

PROCESSO Nº: 09960/2020-3
NATUREZA: DENÚNCIA
MUNICÍPIO: TIANGUÁ
UNIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL
EXERCÍCIO: 2020
RESPONSÁVEIS: LUAN PAIXÃO HOLANDA – SECRETÁRIO DE FINANÇAS
EDSON CLEITON PEREIRA SOUSA - PREGOEIRO
RELATORA: CONSELHEIRA SORAIA THOMAZ DIAS VICTOR

DESPACHO SINGULAR Nº 02372/2020

1. Cuidam os autos de Denúncia com pedido cautelar, apresentada por interessado preservado, conforme o art. 59 da LO-TCE, na qual a parte alega possíveis irregularidades no Edital do Pregão Presencial nº 01/2020 - SEFIN, promovido pela Prefeitura Municipal de Tianguá - CE, que tem por objeto a “contratação de instituição financeira, visando a centralização da folha de pagamento dos servidores ativos da Prefeitura”, cuja data da sessão de abertura está prevista para 21/05/2020, às 09h00m, segundo cópia do edital acostado ao processo.

Em sua peça, o Denunciante insurge-se acerca da inadequação na escolha da modalidade Pregão Presencial, tendo em vista que tal opção vai de encontro às medidas sanitárias impostas pelas autoridades públicas de todas as esferas governamentais, inclusive as publicadas pelo próprio Município de Tianguá, em decorrência da pandemia de COVID-19 vivenciada no país.

Além disso, apontou que o edital em questão também é omissivo no que se refere a estimar o orçamento base da contrapartida financeira a ser paga pela futura contratada, estipulando apenas um valor aleatório, sem nenhuma fundamentação plausível, posto que não fora apresentado nenhum estudo ou avaliação de mercado, conforme determina a finalidade da condição prevista no art. 7º, §2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Por fim, rogou pelo deferimento da liminar, *in alidita altera pars*, para determinar a imediata suspensão do Pregão Presencial nº 01/2020 – SEFIN.

2. Por meio do Despacho Singular nº 2263/2020 (seq. 14), esta Relatoria encaminhou os presentes autos à unidade técnica competente para manifestação dentro do prazo regimental de 48 horas.

3. Assim, por ocasião do exame técnico, a Diretoria de Fiscalização de Licitações e Contratos da Secretaria de Controle Externo elaborou o Certificado nº 108/2020 (seq. 15), concluindo estarem configurados na presente Denúncia os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da medida cautelar, nos seguintes termos:

4. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

- a) pela admissibilidade da presente Denúncia, em razão do atendimento aos requisitos de admissibilidade, de acordo com o item 2 deste Certificado; e
- b) pela caracterização dos requisitos ensejadores de concessão de medida cautelar: a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*), conforme fundamentação exposta, respectivamente, nos itens 3.2.1 e 3.2.2 deste Certificado.
- c) pela necessidade de esclarecimentos por parte do Sr. Edson Cleiton Pereira SOUSA, pregoeiro e do Sr. Luan Paixão Holanda, Secretário de Finanças e ordenador de despesa, acerca dos fatos narrados nesta Denúncia.

II - DO PODER-DEVER DE CAUTELA ATRIBUÍDO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

4. Há, sem dúvidas, o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal – STF do poder de cautela destinado à tutela jurisdicional dos 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**”.

Nesta esteira, confira-se outro caso, no âmbito da Suprema Corte, no **MS nº 24.547-DF** da Relatoria do **Ministro Celso de Melo**, sob a seguinte manifestação:

“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-se:

“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.”
(grifos nossos)

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 nºs 03284/2013-5 e 03609/2013-7**, da Relatoria do Conselheiro Alexandre Figueiredo e os de nºs **07028/2009-8, 06840/2012-6, 09298/2012-6 e 03997/2013-9** de minha Relatoria, sendo possível a concessão de medida cautelar, inclusive, *inaudita altera pars*.

