



Gabinete do Conselheiro Substituto MARCO ANTONIO DA SILVA

PROCESSO TC : 2266/2014
ASSUNTO : REPRESENTAÇÃO
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS
JURISDICIONADO : PREFEITURA MUNICIPAL DE IÚNA

DECISÃO MONOCRÁTICA PRELIMINAR
DECM 417/2014

Tratam os presentes autos de **REPRESENTAÇÃO**, apresentada pelo Ministério Público Especial de Contas, perante este Egrégio Tribunal de Contas, na data de 08/04/2014, com pedido de provimento cautelar, em que busca a **SUSPENSÃO** do procedimento licitatório, **referente ao Edital de Pregão Eletrônico nº 024/2014**, com data de abertura em 07/04/2014, às **09:00 horas**, promovido pela Prefeitura Municipal de Iúna, cujo objeto visa a formar Registro de Preços de gêneros alimentícios, cesta básica e produtos descartáveis para eventos.

Argumenta o douto representante do *Parquet* de Contas que o referido Pregão contempla, no item 12 do edital supramencionado, a obrigatoriedade de amostra dos produtos para alguns lotes a todos os licitantes interessados.

Assevera que a irregularidade decorre do prazo antecipado para apresentação das amostras, qual seja, até o dia 27/03/2014, sendo que a abertura dos envelopes foi prevista para a data de 07/04/2014, o que permite os servidores do Órgão licitante o prévio conhecimento do universo de concorrentes.

A fim de provar o alegado, o douto Representante fez juntar aos autos documentação, às fls. 07/67, constando o Edital Pregão Eletrônico nº 024/2014 com seus anexos.

Em sede de cognição sumária, pretende o douto Representante do *Parquet* a concessão de medida cautelar para que se proceda à suspensão do procedimento licitatório, em apreço, face aos vícios apontados no certame.

É o Relatório.

DECIDO.



1. DA MEDIDA CAUTELAR:

Acerca do tema cautelar, a Lei Complementar nº 621/2012, em seus artigos 108 e 124 estabelecem, *verbis*:

Art. 108. O Tribunal poderá suspender, de ofício ou a pedido, inclusive em caráter cautelar, o procedimento licitatório, caso sejam constatadas irregularidades ou ilegalidades, observando-se, no que couber, o disposto nos artigos 100 e 101 e no Título V desta Lei Complementar.

[...]

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno. - grifei e negritei.

No caso em apreço, face as suposta ilegalidades apontadas pelo representante, que alega irregularidade no procedimento licitatório, promovido pelo município de Lúna, em razão da potencial ilicitude contida o edital em apreço, entendo que a presente representação se mostra cabível, uma vez, atendido o requisito de legitimidade, também demonstrado o interesse de agir e a necessidade de atuação desta Corte de Contas.

2. DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR:

Os requisitos que autorizam a medida de urgência são denominados pela doutrina como *fumus boni juris*, que é a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretende a medida, e o *periculum in mora*, onde se deve observar um dano potencial, um risco que decorre da delonga do processo, sob pena de se tornar inútil o interesse demonstrado pela parte interessada.

In casu, efetivamente, tenho que resta demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, em especial pelo fato de que a apresentação prévia de amostras de produtos por parte dos pretensos licitantes sem dúvida viola o caráter competitivo do certame, uma vez que permite ao Administrador Público o conhecimento antecipado do número exato de licitantes.

Soma-se a isto, o *periculum in mora*, consubstanciado, aqui, no fato de que a não suspensão do prosseguimento do processo licitatório, se não for concedido de imediato, possivelmente até o final da apreciação do presente processo, vez demanda uma análise mais aprofundada dos fatos, inclusive pela



equipe técnica desta Corte de Contas, sem dúvida poderá acarretar severos prejuízos para a administração pública, tendo em vista a grande dimensão do objeto licitatório, já mencionado, além, dos indícios de irregularidade no certame.

Dessa forma, mostra-se indispensável à concessão de provimento liminar, *inaudita altera parte*, a fim de que o município de Lúna, **suspenda o andamento do processo licitatório, referente ao Pregão Eletrônico nº 024/2014**, até posterior provimento espedido por este Egrégio Tribunal de Contas.

