



Decisão 00608/2020-9 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 02102/2020-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMLT - Prefeitura Municipal de Laranja da Terra

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI

Responsável: JOSAFÁ STORCH, PAULO CESAR PALACIO

Procuradores: EPAMINONDAS ALVES FERREIRA JUNIOR (OAB: 387560-SP), FELIPE FAGUNDES DE SOUZA (OAB: 380278-SP), HENRIQUE JOSE DA SILVA (OAB: 376668-SP)

FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE LARANJA DA TERRA – INDEFERIMENTO DE MEDIDA CAUCELAR – SEGUIR RITO ORDINÁRIO – CIENTIFICAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1- DO RELATÓRIO

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada pela empresa **LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI**, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face da Prefeitura Municipal de Laranja da Terra, questionando irregularidades no **Pregão Presencial 005/2020**, cujo objeto é a contratação de empresa especializada no gerenciamento de transações comerciais om rede de empresas credenciadas, objetivando a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, compreendendo a realização de orçamento de materiais e serviços especializados de manutenção, para atendimento da frota de veículos e equipamentos operacionais do Fundo Municipal de Saúde.

A representante, em síntese, alega que suspender o certame, por conta da Pandemia que enfrentamos, seria uma medida que prevalece à competição, pois muitas empresas não participariam do certame por conta das dificuldades de locomoção no cenário atual, além de levar em conta o risco de contágio dos seus prepostos.

Alega ainda que o edital contém algumas irregularidades que podem macular a competição, a primeira seria em relação a algumas exigências, desnecessárias, tais como a exigência de atestado técnico registrado no CRA, criando um excesso de formalismo ao certame.

Seguindo as irregularidades, a segunda seria a exigência no edital de que os estabelecimentos credenciados devem possuir diplomas expedidos pelo SENAI, ASE ou SINDIREPA, sem qualquer motivação ou fundamentação que justificasse tal exigência.

Alega que o edital é omissivo em relação ao balanço e atualização financeira, o que poderia expor a Administração Pública à risco desnecessário. Não bastando, informa que a multa estipulada no edital é excessiva, haja vista o tipo de contratação que se busca.

Por fim, informa que o instrumento convocatório contém um texto confuso, que pode influir negativamente na apresentação de propostas pelos eventuais players que participem, vez que admite como taxa máxima 0 importe de 1,83%, o que não há nenhum óbice, no entanto, em sequência afirma que o percentual de desconto deve ser igual ou inferior a 1,83%, ou seja, exige-se uma taxa de -1,83%, no mínimo, mas por outro lado estabelece uma taxa máxima de 1,83%, que não é de desconto, ou seja, é positiva.

Por fim, requer em caráter cautelar o seguinte, *litteris*:

Pelo que ora exposto, requer a Vossa Excelência que se digne a:

- a) Receber a matéria desta denúncia com suspensão liminar do procedimento licitatório em epígrafe no estado em que se encontra, dada a situação de calamidade pública que estamos enfrentando e as ilegalidades descritas nessa peça;
- b) Proceder a notificação da Autoridade Administrativa, tempestivamente, no endereço: R. Luís Obermuller Filho, 85 —Centro, Laranja da Terra — ES, 29615—000
- c) Seja retificado o edital suprimindo as exigências de suprimem a competição e a obtenção da melhor proposta para a Administração, relacionadas no teor desta peça;

Ch/RC

d) Publique—se novo edital, trazendo as correções materiais necessárias, após a normalização da pandemia.

Por meio da Decisão Monocrática 321/2020-6, acolhi a Representação e determinei a notificação do Sr. Josafá Storch – Prefeito Municipal de Laranja da Terra – e do Sr. Paulo César Palácio – Pregoeiro -, para que, após ciência da Representação, se manifestassem sobre as irregularidades apontadas.

Em resposta às notificações, apesar de intempestiva, o Procurador Geral do município se limitou a informar que o certame se encontra suspenso para análise da impugnação apresentada pela empresa junto à municipalidade, tratando dos mesmos questionamentos da representação. Trouxe aos autos, ainda, peças do processo administrativo (0411/2020) da contratação (Eventos 19/21).

Em seguida foram os autos encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, para instruir nos termos regimentais, sendo elaborada a Manifestação Técnica de Cautelar 24/2020, na qual apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

5 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante ao exposto, submeto a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

5.1 - Seja indeferido o pleito cautelar, uma vez ausentes os pressupostos para a sua concessão, constantes dos incisos I e II do art. 376 da Resolução TC nº 261/2013;

5.2 - Determinar que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES.

