e

d) comunicar a Sra. Flávia Maria Carneiro da Costa, Pregoeira e signatária do edital, e a Sra. Fátima Cintya Sá

Pitombeira da Cunha, Secretária de Saúde, acerca da decisão que vier a ser prolatada nestes autos."

5. Cumpre salientar, que como bem informou a Gerência, no processo nº 00585/2019-2, verificou-se que o município de Viçosa do Ceará havia publicado em janeiro de 2019 o edital do Pregão Presencial nº 01/2019-SESA, que também objetivava a contratação de serviços técnicos especializados de saúde. O Pleno desta Corte referendou medida cautelar suspendendo o certame licitatório, tendo sido posteriormente emitido certificado da Gerência atestando sua anulação.

#### I - DO PODER-DEVER DE CAUTELA ATRIBUÍDO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

6. Há, sem dúvidas, o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal - STF do poder de cautela em sede de fiscalização pelos Tribunais de Contas.

Oportuno trazer à baila parte do voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Melo na decisão do STF no Mandado de Segurança de nº 24.510-7 (DF), da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, acerca do poder de cautela conferido aos Tribunais de Contas, o qual se destina a "[...] garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia".

Nesse diapasão, citamos outro caso, no âmbito da Suprema Corte, no MS nº 24.547-DF da Relatoria do Ministro Celso de Melo, que assim se manifestou:

"Torna-se essencial reconhecer - especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos (MARCELO CAETANO, "Direito Constitucional", vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense; CASTRO NUNES, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", p. 641/650, 1943, Forense; RUI BARBOSA, "Comentários à Constituição Federal Brasileira", vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva, v.g.) - que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais."

E mais à frente adverte:

"Vale referir, ainda, que se revela processualmente lícito, ao Tribunal de Contas, conceder provimentos cautelares "inaudita altera parte", sem que incida, com essa conduta, em desrespeito à garantia constitucional do contraditório.

É que esse procedimento mostra-se consentâneo com a própria natureza da tutela cautelar, cujo deferimento, pelo Tribunal de Contas, sem a audiência da parte contrária, muitas vezes se justifica em situação de urgência ou de possível frustração da deliberação final dessa mesma Corte de Contas, com risco de grave comprometimento para o interesse público.

Não se pode ignorar que os provimentos de natureza cautelar - em especial aqueles qualificados pela nota de urgência - acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando-se, desse modo, não obstante em caráter provisório, plena eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada pelo próprio Tribunal de Contas da União."

Esta Corte de Contas, em diversas oportunidades, já tem adotado esse mecanismo processual como meio para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões, v.g, nos processos de nº 03284/2013-5 e 03609/2013-7, da Relatoria do Conselheiro Alexandre Figueiredo, de nº 03112/2013-9, da Relatoria do Auditor Paulo César de Souza e os de nºs 06840/2012-6, 03997/2013-9, 24053/2018-5 de minha Relatoria, sendo possível a concessão de medida cautelar, inaudita altera pars.

Em seguida, dando dimensão legal à tal prerrogativa que até então tratava-se de construção teórico-jurisprudencial, a Lei Orgânica do TCE-CE também previu tal prerrogativa cautelar, como se vê do art. 21-A da Lei nº 12.509/95, estendendo-a também para as Contas Municipais, confira-se:

"Art. 21-A. Em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, e existindo prova inequívoca, o Relator poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com a prévia oitiva da autoridade, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado."

Neste ínterim, não se diga que o Tribunal estaria obrigado a sempre ouvir a parte contrária antes de decidir as Cautelares por força da previsão de tal dispositivo legal (art. 21-A da LOTCE), ou seja, que não poderia prolatar as Decisões denominadas *inaudita altera pars*, uma vez que tal interpretação, a uma, terminaria por esvaziar as competências constitucionais desta Corte mitigando seu poder acautelatório em situações em que o dano é iminente e, portanto, não se pode aguardar a oitiva e, a duas, obstruiria a própria lógica da teoria dos poderes implícitos acima explanada pela Suprema Corte, eis que não se pode aguardar o bel-prazer da parte em apresentar provas hábeis em face da consumação do dano iminente (seja o dano ao erário em sentido amplo, seja à própria lisura e idoneidade de Certame licitatório que está prestes a se consumir, por exemplo).