Em seguida, em sintonia com as Decisões da Suprema Corte, e dando dimensão legal à tal prerrogativa que até então tratava-se de construção teórico-jurisprudencial em torno dos **poderes implícitos** da Constituição, também a nova Lei Orgânica do TCE-CE implantou, desta feita com previsão legal, a expressa prerrogativa de cautelares, como se vê do art. 21-A (LOTCE, de 06/01/2020, inserido pela Lei Estadual nº 14.485/2011), 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 este Tribunal estaria obrigado a sempre ouvir a parte contrária antes de decidir pedidos Cautelares por força da previsão de tal dispositivo legal** (o mesmo art. 21-A da LO-TCE), ou seja, que não poderia prolatar as Decisões denominadas **inaudita altera pars**, uma vez que tal interpretação, a uma, terminaria por inutilizar as atribuições 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, iria obstruir a própria lógica da teoria dos poderes implícitos acima explanada pela Suprema Corte, esvaziando o poder acautelatório, eis que não se pode aguardar o bel-prazer da parte em apresentar provas hábeis diante 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 dirimiu a tese que sustentava que **a oitiva prévia da parte seria obrigatória** e, em *leading case*, **decidiu que as competências acauteladoras devem ser exercidas de modo pleno doravante, superando tal controvérsia**, ocasião em que definiu ser legítima a possibilidade de concessão de medida cautelar *inaudita altera pars*, conforme Processo nº 04535/2011-6, de 26/07/2011, na Relatoria do Conselheiro Edilberto Pontes.

Por fim, ressalte-se que a garantia destinada ao poder acautelatório também já deriva da própria lógica sistemático-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, em tal garantia, era o de preservar o poder acautelatório contra as supervenientes Leis que pretendessem, indevidamente, mitigar tal garantia do ordenamento.

No presente caso concreto, igualmente, diante do dano iminente (em sentido lato sensu), não se pode aguardar a oitiva, sob pena de consumá-lo, o que é lógica natural do dever acautelador, como se verá melhor examinado adiante, principalmente considerado que data da sessão de abertura do certame está prevista para 21/05/2020, às 09h00m, segundo cópia do edital acostado ao processo.

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

Passo aos fundamentos.

5. Quanto à **probabilidade do direito** (*fumus boni juris*), o Denunciante alega a inadequação da escolha da modalidade Pregão Presencial, vez que tal opção vai de encontro às medidas sanitárias impostas pelas autoridades públicas de todas as esferas governamentais, inclusive as publicadas pelo próprio Município de Tianguá, em decorrência da pandemia de COVID-19 vivenciada no país.

Além disso, apontou que o edital em questão também é omissivo no que se refere a estimar o orçamento base da contrapartida financeira a ser paga pela futura contratada, estipulando apenas um valor aleatório, sem nenhuma fundamentação plausível, posto que não fora apresentado

nenhum estudo ou avaliação de mercado, conforme determina a finalidade da condição prevista no artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

A Inspeção elaborou o Certificado nº 108/2020 (seq. 15), concluindo pela configuração da fumaça do bom direito e pelo preenchimento do requisito do perigo da demora, em razão dos seguintes fundamentos:

3.2.1 Da fumaça do bom direito

18. Acerca da suposta inadequação na escolha da modalidade Pregão Presencial, veja-se trecho do “ACESSO AO EDITAL E DO LOCAL DATA E HORÁRIO DE REALIZAÇÃO” e da “ENTREGA DE ENVELOPES CONTENDO AS PROPOSTAS E DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO”, contidos no edital do Pregão Presencial n.º 01/2020-SEFIN, verbis:

2.0 - DO ACESSO AO EDITAL E DO LOCAL DATA E HORÁRIO DE REALIZAÇÃO 2.1 - O Edital está disponível gratuitamente no sítio <https://www.tianqua.ce.gov.br/licitacoes/> 2.2 - O certame acontecerá no Auditório da Prefeitura Municipal de Tianguá, sito à Av. Moises Moita, 785 Planalto - CEP: 62.320-000 - Tianguá - Ceará. 2.3 - Sessão Pública: 21/05/2020 às 9h (nove horas) (Horário local) 2.4 - Credenciamento: 8h30 às 9h (Horário do Municipal de Tianguá) 2.5 - Na hipótese de não haver expediente ou ocorrendo qualquer fato superveniente que impeça a realização do certame na data prevista, a sessão será demarcada para no mínimo 72h setenta e duas horas a contar da respectiva data.