5.3 - Nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES a determinação de oitiva da parte para que se pronuncie, principalmente, quanto aos indícios de má-fé;

5.4 - Seja dada ciência ao representante do teor da decisão a ser proferida, conforme mandamento do § 7º, do art. 307, da Resolução TC 261/2013;

5.5 - Seja dada ciência a Prefeitura Municipal de Laranja da Terra, sobre falha/impropriedade identificada no Edital de Pregão Presencial nº 05/2020 no sentido de que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outra semelhante, no tocante a ausência de expressa disposição no edital/contrato de critérios de atualização monetária a ser aplicado em casos de se incorrer em atrasos no pagamento;

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Ch/RC

2.1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Cumpra mencionar que a representação foi conhecida pela **Decisão Monocrática 00321/2020**, por cumprimento dos artigos 184 e 177 c/c 186 do RITCEES..

2.2. DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR E DA FUNDAMENTAÇÃO

Acerca do tema cautelar, a Lei Complementar Estadual 621/2012, em seu artigo 124 estabelece, *verbis*:

[...]

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. – g.n.

Outrossim, o Regimento Interno desta Corte de Contas, Resolução TC 261/2013, tratando da competência do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, assim preceitua em seu artigo 1º, *verbis*:

[...]

Art. 1º **Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo**, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e da Constituição Estadual e na forma estabelecida na sua Lei Orgânica, **competete**:

XV - **expedir medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao Erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões**;

(...)

XXXV - **expedir medidas cautelares nos processos de sua competência**;
- g.n.

A área técnica entendeu da seguinte maneira:

2. DA ANÁLISE

Dentre as supostas irregularidades trazidas pela representante seria o fato de que o edital regulador do certame não estar exigindo, a título de qualificação econômico-financeira, a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis no intuito de se comprovar a boa situação financeira da empresa.

No seu entender, a omissão em relação à essa exigência seria uma violação ao princípio da legalidade, além de expor a Administração Pública a riscos e possíveis problemas à contratação.

Vê-se que o ponto nodal se refere à obrigatoriedade ou não de exigência em edital de documentação que comprove a qualificação econômico financeira das licitantes, mais especificamente, do balanço patrimonial e demonstrações contábeis, constante do inc. I do artigo 31 da Lei 8.666/93.

Todavia, são expressas as disposições da Lei nº 8.666/1993, no sentido de que a comprovação de boa situação financeira seja pautada pela objetividade, sendo admissível, para este fim, critérios não necessariamente cumulativos e restritivos. Senão vejamos:

Art.31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e §1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório (...)"

Portanto, o artigo 31 da Lei nº 8.666/1993 ao elencar a documentação que poderá ser exigida a título de qualificação econômico-financeira, não impôs ao órgão/ente licitante o esgotamento de todas as exigências, o que, por outro lado, não exige a Administração Pública de eleger ao menos um dos três requisitos ali prescritos, para fins de habilitação, o que, *in casu*, restou cumprida por meio da exigência de apresentação da Certidão Negativa de falência ou Recuperação Judicial pela licitante, conforme item 9.1.4 do Edital.

Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme transcrição abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI 8666/93. NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o

Ch/RC

cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (art. 31, inc. I), para fins de habilitação.

2. "In casu", a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital.

3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93.

4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes.

5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação.

6. Recurso improvido. (Resp 402711/SP.).

Do exposto, entende-se que a Administração, nas contratações de serviços, tem a faculdade de, observados os documentos exigíveis para habilitação econômico-financeira, requerer somente aqueles que possam demonstrar a efetiva capacidade de o licitante executar o objeto contratado; ademais, a exigência de garantia contratual, prevista no Item 13.9 do Edital em apreço, também se presta a assegurar a execução do contrato, em caso de eventual inadimplemento por parte da Contratada. Assim, **não restou demonstrada a irregularidade afirmada pela empresa representante**, de modo a fundamentar qualquer medida cautelar por parte desta Corte de Contas.

Outra questão trazida aos autos pela representante, é quanto à exigência de atestados, a título de qualificação técnica, em nome da empresa devidamente registrado no Conselho Regional de Administração – CRA, de que executa ou executou os serviços compatíveis ao objeto licitado, o que, no seu entender, comprometeria o caráter competitivo da licitação, afrontando ao artigo 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93.