Além disso, este Tribunal já enfrentou tal alegação no sentido de que a oitiva prévia da parte seria obrigatória e, em "leading case", decidiu que doravante as competências acauteladoras devem ser exercidas de modo pleno, superando tal controvérsia, ocasião em que definiu ser legítima a possibilidade de concessão de medida cautelar *inaudita altera pars*, conforme Proc. 04535/2011-6, de 26.07.2011, na Relatoria do Cons. Edilberto Pontes.

Por fim, ressalte-se que tal garantia já deriva da previsão Constitucional no sentido de que "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;" (art. 5º, inciso XXXV, CF/88), o que, embora previsto ao judiciário, deve ter raciocínio semelhante no tocante aos Tribunais de Contas, uma vez que a interpretação do referido art. 21-A não poderia excluir a apreciação das lesões iminentes aos Tribunais de Contas no resguardo do Erário Público, principalmente porque o sentido finalístico da Constituição, neste aspecto, era o de preservar o poder acautelatório.

No presente caso, igualmente, diante do dano iminente (em sentido *lato sensu*), já que a licitação está prevista para o dia 09/04/19, não se pode aguardar a oitiva da parte, sob pena de consumá-lo, o que é lógica natural do dever acautelador, como se verá melhor examinado adiante.

7. Uma vez exposta a competência desta Corte para concessão de medida cautelar, passo a análise dos requisitos autorizadores de tal medida.

Dispõe o novo CPC sobre a tutela provisória de urgência:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."

"Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito."

Dois, portanto, são os requisitos cumulativos para a concessão da tutela provisória de urgência. Deve haver elementos que evidenciem:

- a probabilidade do direito (*fumus boni juris*); e,
- o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*)

## II - DOS FUNDAMENTOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR NO CASO EM EXAME

Passo então ao exame dos elementos no caso concreto.

8. Quanto à probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), a licitação apresenta potencial vício de natureza grave que compromete a participação e competição no procedimento licitatório, na medida em que, em especial, o ITEM 4.2 (Da fixação de taxa de administração mínima: o item 2.4.2 estabelece faixa de aceitabilidade para a taxa de administração, sendo 1% o valor mínimo e 7% o valor máximo) prevê a fixação de valor mínimo da proposta, prática vedada no art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993.

Isso porque não cabe à Administração Pública interferir na elaboração de preço pelo licitante, sem ao menos possibilitar ao proponente a demonstração da exequibilidade da sua proposta, inviabilizando a eventual apresentação de propostas que podem ser economicamente mais vantajosas.

Nesse sentido, são os julgados desta Corte:

**EMENTA:** REPRESENTAÇÃO - MUNICÍPIO DE MARTINÓPOLE. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NO PREGÃO PRESENCIAL Nº 00.0002/2019. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA QUE FIXA PERCENTUAL MÍNIMO A TÍTULO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR.

(Proc. nº 02257/2019-6; Resolução nº 1241/2019; Relatora Conselheira Patricia Saboya)

**EMENTA:** REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 3º, § 1º, INCISO I, 28 E 40, INCISO X, DA LEI N.º 8.666/93. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. EXIGÊNCIA ILEGAL DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. PRESSUPOSTOS PRESENTES PARA CONCESSÃO DE MEDIDA ACAUTELATÓRIA. CAUTELAR CONCEDIDA. HOMOLOGAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO, PELA PARTE RESPONSÁVEL, DA ADOÇÃO DAS MEDIDAS RETIFICADORAS TENDENTES A SANEAR AS IRREGULARIDADES QUE MOTIVARAM A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR. LEVANTAMENTO DA LIMINAR. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À GERÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PARA REEXAME DA MATÉRIA. UNANIMIDADE DE VOTOS. (Proc. nº 04170/2018-8; Resolução nº 2403/2018; Relator Cons. Alexandre Figueiredo)

**EMENTA:** REPRESENTAÇÃO DO TCE - CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE.

Indícios de irregularidades no âmbito do Pregão Presencial n.º 20170001- COGERH. Existência de cláusula que fixa percentual mínimo a título de taxa de administração em 1%. Possibilidade de restrição à competitividade do certame e de violação à Lei n.º 8.666/1993. Homologada a medida cautelar concedida para fins de suspender o pregão em questão. Decisão unânime.