3. DA MEDIDA CONCEDIDA:

É de se registrar que a natureza das medidas cautelares é de provisoriedade, até que sejam ultimadas ações que garantam o resultado do processo, preservando-se a utilidade do processo para o provimento final.

Sua aplicação pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo está prevista no Art. 124 da Lei Complementar nº 621/2012 e decorre **de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito a ser proferida por este Tribunal.**

O substrato jurídico que autoriza a medida de urgência está relacionado aos requisitos que a doutrina denomina como *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, como já afirmado, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento.

No caso em comento, é possível extrair do relato presente na representação, bem como da documentação acostada nos autos, que o procedimento licitatório, em apreço, não atendeu os ditames da lei de regência, no que se refere à igualdade na competição no certame.

A exigência contida no Edital em apreço, acerca da **apresentação prévia de amostras de produtos por parte dos pretensos licitantes é medida que afronta os ditames das normas Constitucionais e infraconstitucionais, que visam lisura nos procedimentos licitatórios.**

Neste diapasão, a Lei nº 10.520/2002, em seu art. 4º, inciso XI, assim dispõe:

Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade; - grifei e negritei



A Constituição Federal, nos termos do artigo 37, inciso XXI, assegura aos participantes do certame, a igualdade de condições para concorrência, *verbis*:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Sobre o assunto é pacífico o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, que decidiu no seguinte sentido, *litteris*:

[...]

A exigência de apresentação de amostras, em pregão presencial, é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.

Representação formulada por empresa apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, realizado pela Secretaria Municipal da Educação de São Paulo, com aporte de recursos federais. O certame, que estava na iminência de ser realizado, tem por objeto a aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado. Entre outros indícios de irregularidades, como a realização de pregão presencial em vez da forma eletrônica e ausência de especificação de quantitativos, a autora da representação deu notícia sobre a "Exigência de amostras de todas as licitantes". Quanto a esse quesito do edital, a unidade técnica informou que **"A jurisprudência consolidada do TCU é no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório"**. - grifei e negritei

Na mesma vertente, decidiu o Tribunal de Contas da União, através da sua 1ª Câmara, nos termos do Acórdão nº 4278/2009, exarado nos autos do Processo TC - 019.425/2007-3, *verbis*:

[...]



Limite-se a inserir exigência da apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos, na fase de classificação das propostas, apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar e desde que, de forma previamente disciplinada e detalhada, no instrumento convocatório, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.666/93; - grifei e negritei

Segue no mesmo entendimento o Acórdão 3.130/2007, da 1ª Câmara do TCU, exarado nos autos do Processo nº 007.711/2002-0, que assim decidiu, *in verbis*:

[...]

A propósito, calha transcrever trecho do Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues no TC 001.103/2001-0, condutor do Acórdão n. 1.237/2002 - TCU - Plenário, que bem ilustra esse posicionamento do Tribunal:

"A exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável, porquanto imporia ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes.

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração. – grifei e negritei

O mesmo posicionamento é adotado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que já se manifestou sobre o assunto nos autos da Representação nº 714.212, vejamos:

[...]

“De acordo com o referido estudo, **foram observados indícios de irregularidades quanto à exigência de atestado de visita técnica e de apresentação de amostra na fase de habilitação;** quanto à reunião de obras de quatro escolas no mesmo objeto; quanto ao não estabelecimento de requisitos para se aferir a qualidade da cerâmica a ser fornecida; bem como quanto ao fato de não constar nos autos o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários por escola (relatório de fls. 65 a 77). Desse modo, sendo certo que há sérios indícios de afronta à Lei n.º 8.666/93 e aos princípios norteadores da licitação, quais sejam, isonomia e seleção da proposta mais vantajosa para a administração, apresentam-se preenchidas as condições estabelecidas no § 1º, do art. 221 do RITCMG, suficientes para determinar a suspensão do certame. [...] (Liminar concedida pelo Relator Conselheiro Antônio Carlos Andrada e referendada pela Segunda Câmara na sessão de julgamento do dia 08/08/2006).” – grifei e negritei



Na mesma vertente, caminha a doutrina majoritária, que nos ensinamentos do jurista Marçal Justen Filho, na obra Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 5ª ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nos 3.555/00 e 5.450/05, aborda o tema com propriedade, vejamos:

“Tornou-se pacífico o entendimento de ser vedada a apresentação de amostras por todos os licitantes. Essa solução infringe o princípio da proporcionalidade-necessidade, eis que somente se produz a análise da amostra apresentada pelo licitante que tenha formulado o lance de menor valor. Submeter todos os demais licitantes a apresentar amostras equivale a generalizar um encargo econômico inútil – o qual se traduz num desincentivo à participação na licitação.” – grifei e negritei

Desse modo, a modalidade Pregão, que por sua natureza, trás a peculiaridade da inversão das etapas, sendo o julgamento das propostas antes da análise dos documentos referentes à habilitação, ao ver deste Relator é vedada a exigência de apresentação de amostras ou protótipos antes da fase de lances.

Neste tocante, a apresentação de amostras, somente deve ser exigida ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, quanto ao valor e objeto, quando caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da aceitabilidade do objeto ofertado.

Assim, conclui-se que a exigência de apresentação prévia de amostras, ou seja, antes da fase de lances na modalidade de Leilão Público, certamente onera a participação dos participantes, o que desestimula a presença de potenciais licitantes.

Desta feita, ainda que de uma análise superficial as margens do processo, vislumbra-se a presença de fortes indícios de irregularidades no procedimento licitatório, promovido pelo município de Lúna.

Assim, por tudo que até então consta nos autos, tenho que o referido procedimento licitatório encontra-se eivado de vícios, em afronta ao princípio da legalidade, eis aí, então, a constatação do ***fumus boni juris***, presente na pretensão aduzida.

Igualmente, entendo que também está presente o requisito do ***periculum in mora***, pois como já dito anteriormente, dada a delonga do processo, que por sua vez demanda uma análise mais aprofundada dos fatos, inclusive pela equipe técnica desta Corte de Contas, sem dúvidas poderá acarretar prejuízos para a administração pública, tendo em vista os fortes indícios de irregularidade constante no certame, o que impõe o reconhecimento do presente requisito autorizador da concessão da medida.



Por fim, o Excelso Pretório já firmou entendimento quanto à possibilidade de concessão das medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, vez que se mostra atividade intrínseca à consecução da competência constitucionalmente estabelecida aos tribunais de contas.

Desse modo, **RECEBO** a presente **REPRESENTAÇÃO, CONHECENDO-A e CONCEDENDO o provimento cautelar, inaudita altera parte**, a fim de prevenir a ocorrência de dano ao erário público e a terceiros, em face dos indícios de ilegalidade presentes no procedimento licitatório, referente ao Pregão Eletrônico nº 024/2014, na forma revista no art. 1ª, XV da Lei Complementar nº 621/2012, para com isso **DETERMINAR** o município de lúna, através do Prefeito Municipal, **Sr. Rogério Cruz Silva**, que assim proceda:

a) **SUSPENDA** a **HOMOLOGAÇÃO** do processo licitatório referente ao Pregão Eletrônico nº 024/2014, e se já o fez, **DETERMINO** a **SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO CONTRATUAL**, até posterior decisão a ser comunicada por este Egrégio Tribunal de Contas;

b) **DÊ** publicidade quanto à suspensão da homologação do Pregão Eletrônico nº 024/2014, para fins de conhecimento dos interessados.

Por fim, **DETERMINO**, com base no art. 125, § 4º da Lei Complementar 621/2012, a **NOTIFICAÇÃO** do **Sr. Rogério Cruz Silva**, Prefeito Municipal de lúna, bem como a **Sra. Jennifer Martins Bonfante e da Pregoeira**, Secretaria de Gestão e a **Sra. Maria Rosilélia Alves Carvalho**, responsável pelo Pregão Eletrônico nº 024/2014, para que no prazo **de 05 (cinco)** dias, apresente cópia do processo administrativo relativo ao pregão em referencia, bem como outros documentos e justificativas pertinentes, encaminhando-lhes cópia da presente representação.

À **Secretaria Geral das Sessões** para comunicação urgente mediante *fax-símile*, ou outro instrumento eletrônico, promovendo-se todos os demais impulsos necessários, dando-se também **ciência** ao Representante do **Ministério Público Especial de Contas** acerca do teor desta decisão.

Após, remetam os presentes autos à área técnica desta Corte para instrução regular.

Em 07 de maio de 2014.

MARCO ANTONIO DA SILVA
Conselheiro Substituto