Nesse ponto, como bem afirma o próprio representante, o art. 30 da Lei 8.666/1993 permite o registro dos atestados de capacidade técnica junto ao CRA, facultando ao órgão sua exigência.

Percebe-se que a questão sob análise passa pelas normas inscritas na Lei nº 8666/93, a já mencionada Lei de Licitações, na Lei nº 4.769/65 que regula a profissão de Administrador e na Lei nº 6.839/80, que dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões.

Ademais, o Egrégio Tribunal de Contas da União possui posicionamento sedimentado no sentido de que somente nos casos em que a atividade fim das empresas licitantes esteja diretamente relacionada às funções de administrador é que esse tipo de exigência editalícia de registro junto ao CRA se mostraria pertinente (Acórdãos 2.283/2011-Plenário e 4.608/2015-Primeira Câmara).

Ou seja, no que toca à exigência de registro no Conselho de Administração, a Lei 6839/80 estabelece que o registro de empresas nos respectivos conselhos profissionais deve se dar com fundamento na atividade básica pela qual o serviço é prestado.

No caso em tela, vislumbra-se que a natureza do edital do certame cujo objeto a ser contratado é a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva e de peças, a ser prestado por meio de empresa especializada no gerenciamento de transações comerciais, isto é, a finalidade da contratação é a “prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva”, sendo a “empresa especializada no gerenciamento de transação” a forma como o serviço será fornecido, no que se entende haver pertinência entre o objeto

Ch/RC

contratado e o exercício de atividades de administração, como: credenciamento, treinamento, desenvolvimento, supervisão de recursos humanos, atribuídas privativamente àquela corporação pelo art. 2º da Lei nº 4.769/65 e sem se olvidar que, como qualquer empresa, existirá estrutura administrativa secundária organizada para a obtenção da atividade-fim.

Apesar dos serviços de gerenciamento serem prestados de forma remota, sem necessidade de prestação presencial, o serviço fim ao qual contrato se objetiva é prestado presencialmente nos estabelecimentos da rede credenciada, responsabilizando-se a empresa de gestão contratada por sua execução.

Vale ainda destacar a Resolução Normativa nº 390, de 30 de setembro de 2010 do Conselho Federal de Administração – CFA, que prescreve: “Art. 30 Serão obrigatoriamente registradas nos CRAs as Pessoas Jurídicas (PJ) de direito público e privado que explorem, sob qualquer forma, atividades de Administrador.”

Especificamente sobre os serviços terceirizados, o CFA, no Acórdão nº 01/97 – Plenário, acabou por “julgar obrigatório o registro das empresas prestadoras de serviços terceirizados (limpeza e conservação, segurança e vigilância, copeiragem e outros), cuja execução requer o fornecimento de mão de obra, nos Conselhos Regionais de Administração, por ficar caracterizadas atividades típicas do profissional Administrador, tais como: recrutamento, seleção, admissão, treinamento, desenvolvimento, movimentação e supervisão de recursos humanos”. (Grifamos.)

Neste sentido, não resta caracterizado na exigência do item 9.1.5, letras “a” e “b” do Edital de Pregão Presencial em apreço, cerceamento à ampla concorrência do certame, nem tampouco, abusiva a exigência de registro secundário no CRA/ES, para empresa adjudicada vencedora, quando seu registro principal for de outra unidade federativa, uma vez que, independentemente de ser prestado de forma pessoal ou remotamente, o gerenciamento visa a prestação de serviço no Espírito Santo, jurisdição do CRA/ES, ou seja, **o fato narrado não se constitui numa irregularidade.**

No tocante à exigência no edital de que os estabelecimentos credenciados possuam profissionais com diploma/certificado emitido pelo Senai, ASE, Sindirepa ou outras afins, é de se esclarecer que o representante participou de licitação no município de Itaguaçu, para o mesmo objeto, sagrando-se vencedor do certame, sendo contratado pela municipalidade, conforme Contrato nº 099/2019 vigente, na qual se afigurou a mesma exigência, conforme se extrai do item 2.7, subitem 2.7.2 do Contrato que dispõe: “Os serviços a serem prestados pelas credenciadas deverão ser realizados preferencialmente com profissionais que detenham certificado ou diploma de participação em curso de aprendizagem profissional promovido por entidades reconhecidas oficialmente, como: SENAI, ASE, SINDIREPA e outras afins”. (Fl 32 do evento 19).