(Proc. nº 01829/2017-6; Resolução nº 1208/2017; Relator Cons. Rholden Queiroz)

**EMENTA:** REPRESENTAÇÃO DO TCE COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO PRESENCIAL Nº 20170040/CAGECE/GESCO. OFENSA AO ARTIGO 3º, §1º, INCISO I E ARTIGO 40, INCISO X, DA LEI Nº 8.666/1993. EVENTUAL DANO AO ERÁRIO. SUSPENSÃO LIMINAR DA LICITAÇÃO. CAUTELAR CONCEDIDA. MEDIDA LIMINAR HOMOLOGADA. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. UNANIMIDADE DE VOTOS. 1. O Pregão Presencial nº 20170040/CAGECE/GESCO objetiva a contratação de empresa na prestação de serviços, sistemáticos e continuados, de mão de obra terceirizada, das categorias motoristas e operador de equipamentos móveis nas diversas gerências em Fortaleza e interior do Estado do Ceará. 2. A limitação mínima da taxa de administração impede o oferecimento de taxa inferior a 1% pelos licitantes, impossibilitando a contratação da proposta mais vantajosa para o Estado.

(Proc. nº 02374/2017-7; Resolução nº 1347/2017; Relatora Conselheira Soraia Victor)

**EMENTA: REPRESENTAÇÃO DO TCE. CAGECE. MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO MÍNIMA. IRREGULARIDADE. CAUTELAR CONCEDIDA E HOMOLOGADA. 1. Limitar a taxa mínima a ser ofertada pelos licitantes a 1% (um por cento) compromete a competitividade do certame e afasta a possibilidade da Administração contratar a proposta mais vantajosa, ferindo, assim, os artigos 3º, § 1º, inciso I, e 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93. 2. A demonstração do fumus boni iuris e do periculum in mora autorizam a concessão de medida cautelar, a fim de suspender, na fase em que se encontra, o Pregão Presencial nº 20170005/CAGECE/UNMTN. 3. Cautelar concedida e homologada pelo Plenário. Deliberação por unanimidade. (Proc. nº 02535/2017-8; Resolução nº 01454/2017; Relator Presidente Edilberto Pontes)**

Assim, limitar uma taxa mínima aos licitantes compromete a competitividade do certame e afasta a possibilidade de a Administração contratar a proposta mais vantajosa, ferindo, assim, os artigos 3º, § 1º, inciso I, e 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93:

"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;"

[...]

"Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

□

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;"

Nessa mesma linha é a Súmula nº 262/2010 do Tribunal de Contas da União, in verbis:

#### SÚMULA Nº 262/2010

"O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta."

Por todo o exposto, conclui-se que a fixação de taxa mínima, disposta no item 4.2 acima, por si só é suficiente para caracterizar a probabilidade do direito.

Outrossim, a Gerência também apontou o "item 4.1- b", acerca da exigência de fotos da fachada e ambientes internos da licitante (item 6.6.6 do Edital), sobre o qual entende-se que, em princípio, restringe o caráter competitivo da licitação, à medida que exclui a possibilidade de proponentes que não tenham ponto físico, por exemplo.



Por outro lado, o "item 4.1 - a" apontado pelo Órgão Técnico, trata acerca da vedação de participar da licitação "empresas cujos sócios ou diretores pertençam, simultaneamente, a mais de uma firma licitante" (item 2.9 "g" do Edital), o que, a princípio, demonstra cautela da Administração em não haver quebra do sigilo das propostas e uma forma de evitar conluio, motivo por que não nos utilizamos desse fundamento para a concessão da cautelar.

9. Acerca do requisito do perigo da demora, observa-se que resta devidamente caracterizado face a iminência do processamento do certame, o qual está previsto para ocorrer em 09/04/2019, não havendo prazo hábil para se aguardar uma decisão definitiva de mérito desta Corte, sob pena de o Município efetivar uma contratação antieconômica e irregular.