3.0 - DA ENTREGA DE ENVELOPES CONTENDO AS PROPOSTAS E DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO 3.1 - Os envelopes contendo as Propostas e os Documentos para habilitação deverão ser entregues pelos proponentes no endereço, data e horário previstos no item anterior, sendo, logo após, passado a fase de credenciamento dos interessados em participar do certame, conduzido o processo pelo pregoeiro com auxílio da equipe que compõe a junta de licitação.

19. Vale lembrar que o Pregão Presencial trata-se de modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, com a presença dos interessados, por meio de propostas escritas e lances verbais [...]

20. Ao contrário do atualmente estabelecido no art. 4º do Decreto n.º 5.450/2005 que indica a utilização preferencial da forma eletrônica do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, o art. 1º, §1º, da redação proposta ao novo Decreto n.º 10.024/2019 torna obrigatório o uso do pregão eletrônico pelos órgãos da administração pública federal direta, autárquica, fundacional e os fundos especiais.

21. Além disso, os estados, DF e municípios também serão afetados nos processos de contratações que envolverem transferências de recursos da União, de acordo com o art. 1º, §3º. No entanto, essas alterações não se aplicam ao caso em tela, tendo em vista que não se verifica a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, conforme disposições do item 4.1 do edital, acerca dos recursos orçamentários.

22. Ainda que não se preveja, nesse caso, a obrigatoriedade do uso da modalidade na forma eletrônica, em razão das medidas de isolamento que estão sendo implementadas para conter a pandemia (COVID – 19), através dos decretos estaduais e municipais que propõem diretrizes para o distanciamento social, várias licitações já foram suspensas ou adiadas. Contudo, há um grande número de licitações que podem ser levadas adiante, pois não exigem sessões presenciais. O Pregão Eletrônico, portanto, pode ser utilizado para as contratações públicas não relacionadas com a situação de emergência pública ora vivenciada, tornando-se uma ferramenta viável, já implementada, que funciona em ambiente virtual seguro.

23. Considerando o exposto, a Administração Pública deve, então, buscar a solução mais vantajosa para o interesse envolvido (saúde pública emergencial), com respeito à isonomia e ao caráter competitivo, promovendo a licitação de modo a obter o maior número de potenciais licitantes.

24. No tocante à **inexistência de orçamento detalhado, estudo ou avaliação de mercado**, mormente à análise da economicidade, verifica-se que o valor total estimado é de R\$ 4.682.052,40, conforme subitem 8.2 do Edital, e a folha de pagamento dos 2.840 servidores efetivos, comissionados, temporários e estagiários totaliza a quantia mensal líquida de R\$ 5.104.775,44 (referência - março de 2020), de acordo com o subitem 4.1. do

Termo de Referência (Anexo I do Edital), que corresponde a 91,71% do valor mensal de uma folha de pagamento.

25. Não se vislumbra, contudo, elementos nestes autos que possam inferir a adequabilidade do valor estimado pela Prefeitura Municipal, tendo em vista a ausência de estudo técnico, utilizado pela Municipalidade, para fixação do valor mínimo de outorga. Nesse sentido, é trazido a lume a orientação do Acórdão n.º 1940/2015-TCU-Plenário, excerto reproduzido a seguir, verbis:

Havendo interesse de a Administração Pública Federal promover prévio procedimento licitatório para contratação de prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deverá a contratante, além de franquear acesso ao certame tanto das instituições financeiras públicas como das privadas, adotar as seguintes medidas:

a) estimar o orçamento base da contrapartida financeira a ser paga pela futura contratada com base em estudo ou avaliação de mercado, em cumprimento à finalidade da condição prevista no artigo 7º, §2º inciso II, da Lei 8.666/1993;

b) realizar licitação na modalidade pregão, prevista na Lei 10.520/2002 (...) tendo por base critério “maior preço”, em homenagem ao princípio da eficiência, insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal e da seleção proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inserto no caput do artigo 3º da Lei 8.666/1993; (grifei)

26. Entende, portanto, esta Unidade Técnica que a fumaça do bom direito revela-se existente, conforme a fundamentação jurídica ora expandida, embasada em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

3.2.2 Do perigo da demora

27. Quanto ao periculum in mora, esta Unidade Técnica entende que este se encontra caracterizado, tendo em vista a previsão editalícia do Pregão Presencial n.º **01/2020 - SEFIN**, na qual o referido certame está previsto para o **dia 21 de maio de 2020**, estando portanto na iminência de ser realizado, trazendo, com isso, um potencial perigo de dano ao patrimônio público, caso não seja concedida a tutela acautelatória.