Ora, se para a contratação com o município de Itaguaçu tal exigência não cerceou sua participação, nem tampouco obstaculizou a celebração do contrato com aquele ente, porque nesse momento tornou-se motivo de questionamento? Portanto, denota-se na atitude o caráter procrastinatório da representação, em razão do histórico de participações em processos licitatórios semelhantes, com exigência idêntica atendida pela representante.

Dessa forma, **conclui-se pela improcedência dos argumentos apontados na representação.**

A representante questiona ainda, a previsão no edital de multa administrativa de até 15% incidente sobre o valor da proposta, para atrasos na entrega do objeto ou da assinatura do contrato, na sua visão abusiva e excessiva, conforme item 16.1.2 do Edital:

16.1.2 - Multa de 1% (um por cento) por dia, limitado a 15%(quinze por cento), incidente sobre o valor da proposta apresentada, pelo atraso no prazo

Ch/RC

de entrega da mercadoria, pelo não cumprimento do prazo de assinatura do contrato, pela não retirada da Ordem de Fornecimento ou pela recusa em entregar os bens objeto desta licitação, calculada pela fórmula:

$$M = 0,01 \times C \times D$$

onde:

M = valor da multa

C = valor da obrigação

D = número de dias em atraso

16.1.3 - Para os efeitos do art. 7º da Lei nº 10.520/02, a não observância das normas contidas neste edital e nos termos estabelecidos no contrato, estará sujeito a penalidade de multa cominatória de 5% (cinco por cento), limitado a 15 % (quinze por cento), incidente sobre o valor total da proposta apresentada.

A Lei 8.666/93 (art. 86¹ e 87²) confirma a prerrogativa dos órgãos públicos de aplicar sanções sempre que observadas inexecuções contratuais. Tais multas possuem o embasamento, respectivamente, no descumprimento de prazo contratual (multa moratória) ou pelo descumprimento de obrigação contratual (multa compensatória). Contudo, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública.

Acerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles que “a aplicação de penalidades contratuais é outra prerrogativa da Administração na execução de seus ajustes (art. 58, IV). Enquanto nos contratos privados nenhuma das partes pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes”.

Isso porque a supremacia do interesse público sobre o interesse particular tem o condão de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, bem assim, tem caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos. Contudo, as multas, não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional tendo como fim específico resguardar o patrimônio público.

O art. 412 do Código Civil reza que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação legal. As penalidades admitidas em contratos podem ser do tipo moratória ou compensatória, onde a primeira é devida em caso de inadimplemento contratual por mora (atraso) no cumprimento das obrigações e a segunda relativa ao inadimplemento capaz de gerar rescisão parcial ou total do contrato celebrado.

É importante aludir que o arcabouço jurídico entende cláusula penal como sendo a penalidade compensatória que decorre inadimplemento insuportável passível de rescisão contratual (parcial ou total), quando o seu limitador será a obrigação contratual.

A fundamentação do representante relativamente às penalidades moratórias superiores a 10% não encontra respaldo na Lei de Licitações, nem na Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 07/04/1933), cuja principal preocupação é não gerar ônus excessivo e consequente desequilíbrio do contrato para o prestador do serviço em simples mora (atraso).

Nos itens questionados observa-se exatamente o caráter compensatório das sanções, ou seja, todas as hipóteses previstas, referem-se à possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela administração. Nesse ponto, vale ressaltar que a o limite das multas seria o valor da proposta/contrato.

Por fim, no edital e no contrato encontram-se explicitadas todas as condições que devem ser cumpridas, bem como para a aplicação da multa, não cabendo alegar, principalmente nos itens questionados, qualquer desproporcionalidade já que se trata, genericamente, de pontos de inadimplemento ou inexecução parcial ou total.

¹ Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

² Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

Acórdão: 536/2011 – Plenário

Devem ser previstas claramente no edital da licitação, e no contrato decorrente, as situações que ensejarão a aplicação de sanções e a respectiva gradação, de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada.

Ressalta-se, ainda, o entendimento da AGU sobre o tema:

"Sanções contratuais. Multas. Natureza jurídica de cláusula penal. Valores máximos. Ausência de teto fixado no Decreto nº 22.626/1933 - Lei da Usura - ou MP nº 2.172-32/2001. Observância do limite previsto no art. 412 do Código Civil. Recomendação de percentual flexível.