10. ISSO POSTO, entendo, em sede de exame sumário, por admitir a presente Representação, tendo em vista que presentes seus pressupostos de admissibilidade, deferindo o pleito cautelar promovido pela zelosa Gerência de Fiscalização de Licitações e Contratos para, inaudita altera pars, determinar que:

a) A Prefeitura Municipal de Viçosa do Ceará, representada pela Sra. Fátima Cintya Sá Pitombeira Da Cunha (Secretária de Saúde), Sra. Flávia Maria Carneiro Da Costa (Pregoeira) e quaisquer outros responsáveis que estejam à frente da presente Licitação em exame, promovam imediatamente a suspensão dos efeitos do Edital de Licitação decorrente do Pregão Presencial nº 04/2019 (SESA), bem como se abstenha de realizar os pagamentos dela decorrentes, sob pena de, em caso de descumprimento da presente determinação, ocorrer eventual julgamento de Contas irregulares, passível de incidência de multa, sem prejuízo das eventuais consequências às suas esferas jurídicas de natureza penal, cível e administrativa;

b) Por fixar o prazo de 10 dias para que as Sras. Fátima Cintya Sá Pitombeira da Cunha (Secretária de Saúde), Flávia Maria Carneiro da Costa (Pregoeira) e demais responsáveis apresentem razões de justificativas, com a documentação que se faça pertinente sobre a matéria e acerca dos demais pontos levantados na Representação.

**Fortaleza, 08 de abril de 2019.**

**Assina(m) este documento:**

Soraia Thomaz Dias Victor - RELATOR

**PROCESSO Nº 04385/2019-3**

**CERTIFICADO Nº 0079/2019**

**ÓRGÃO: SECRETARIA DE SAÚDE / PREFEITURA MUNICIPAL DE VIÇOSA DO CEARÁ**

**INTERESSADO: GERÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (GEFILC)**

**NATUREZA: REPRESENTAÇÃO DO TCE**

**RELATORA: CONSELHEIRA SORAIA THOMAZ DIAS VICTOR**

**EXAME DE REGULARIDADE DO EDITAL DO PREGÃO  
PRESENCIAL Nº 04/2019-SESA DA SECRETARIA DE SAÚDE DA  
PREFEITURA MUNICIPAL DE VIÇOSA DO CEARÁ OBJETIVANDO  
A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS  
COMPLEMENTARES DE SAÚDE**

**1. INTRODUÇÃO**

1. Cuida-se de Representação, ofertada por esta Gerência de Fiscalização de Licitações e Contratos (GEFILC), contra supostas irregularidades detectadas no Edital do Pregão Presencial nº 04/2019-SESA, da Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal de Viçosa do Ceará, a ser realizada na data de 09.04.19, visando a contratação de serviços técnicos especializados complementares de saúde, com valor estimado em R\$11.380.203,60 (onze milhões, trezentos e oitenta mil, duzentos de três reais e sessenta centavos).

2. Cumpre salientar que a análise aqui apresentada, com fulcro nos documentos disponibilizados no Portal de Licitações dos Municípios<sup>1</sup>, não prejudica a realização de eventuais exames da integralidade do processo licitatório, que venha a ocorrer, apontando possíveis irregularidades ou impropriedades no processamento do certame.

**2. DA LEGITIMIDADE PARA REPRESENTAR**

3. A Gerência de Fiscalização de Licitações e Contratos (GEFILC), no âmbito de suas competências atribuídas pelo art. 26-K, inciso I, da Resolução Administrativa TCE/CE nº 3163/2007, e pela Portaria nº 68/2018, possui legitimidade para representar ao Tribunal de Contas do Estado, quando constatar irregularidade ou ilegalidade praticada no âmbito da Administração Pública Municipal e Estadual.

4. Com efeito, uma vez que compete a esta unidade técnica a fiscalização dos atos decorrentes de licitações e contratos de toda a Administração Pública dos Municípios e do Estado do Ceará, vem esta gerência especializada formular a presente Representação, entendendo cumpridos os requisitos necessários a sua admissibilidade, acerca do Pregão Presencial nº 04/2019-SESA, da Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal de Viçosa do Ceará.

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.tcm.ce.gov.br/licitacoes/index.php/licitacao/detalhes/proc/139736/licit/106727>>. Acesso em: 01 abr. 2019.



### 3. FUNDAMENTO LEGAL DA REPRESENTAÇÃO PROPOSTA

5. A Resolução nº 2234, de 17.08.2005, publicada no DOE de 06.09.2005, que dispõe sobre a nomenclatura a ser adotada nos processos submetidos ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará, dispõe no inciso VI, de seu artigo 1º, o seguinte:

Art. 1º – omitido

[...]