Inicialmente, esta Relatoria entende que a realização do procedimento, na modalidade eleita - Pregão Presencial, nesse momento, encontra alguns percalços, em decorrência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Governo Estadual do Ceará, através do Decreto Legislativo n.º 543, de 03/04/2020, bem como do Decreto n.º 33.575, de 05/05/2020, por conta da pandemia da COVID-19.

No caso, o que se vê é que o Governo do Estado Ceará impôs restrições de acesso e circulação em todo o Estado, causando limitações a serviços de transporte, hotelaria e alimentação, fato que dificulta a participação, nos pregões presenciais, de licitantes sediados em outras regiões.

Logo, a exigência da participação pessoal decorrente do Pregão Presencial, além de contrariar as regras de isolamento social, ao colocar em risco a saúde dos participantes e moradores do Município, também compromete o princípio da competitividade ou da ampliação da disputa na licitação.

Desse modo, em uma visão perfunctória, vislumbro possível irregularidade atinente a restrição da competitividade e da obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública Municipal, restando, assim, **configurada a fumaça do bom direito** face ao fundamento exposto.

Todavia, no tocante a alegação de “inexistência de orçamento detalhado, estudo ou avaliação de mercado”, não vislumbro elementos nestes autos que possam, de fato, aferir que a unidade gestora não realizou o orçamento com base em estudo ou avaliação de mercado.

Assim, acerca desse ponto, há a necessidade de uma análise mais apurada, devendo ser realizada a audiência dos responsáveis, com o respectivo envio de todo o procedimento licitatório, para só então, me manifestar.

7. Já no tocante ao **periculum in mora**, este também se afigura porque não há prazo hábil para aguardar a Decisão definitiva de mérito deste Tribunal, sob pena de consumir o dano, principalmente porque **a abertura do certame está prevista para 21/05/2020, às 09h00m**, segundo cópia do edital acostado ao processo, bem assim concretizar a licitação com evidência de viciada, apresentando-se como iminente o risco elencado, além do que a resposta em uma Decisão de mérito definitiva seria tardia e sem o remédio adequado para cessar a pretensa ameaça de lesão.

Demais disso, se for esperado o risco de concretizar a presente contratação, a eventual restituição do prejuízo certamente seria bem dificultosa, tardia e, ainda, de plausível prejuízo aos cofres públicos e à coletividade, porquanto já consumado os possíveis sobrecustos, perda da competitividade que não haverá mais como recuperá-la e voltar ao estágio ideal da Licitação, como mais outro elemento que reforça a configuração do *periculum in mora* e da urgência do provimento *inaudita altera pars* neste momento.

8. **ISSO POSTO**, por tudo acima exposto e por tudo mais que dos autos constam, admite-se a presente Denúncia, tendo em vista que presentes seus pressupostos de admissibilidade, e defiro o pleito cautelar, uma vez que estão preenchidos os requisitos ensejadores da medida em questão pelos motivos acima expostos, determinando a remessa dos autos à Secretaria para as providências a seguir:

a) **A Secretaria de Finanças do Município de Tianguá, representada pelo Sr. Luan Paixão Holanda (Secretário), ao Pregoeiro, Sr. Edson Cleiton Pereira Sousa, e quaisquer outros responsáveis que estejam à frente da presente Licitação em exame, promovam a imediata suspensão dos efeitos do Edital decorrente do Pregão Presencial nº 01/2020 - SEFIN, sob pena de, em caso de descumprimento da presente determinação, abertura de Processo, passível do julgamento das Contas como irregulares, 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 (dez) dias para que o Sr. Luan Paixão Holanda (Secretário de Finanças) e Sr. Edson Cleiton Pereira Sousa (Pregoeiro) demonstrem, junto a esta Corte de Contas, quais foram as providências adotadas visando o cumprimento da presente Decisão Cautelar, bem como apresentar manifestação acerca das possíveis irregularidades citadas no Certificado nº 108/2020 (seq. 15), oportunidade em que deverá ser disponibilizada cópia integral do procedimento licitatório.**

Fortaleza, 19 de maio de 2020.

Conselheira Soraia Thomaz Dias Victor
RELATORA