As multas - cláusulas penais - previstas em contrato administrativo não se submetem ao Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, conhecido como Lei da Usura, pois este dispõe sobre os juros nos contratos e outras providências, não se aplicando às penalidades administrativas decorrentes de descumprimentos contratuais.

Da mesma forma, a Medida Provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, não limita valores máximos para a aplicação de penalidades em contratos de qualquer espécie. O art. 412 do Código Civil trata expressamente sobre matéria aplicável às penalidades administrativas: "O valor da cominação não pode ultrapassar o valor da obrigação principal."

Portanto, não existe no Código Civil qualquer disposição que estabeleça um valor, a não ser a de que a multa não pode exceder o valor da obrigação principal. Com base nisso, cabe ao Administrador avaliar, face ao valor da contratação, um percentual adequado ao montante dos prejuízos eventualmente causados por culpa da Contratada.

(...)

Saliente-se que a aplicação de penalidades pela Administração insere-se na seara das prerrogativas determinadas pela Lei, objetivando resguardar o interesse público contra descumprimentos contratuais, que onerem os cofres públicos com serviços imperfeitos ou imprestáveis. PARECER Nº AGU/CGU/NAJ/MG-0541/2009-CML."

Pelo exposto, **conclui-se serem improcedentes os argumentos trazidos pelo representante sobre esse ponto.**

No tocante à taxa de desconto/administração para a formulação das propostas, afirma o representante que o edital apresenta redação confusa, pois que o edital menciona taxa máxima admitida de 1,83%; em outro momento desconto igual ou inferior a 1,83%, o que, na sua visão, não estariam claras o suficiente para a elaboração da proposta.

De início cumpre ressaltar que o edital de Pregão Presencial 05/2020 estabeleceu como critério de julgamento e classificação das propostas o *menor preço por lote considerando a menor taxa de administração*, conforme item 10.3 do edital.

Estabeleceu o edital, ainda, no item 8, subitem 8.1, letra "b" que na proposta deveria conter de forma separada o PREÇO TOTAL ESTIMADO e a TAXA DE DESCONTO, sendo aceito a apresentação de TAXA NEGATIVA DE ADMINISTRAÇÃO.

No item 8.3 firmou que seriam desclassificadas as propostas que apresentassem taxa superior à taxa máxima admitida (1,83%).

Ainda, no Anexo I do edital que trata do Termo de Referência, consta:

2 - DAS CONDIÇÕES GERAIS PARA A PARTICIPAÇÃO

2.7 - assinada por seu representante legal, sem emendas, rasuras ou entrelinhas, devendo conter as seguintes informações:

a) Discriminação do objeto ofertado conforme especificações e condições previstas no Anexo I;

b) A proposta de preço deverá indicar a taxa percentual (%) de desconto com no máximo 02 (duas) casas decimais. O percentual de desconto exigido na apresentação da proposta deverá ser igual ou inferior a 1,83% (um virgula oitenta e três por cento). (...)

Ora, depreende-se da leitura das disposições/condições que o edital é claro ao estabelecer como critério de classificação das propostas o menor preço/menor taxa de administração, estipulando ainda, que a taxa máxima admitida seria de 1,83%, não se admitindo propostas acima do teto máximo estipulado.

Tanto o edital quanto o termo de referência deixam claros, também, que seriam admitidas propostas com taxa negativa, e complementa que o percentual de desconto ou a taxa percentual de desconto a ser oferecida deverá ser igual ou inferior a 1,83%, nunca acima, em razão do teto máximo estipulado no edital.

Portanto, **os questionamentos trazidos na representação não procedem**, posto que as condições estabelecidas no edital e termo de referência estão descritas de forma satisfatória e ao alcance da compreensão dos licitantes para a formulação das propostas, que inclusive estão, demasiadamente, acostumados às terminologias usuais dos certames para esse seguimento de contratação.

O que se vislumbra no questionamento é a prática de atitude manifestamente procrastinatória que deve ser, de pronto, rechaçada, pois que não demonstram o mínimo de plausibilidade de modo a justificar o seu acolhimento.

Outra questão trazida na representação se refere à ausência de cláusula de atualização ou correção monetária dos valores devidos à Contratada.

Compulsando os termos do edital e seus anexos, consta do Anexo V os termos do Contrato Administrativo, e na sua cláusula nona, tratando do faturamento e pagamento, dispõe que:

(...)