VI – processo de representação: processo instaurado para apuração de falhas e/ou irregularidades detectadas, de ofício, pelas unidades de controle externo do Tribunal, ou comunicadas por outros tribunais de contas, órgãos de controle interno ou quaisquer entes públicos, das diversas esferas, verificadas no exercício de suas funções;

6. Por seu turno, a Lei Orgânica do TCE/CE (Lei nº 12.509/1995), alterada pela Lei Estadual nº 16.819/2019, na Seção IV, Fiscalização de Atos e Contratos, art. 46, assim dispõe:

Art. 46 - Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos que resultem receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I – acompanhar, pela publicação no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Ceará – DOE/TCE do Estado ou do Município e mediante consulta a sistemas informatizados pela administração estadual ou municipal, ou por outro meio adequado:

[...]

b) os editais de licitação, os contratos em geral, os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no Art. 44 desta Lei;

7. Dessa forma, uma vez que compete ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará, a fiscalização dos atos decorrentes de licitações e contratos de toda a Administração Pública do Estado e municípios do Ceará, esta unidade técnica vem formular a presente Representação, entendendo cumpridos os requisitos necessários a sua admissibilidade, diante do Pregão Presencial nº 04/2019-SESA, da Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal de Viçosa do Ceará.

### 4. DO EXAME TÉCNICO

#### 4.1 Comprometimento do caráter competitivo

8. Da análise do edital do Pregão Presencial PP 04/2019-SESA (Seq. Doc. 1) foram identificadas cláusulas editalícias que podem comprometer o caráter competitivo do certame, em farpeio ao que determina a Lei nº 8.666/1993, art. 3º, §1º, inciso I c/c art. 27, incisos I a V.

9. Verificou-se, da análise do edital, que o item 2.9 "g" estabelece que não poderão participar da licitação "empresas cujos sócios ou diretores pertençam, simultaneamente, a mais de uma firma licitante". A ordem jurídica não impede uma pessoa física ou jurídica de compor o quadro societário de uma outra pessoa jurídica. Nem pode a Administração Pública deduzir com base na existência de empresas com mesmos sócios, interessadas no certame, que essa atuação se dará de forma fraudulenta ou com outros objetivos estranhos ao andamento natural do procedimento licitatório.

10. Não há, ademais, previsão na Lei nº 8.666/1993 ou na Lei nº 10.520/2002 da situação narrada como impeditiva de participação no certame. Assim, não obstante o entendimento de que "O inc. I (do art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/1993) contempla um elenco exemplificativo de discriminações reputadas ilícitas"<sup>1</sup>, o instrumento convocatório não poderia inovar nesta exigência sem, no entanto, fazer um arrazoado acerca do nexo existente entre a regra impeditiva e o que se pretende alcançar.

11. Neste sentido, o TCU já manifestou entendimento que, pela pertinência ao caso, segue abaixo a inteligência proferida:

As situações expostas, portanto, são bem diversas da que se verifica nos presentes autos, em que se fez uma vedação a priori, ao arripio da legislação aplicável, impedindo, sem uma exposição de motivos esclarecedora ou outros indícios de irregularidades, que empresas participassem do certame, ferindo, sem sombra de dúvidas, os princípios da legalidade e da competitividade, a que estão sujeitas as entidades do sistema "S".

Segundo essa manifestação do TCU, a participação de empresas com sócios em comum somente constitui ilegalidade nas hipóteses de: i. convite; ii. contratação por dispensa de licitação; iii. existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e iv. contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

Já nas demais situações, tal fato deve despertar a atenção da Administração para eventual conduta suspeita ou fraudulenta, mas não autoriza inibir, de plano e por si só, a participação dessas empresas (Acórdão nº 2.341/2011 – Plenário)

12. Além disso, o item 6.6.6 do edital exige a apresentação de foto da fachada e de ambientes interno da empresa licitante para fins de credenciamento no certame.

13. Conforme doutrina, o credenciamento no pregão tem por objetivo permitir que a licitante ofereça lances ou mesmo recorra dos atos do pregoeiro, caso contrário, o licitante descredenciado participará da disputa apenas com a proposta escrita. De acordo com Jacoby<sup>2</sup>,

O credenciamento é um ato jurídico que deve reunir as formalidades necessárias e suficientes para construir a obrigação e habilitar o exercício de direitos.

Para a regularidade, exige-se que o outorgante demonstre possuir poderes para constituir um representante e o credenciado que é a pessoa a quem foram deferidos esses poderes.

14. Assim, é evidente que toda a documentação exigida do outorgado refere-se aquelas suficientes e capazes de comprovar os poderes de representação. Da obra Licitações e Contratos – orientações e jurisprudência do TCU<sup>3</sup>, extrai-se:

Entende-se por documento hábil para credenciar o representante:

- estatuto/contrato social, quando o representante for sócio, proprietário, dirigente ou assemblado da empresa licitante, no qual estejam expressos poderes para exercer direitos e assumir obrigações em decorrência de tal investidora;
- procuração ou documento equivalente, ambos outorgados pelo licitante, dando poderes ao representante para se manifestar em nome do concedente, em qualquer momento da licitação.

<sup>2</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. Editora Fórum, 6ª edição revisada. Belo Horizonte, 2015.

<sup>3</sup> Tribunal de Contas da União. Licitações & Contratos – Orientação e jurisprudência do TCU. 4ª edição revisada, ampliada e atualizada. Brasília, 2010.

15. Ademais, o rigor do credenciamento não deve constituir comprometimento do caráter competitivo, diminuindo o número de licitantes na etapa de lances o que poderia reduzir as chances de a Administração obter a melhor proposta.

#### **4.2 Da fixação de taxa de administração mínima**

16. Da leitura do Termo de Referência do edital do pregão presencial PP 04/2019-SESA verifica-se que foi estabelecida no item 2.4.2 uma faixa de aceitabilidade para a taxa de administração, sendo 1% o valor mínimo e 7% o valor máximo.

17. Este órgão instrutivo entende que não cabe à Administração Pública intervir na formação de preço do licitante, impossibilitando a apresentação de propostas que possam ser economicamente mais vantajosas para a Administração Pública, sem ao menos possibilitar ao proponente a demonstração da viabilidade de execução adequada dos serviços nos termos propostos.

18. Ressalta-se, por oportuno, entendimento consolidado desta Unidade, acompanhando a linha da Corte de Contas Federal, no sentido da aceitabilidade de ofertas com taxa zero ou negativa, desde que se demonstre a exequibilidade das propostas, em cada caso concreto (Processos nºs: 06675/2013-2; 06312/2016-9; 07517/2016-0; 00613/2017-0; 00804/2017-7; 01567/2017-2; 02374/2017-7 e 02535/2017-5).

19. Com efeito, importante ressaltar que este Tribunal de Contas, mediante a Resolução nº 0594/2017 (Processo nº 06675/2013-2), e nº 0925/2017 (Processo nº 01567/2017-2), considerando o entendimento deste órgão instrutivo, homologou medidas cautelares concedidas em casos semelhantes, no seguinte sentido:

RESOLVE O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, determinar ao gestor da SEPLAG que, ao promover certames que envolvam a contratação de serviços de natureza similar ao presente, abstenha-se de proibir a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor igual a zero, salvo se ficar demonstrada sua inexecutabilidade, devendo esta ser auferida em cada caso concreto, a partir de critérios previamente fixados em edital; (Resolução nº 0594/2017, Processo nº 06675/2013-2, Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Relator Conselheiro José Valdomiro Távora de Castro Júnior)

RESOLVE O TRIBUNAL DE CONTAS DO CEARÁ, por unanimidade de votos, homologar a Medida Cautelar concedida por meio do Despacho Singular n.º 1.103/2017, datado de 15.03.2017, a qual determinou a incontinenti suspensão, na fase em que se encontra, DO PREGÃO PRESENCIAL N.º 20160019/SEPLAG, ou, no caso de interesse, por parte da Secretaria do Planejamento e Gestão do Estado, do prosseguimento do aludido Certame, que seja modificada a Cláusula 12.1, alínea "c", do respectivo Edital, permitindo, portanto, aos licitantes o direito de ofertar proposta para a taxa de administração sem a imposição de limite mínimo percentual, conquanto que demonstre a exequibilidade da sua proposta, conforme fundamentação exposta no Item 3 do retrocitado Certificado; (Resolução nº 0925/2017, Processo nº 01567/2017-2, Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Relator Conselheiro Alexandre Figueiredo)

20. Nessa linha, o parâmetro de aferição da exequibilidade das propostas deveria seguir a inteligência do TCU, exposta na Súmula nº 262/2010 e nos Acórdãos nºs 1079/2017 – Plenário, 2004/2018-Primeira Câmara, 1556/2014-Segunda Câmara, no sentido de que os critérios do art. 48, II, §1º, da Lei nº 8.666/1993 conduzem a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

21. Corroborando com o entendimento preconizado, é oportuno apresentar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR CONCEDIDA. LICITAÇÃO. SERVIÇO TERCEIRIZADO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. FIXAÇÃO. PERCENTUAL MÍNIMO. VIOLAÇÃO DO ART. 40, X, LEI Nº 8.666/1993. PRECEDENTES DESTE COLEGIADO. REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Cediço que, o art. 7º, III, da Lei do Mandado de Segurança, Lei nº 12.016/2009, prevê a título de pressupostos ou requisitos para fins de concessão de liminar (tutela de urgência) o fundamento relevante, traduzido na plausibilidade do direito alegado, é a fumaça do bom direito (fumus boni juris), devendo o impetrante convencer o magistrado de que é portador de melhores razões que a parte contrária (impetrado) e o ato coator é realmente abusivo ou ilegal. O segundo, consiste no perigo da ineficácia da medida, a consagrada expressão latina periculum in mora, perigo na demora da prestação jurisdicional 2. O Poder Público, quando tem por escopo realizar contrato administrativo mediante a prévia realização de licitação, deverá selecionar a proposta mais vantajosa, garantindo a aplicação dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme explicitam o art. 37, X, da Lei Maior c/c art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e o art. 9º da Lei nº 10.520/2002 (legislação aplicável ao pregão); 3. Nesse norte, quando a Administração Pública visa contratar serviços terceirizados, institui no edital a nominada taxa de administração, em que os licitantes deverão em seus lances obedecerem, objetivando uma prestação e continuidade do serviço público, normalmente expressa em percentual; 4. Na espécie, a exigência de percentual mínimo relativo à taxa de administração viola o disposto no art. 40, X, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente à Lei do Pregão, conforme estabelece o art. 9º, pois a fixação de preço mínimo infringe o princípio da República, haja vista que a Administração Pública busca nos certames dessa natureza selecionar a proposta mais vantajosa, razão pela qual, restaria incompatível com a teleologia desse processo seletivo recusar lance de menor valor possível; 5. Em relação ao segundo pressuposto, perigo da ineficácia da medida (periculum in mora), sua incidência ocorre em virtude da possível homologação do certame e a consequente adjudicação do contrato, razão pela qual, a meu viso, afigura-se presente referido pressuposto; 6. Precedentes deste Colegiado Especial; 7. Agravo regimental conhecido e desprovido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo Regimental, ACORDAM os Desembargadores Membros integrantes do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do presente recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora. (grifo deste órgão)

(TJ-CE - AGR: 06303358620158060000 CE 0630335-86.2015.8.06.0000, Relator: MARIA IRANEIDE MOURA SILVA, Órgão Especial, Data de Publicação: 10/03/2016).

#### **4.3 Da fumaça do bom direito e do perigo da demora**

22. Conforme disciplina o artigo 16 do Regimento Interno desta Corte de Contas, o(a) Conselheiro(a) Relator(a) poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar as medidas cautelares previstas naquele Regimento, com ou sem a prévia oitiva da autoridade, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado quando entender tratar-se de caso de

urgência, de fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou de risco de ineficácia de decisão de mérito.

23. Como cediço, para a concessão de tutela protetiva ou cautelar, é necessário que se verifique a presença de 02 (dois) pressupostos básicos: a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*).

24. A fumaça do bom direito evidencia-se na probabilidade do direito invocado, ou seja, funda-se no reconhecimento de que o direito alegado se apresenta para o julgador como verdadeiro, para que, assim, este o acolha.

25. O perigo da demora ocorre quando houver perigo de dano ao patrimônio público ou risco ao resultado útil do processo, caso não seja concedida tutela acautelatória.

26. Assim, este órgão instrutivo entende presente a fumaça do bom direito, posto que entende como irregulares as cláusulas editalícias contidas no edital do Pregão Presencial PP 04/2019-SESA, conforme exposto nos itens 4.1.e 4.2 deste Certificado.

27. Ante a iminência do processamento do mencionado certame, tendo em vista que a sessão de abertura da licitação ocorrerá no dia 09.04.19, conforme informações constantes no Edital, existe um potencial risco de o Município efetivar uma contratação antieconômica e irregular, configurando-se, no entendimento desta Gerência, o perigo da demora.

28. Cumpre salientar, por fim, que o município publicou em janeiro de 2019 o edital do certame Pregão Presencial nº 01/2019-SESA, que também objetivava a contratação de serviços técnicos especializados de saúde. Referido procedimento licitatório, anulado conforme dados do Portal de Licitações dos Municípios, foi analisado por esta Gerência no bojo do Processo nº 00585/2019-2. Ademais, informa-se que, por meio do Certificado nº 0051/2019, esta unidade Técnica sugeriu o arquivamento dos autos em decorrência da perda de objeto, dando ciência das impropriedades apontadas naquela oportunidade.

## 5. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

29. Ante o exposto, a Gerência de Fiscalização de Licitações e Contratos, no uso de suas atribuições regulamentares, **conclui:**

a) pela legitimidade da presente Representação, em razão do atendimento aos pressupostos de admissibilidade, de acordo com o descrito no Item 2 do presente Certificado; e

b) pelo deferimento da medida cautelar pleiteada, com fulcro no art. 16 do Regimento Interno desta Corte, determinando a suspensão cautelar do Pregão Presencial nº 04/2019-SESA, da Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal de Viçosa do Ceará, na fase em que se encontra, tendo em vista a caracterização dos pressupostos básicos: a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*).

30. No ensejo, eleva o feito à consideração superior sugerindo:

a) **acolher** a presente Representação, em razão do atendimento aos pressupostos de admissibilidade, conforme descrito no "Item 2" do presente Certificado;

b) **deferir** a medida cautelar pleiteada, inaudita altera parte, afastando a incidência do art. 21-A da LOTCE, determinando a suspensão acautelatória do Pregão Presencial nº 04/2019-SESA, da Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal de Viçosa do Ceará, na fase em que se encontra, até ulterior deliberação desta Corte, ou, existindo interesse no prosseguimento do certame, a adoção das medidas a seguir, em relação às impropriedades identificadas no certame, encaminhando cópia da documentação comprobatória, tendo em vista a caracterização da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*):

b.1) abstenha-se de desclassificar licitantes de mesmos sócios ou diretores, conforme preceitua o item 2.9 "g" do edital, em respeito ao inciso I do art. 3º do §1º da Lei nº 8.666/1993;

b.2) abstenha-se de descredenciar licitantes pela não apresentação de fotos internas e externas da sede e da filial, consoante estabelece o item 6.6.6 do edital, em respeito ao inciso I do art. 3º do §1º da Lei nº 8.666/1993;

b.3) abstenha-se de desclassificar proposta de preços com percentual abaixo de 1%, conforme determina item 2.4.2 do Termo de Referência, em atenção ao inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/1993.

c) **ofertar**, nos termos do inciso II do art. 48 da LOTCE (Lei nº 12.509/1995), e em observância ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o contraditório e a ampla defesa a Sra. Flávia Maria Carneiro da Costa, Pregoeira e signatária do edital, e a Sra. Fátima Cintya Sá Pitombeira da Cunha, Secretária de Saúde, para que apresentem as razões de justificativa a respeito das impropriedades relatadas; e

d) **comunicar** a Sra. Flávia Maria Carneiro da Costa, Pregoeira e signatária do edital, e a Sra. Fátima Cintya Sá Pitombeira da Cunha, Secretária de Saúde, acerca da decisão que vier a ser prolatada nestes autos.

Gerência de Fiscalização de Licitações e Contratos da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Fortaleza, 04 de abril de 2019.

**Assina(m) digitalmente este documento:**

André Alves Pinheiro - Analista de Controle Externo

Cleonaldo Rodrigues da Costa - Gerente