9.7 - O pagamento será efetuado em até 30 (trinta) dias corridos, a contar da apresentação da respectiva Nota Fiscal/Fatura, que deverá ser devidamente atestada pelo fiscal de cada Órgão;

9.8 - Se houver alguma incorreção na Nota Fiscal/Fatura, a mesma será devolvida a CONTRATADA para correção, ficando estabelecido que o prazo de pagamento será contado a partir da data de apresentação da nova Nota Fiscal/Fatura, sem qualquer ônus ou correção a ser paga pelo CONTRATANTE; (grifo nosso)

Embora não conste explicitamente no edital a forma como se daria a correção monetária dos valores a serem pagos, a previsão de atualização encontra-se prevista no contrato, mesmo que implicitamente, a teor do que consta do item 9.8, que estabelece que eventuais atrasos de pagamento decorrentes de incorreções de nota fiscal não estariam sujeitos à ônus ou correção/atualização por parte do Contratante, o que pressupõe que eventuais atrasos fora desse contexto estariam abarcadas pelas atualizações financeiras devidas.

Importa esclarecer que a atualização financeira dos valores devidos à contratada é um direito líquido e certo, protegida por comando constitucional (art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988), em razão dos princípios reguladores da Administração Pública que devem ser seguidos à risca pelos agentes públicos, e assim trazendo a garantia constitucional da manutenção das condições efetivas da proposta, dentre elas, a devida atualização monetária.

É de se ressaltar, contudo, que a ausência de expressa disposição no edital/contrato dos critérios de atualização monetária a ser aplicado em caso de se incorrer em atrasos no pagamento, pode expor a administração a eventuais questionamentos litigiosos. **Desta forma, propõe-se dar ciência à representada para que preveja nos seus editais/contratos critérios de atualização monetária.**

Por fim, suscita, o representante, questão atinente ao momento de pandemia e de calamidade pública sanitária vividos pelo Brasil, argumentando que, a prevalecer o entendimento de manutenção da realização do certame, poderia haver comprometimento da competitividade e, conseqüentemente, da obtenção da melhor proposta, imposta pela dificuldade de locomoção de pessoas e os riscos de contágios.

Em suas considerações afirma ainda: *“Até porque, o momento em que vivemos, claramente é um momento de calamidade pública, o que se fosse o caso justificaria a contratação direta, para a prestação do serviço público pela Administração, naquelas situações inadiáveis, como saúde e segurança, (...)”*.

E continua: *“Embora em tempos normais, a contratação direta não seja aceita, devemos observar que estamos vivenciando uma situação anormal, portanto o requisito “calamidade pública” para a contratação direta está indiscutivelmente preenchido e uma contratação assim estaria plenamente justificada”* (fls.9/10 – Evento 02 dos autos).

De início, é de se esclarecer que o processo da referida contratação, conforme protocolo sob o nº 0411/2020, iniciou-se em 28 de janeiro do corrente ano, quando, ainda, nem havia indicativos de circulação do vírus no Brasil. Dessa forma, o processo seguiu a tramitação interna de praxe, com a publicação dos avisos no Diário Oficial do Estado e no jornal a Tribunal em 07/04, para abertura em 24/04/2020, estando suspenso até o momento, conforme informação no sitio da Prefeitura³.

É de se reconhecer que com o advento do regime de quarentena e da divulgação das primeiras medidas de enfrentamento da emergência decretada pelo Estado do Espírito Santo, em 12/03/2020 (Decreto Estadual nº 4.626-R), as cidades passaram a incorporar e adaptar à sua realidade, as orientações de contenção do vírus, com limitações e restrições de circulação e acessos públicos, preservando, contudo, o funcionamento da máquina essencial ao atendimento do interesse da Administração.

No município de Laranja da Terra não foi diferente. Foram instituídos o Decreto Municipal nº 1.021 de 24/03/2020 e o Decreto nº 1.067 de 11/04/2020 de implementação das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública.

Ainda, de acordo com o mapeamento de risco divulgado pelo Governo do Estado do Espírito Santo através da Portaria nº 080-R, de 09 de maio de 2020, o município de Laranja da Terra foi classificado no nível risco baixo. Com isso, o município passou a adotar medidas de flexibilização do funcionamento de estabelecimentos comerciais, templos religiosos, comércio ambulante e feiras livres.

Apesar de adotar o regime excepcional de jornada de trabalho remoto, o município manteve a jornada de trabalho presencial, mediante revezamento visando dar prosseguimento às atividades administrativas essenciais dos setores, como recebimento de documentos, prestação de informações internas, atendimento telefônico e por e-mail das demandas internas e externas, conforme de Decreto de Emergência do Município – Decreto nº 1021 de 24/03/2020.

No caso das licitações presenciais em curso, como do caso em questão, entende-se que, apesar as dificuldades impostas pelo momento, cabe a cada ente nas contratações públicas, avaliar, dentro do grau de necessidade concreta do objeto e da realidade vivenciada por cada um, decidir sobre os encaminhamentos e possibilidades cabíveis.

3

https://www.laranjadaterra.es.gov.br/licitacao?ano=&fkmodalidade=4&fksituacao=5&search=&vence_dor=

Especificamente sobre o Edital 05/2020, os licitantes poderão participar do certame com a entrega dos envelopes de habilitação e proposta mediante envio postal ou, por meio de protocolo físico.

Uma alternativa para ampla participação dos licitantes nas sessões públicas presenciais é a possibilidade de transmissão ao vivo do certame, exemplo de como é possível usar da tecnologia a favor do interesse público, mesmo porque, a realização de reuniões remotas é um dos procedimentos preventivos à disseminação do COVID-19 recomendados no Decreto Municipal nº 1021/2020, “Art.5º (...) III - a realização de reuniões por teleconferência ou videoconferência, exceto em situações essenciais;”

Ainda, é de bom alvitre que nas sessões em que os licitantes não estejam todos presentes, a comissão de licitação ou o pregoeiro devem publicar suas decisões das fases de habilitação e proposta, oportunizando vistas dos documentos aos licitantes, podendo, em caso de restrição de acesso público ao órgão, enviar aqueles, escaneados, via e-mail, para os participantes.

Sobre a contratação direta “sugerida” pelo representante para o caso em questão, em razão do momento emergencial, cumpre enfatizar que, apesar de decretos de situação emergencial editados por entes estaduais e municipais admitirem a possibilidade de contratações diretas com fundamento no art. 24, inc.IV, da Lei 8.666/93, esse tipo de contratação direta limita-se aos bens e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa, desta feita, o art. 4º, § 1º, da Lei 13.979/2020⁴, dispôs que a dispensa de licitação é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus.

Sobre contratações diretas, o entendimento do TCU no Acórdão nº 2.504/2016 – Plenário, é de que “a mera existência de decreto municipal caracterizando a situação do município como emergencial não é suficiente para enquadrar as contratações nos requisitos da Lei 8.666/1993 para dispensa de licitação”. Assim, é fundamental a motivação pela Administração de que a contratação por ela almejada se amolda exatamente na hipótese de dispensa.

3. DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Em análise aos autos, consta às fls. 3/19 – Evento 19 Termo de Referência, datado de 27/01/2020 para a contratação pelo município de Laranja da Terra dos serviços de gerenciamento, objeto do Pregão Presencial 05/2020. De sua análise e leitura se constata várias menções ao município de Itaguaçu, como as constante dos itens 1.15.1⁵ (fl. 12 do evento 19) e item 2.5⁶ (fl.13 do evento 19), o que é um forte indício de que o Edital do Pregão Presencial 05/2020 do município de Laranja da Terra tenha sido realizado à semelhança dos termos e condições do realizado pelo município de Itaguaçu, conforme, ainda, se percebe comparando os termos do Contrato 99/2019 firmado pela representante com o município de Itaguaçu (fls.28/37

⁴ Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

⁵ 1.15.1 — A CONTRATADA procederá às vistorias nas dependências dos estabelecimentos para emissões de relatórios da estrutura física e equipamentos visando o credenciamento ou não das oficinas e autopeças que prestarão serviços para o Município de Itaguaçu—ES;

⁶ 2.5 - As empresas poderão encaminhar à Prefeitura Municipal de Itaguaçu — ES seus envelopes via correios ou por outra forma de entrega, sob sua inteira responsabilidade, e desde que recebidos no protocolo da Prefeitura Municipal até o horário marcado para abertura da sessão pública, endereçados à CPL, não se fazendo representar no ato de abertura dos envelopes. Esta ausência não inabilitará a licitante, mas obstará a licitante de se manifestar e responder pela mesma no ato da(s) sessão(ões) de abertura e julgamento;

– Evento 19 e fls.1/6 do Evento 20) com os termos da minuta de contrato do Pregão Presencial em questão do município de Laranja da Terra (fls. 7/17 do Evento 21), na qual se constata serem praticamente idênticos.

Nesse contexto, vale ressaltar que a empresa LINK BENEFÍCIOS, representante sagrou-se vencedora, para o mesmo objeto, de certame no município de Itaguaçu, conforme Contrato nº 99/2019, utilizado pelo município de Laranja da Terra como referência para a formação do preço médio da contratação.

O que se pretende demonstrar a partir dessas constatações é que se para a contratação com o município de Itaguaçu, na qual o certame em suas exigências, termos e condições, se mostraram semelhantes às exigidas pelo município de Laranja da Terra no certame em questão, tenha sido objeto de Representação por parte da empresa LINK BENEFÍCIOS junto a este Tribunal de Contas. Se no município de Itaguaçu tais exigências não cerceou sua participação, nem tampouco obstruiu a celebração do contrato com aquele ente, porque nesse momento, então, decidiu apresentar peça representatória nesta Corte de Contas, com o objetivo de pleitear a suspensão do certame?

Sem mencionar que consta da representação as seguintes afirmações do representante: *“Até porque, o momento em que vivemos, claramente é um momento de calamidade pública, o que se fosse o caso justificaria a contratação direta, para a prestação do serviço público pela Administração, naquelas situações inadiáveis, como saúde e segurança, (...)”* - (fls. 9/10 – Evento 02).

E continua: *“Embora em tempos normais, a contratação direta não seja aceita, devemos observar que estamos vivenciando uma situação anormal, portanto o requisito “calamidade pública” para a contratação direta está indiscutivelmente preenchido e uma contratação assim estaria plenamente justificada”*.

Portanto, denota-se na atitude o caráter procrastinatório da representação em razão do histórico de participações em processos licitatórios semelhantes, com exigência idêntica atendida pela representante e ainda, indícios de litigância de má-fé, razão pela qual, sugere a notificação do representante para que se manifeste sobre o assunto em questão.

4 - CONCLUSÃO

Assim, conclui-se da análise que não foram trazidos aos autos elementos de convicção sobre a ocorrência de fatos de interesse público, nem se constatou presentes os pressupostos para o provimento cautelar pleiteado, dessa forma, não oferecendo oportunidade ao exercício da competência conferida a este Tribunal de Contas, motivo pelo qual opina-se pelos encaminhamentos que seguem.

Pois bem, conforme fundamentado na Manifestação Técnica acima, não há que se falar em procedência das irregularidades mencionadas na Representação, o único ponto que merece atenção refere-se à ausência de cláusula de atualização ou correção monetária dos valores devidos à Contratada, porém como fundamentado acima:

Embora não conste explicitamente no edital a forma como se daria a correção monetária dos valores a serem pagos, a previsão de atualização encontra-se prevista no contrato, mesmo que implicitamente, a teor do que consta do item 9.8, que estabelece que eventuais atrasos de pagamento decorrentes de incorreções de nota fiscal não estariam sujeitos à ônus ou correção/atualização por parte do Contratante, o que pressupõe que eventuais atrasos fora desse contexto estariam abarcadas pelos atualizações financeiras devidas.

Dessa forma, não estão presentes os requisitos autorizadores do deferimento da medida cautelar, razão pelo entendemos pela negativa de tal medida.

Por fim, quanto a sugestão da área técnica de notificar a Representante para que se manifeste sobre o item 3 da Manifestação Técnica (litigância de má-fé), penso que deva ficar para um segundo momento, após a instrução do feito.

3. DO DISPOSITIVO:

Por todo o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-0608/2020:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. INDEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, uma vez ausentes os pressupostos para a sua concessão, constantes dos incisos I e II do art. 376 da Resolução TC nº 261/2013, conforme fundamentação exposta acima.

1.2. DETERMINAR que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES.

1.3. CIENTIFICAR ao Representante o teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES; e a Prefeitura Municipal de Laranja da Terra, sobre falha/impropriedade identificada no Edital de Pregão Presencial nº 05/2020 no sentido de que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outra semelhante, no tocante a ausência de expressa disposição no

edital/contrato de critérios de atualização monetária a ser aplicado em casos de se incorrer em atrasos no pagamento.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 26/05/2020 - 5ª Sessão Extraordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente