



Decisão 00622/2020-9 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 02118/2020-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMG - Prefeitura Municipal de Guarapari

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI

Responsável: ALINE DIAS SILVA

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

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – SECRETARIA MUNICIPAL DE
ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS DE
GUARAPARI – PREGÃO ELETRÔNICO Nº 028/2020 –
SERVIÇO DE GERENCIAMENTO, CONTROLE E
INTERMEDIÇÃO NO FORNECIMENTO DE
COMBUSTÍVEIS – CAUTELAR - INDEFERIMENTO.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

1 RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo Link Card Administradora de Benefícios Eireli, em face da **Secretaria de Administração e Gestão de Recursos Humanos do Município de Guarapari** sob a responsabilidade da Sra. Aline Dias Silva, com PEDIDO DE SUSPENSÃO CAUTELAR do processo licitatório decorrente do Pregão Presencial nº 028/2020 cujo objeto trata da *contratação de empresa especializada na prestação de serviço de gerenciamento, controle e intermediação no fornecimento de combustíveis para atender a frota das unidades administrativas pertencentes ao município de Guarapari.*

SS/RC

Em apertada síntese, aduz na peça inicial que a empresa está com dificuldade de participar do certame devido à dificuldade de deslocamentos em razão da pandemia decorrente do coronavírus e em razão disso a competitividade do certame estará comprometida privilegiando empresas locais. Além disso a empresa ressalta duas inconsistências no edital, quais seja: a exigência de um preposto local e a exigência e pagamento em até 30 dias úteis e não em trinta dias corridos, o que diz que contraria a lei.

Por meio da Decisão Monocrática Preliminar DECM Nº 355/2020, antes de apreciar a medida cautelar pleiteada, decidi pela notificação da Sra Aline Dias Silva, responsável pela Secretaria de Administração e Gestão de Recursos Humanos do Município de Guarapari, para se manifestar a respeito do pedido de medida cautelar.

Após a notificação a gestora encaminhou a esta Corte sua Defesa/Justificativa 359/2020 acerca do pedido cautelar pleiteado, seguida de documentação de apoio (peças 13/14).

Ato contínuo, submetidos os autos ao NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, que emitiu a Manifestação Técnica de Cautelar 00027/2020 concluindo da seguinte forma:

DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Os requisitos para a concessão de medida cautelar estão expressos no artigo 376 do Regimento Interno do TCEES (aprovado pela Resolução 261/2013):

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Tais pressupostos são conhecidos como "*fumus boni juris*" (inciso I) e "*periculum in mora*" (inciso II), que devem ocorrer simultaneamente para haja concessão de uma medida cautelar por parte desta Corte.

Inicialmente, a representante aponta a necessidade de suspensão do certame em virtude da pandemia do Coronovírus, uma vez que, diante de tal cenário, a restrição de locomoção dificulta a locação de licitantes de um Estado para o outro, afetando o caráter competitivo do certame, direcionando os certames às empresas locais.

A empresa também alega a inviabilidade de envio de documentos por meio dos Correios, já que há expectativa de aumento de demanda, segundo o próprio presidente da estatal, e, portanto, não conseguirá realizar as entregas no prazo.

Quanto a este ponto, a autoridade notificada esclarece que o certame ocorrerá de forma eletrônica, assim, as recomendações de distanciamento social não afetaria em nada a participação dos interessados. Acrescenta que

outros certames foram realizados, com participação de licitantes de diversos Estados.

Analisando-se o edital do certame, verifica-se que a remessa de documentos, no que tange a proposta comercial e documentos de habilitação, serão feitos por meio eletrônico, conforme disposto, por exemplo, nos itens 12.1 “b”, 15.1 e 15.2 do edital, *in verbis*:

12 – DAS OBRIGAÇÕES DOS LICITANTES

12.1 – Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:

[...]

b) Remeter, no prazo de 24 horas VIA SISTEMA ELETRÔNICO a proposta readequada e quanto necessário, os documentos complementares;

15 – DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

15.1. Os licitantes deverão encaminhar proposta, **exclusivamente por meio do sistema eletrônico**, observando a data e o horário limite para o seu acolhimento, quanto, então, encerrar-se-á, automaticamente, a fase de recebimento de propostas.

15.2. Remeter, no prazo de 24 horas VIA SISTEMA DO BRANCO DO BRASIL os documentos de habilitação e a proposta readequada e quando necessário, os documentos complementares.

Diante da modalidade de licitação adotada, realizada por meio eletrônico, bem como as cláusulas editalícias que preveem a remessa de documentos via sistema, não se vislumbra a hipótese de que a atual pandemia restringiria o caráter competitivo de modo a frustrar a realização do certame, visto que, não há necessidade de deslocamento e estar presencialmente na sessão do certame, bem como não se observa restrição para a participação somente das empresas locais.

Cumprido ressaltar que o objeto a ser contratado pela Administração Municipal, não se demonstra, diante de uma breve análise dos autos disponíveis, ser uma demanda ligada diretamente a situação de pandemia vivenciada hoje.

Razão pela qual, não se pode afirmar que a realização de uma contratação direta, por meio de dispensa, como abordado pela representante, caberia neste caso. E ainda se fosse o caso, não se trata de uma imposição legal.

Ao se realizar um pregão eletrônico com vistas a suprir as suas necessidades, em detrimento da adoção de um procedimento de dispensa, demonstra o zelo pela contratação mais vantajosa para a administração, diante de um certame com a maior competitividade possível, dentre as modalidades disponíveis.

A representante ainda questiona a dificuldade de se formar a rede credenciada exigida, diante da dificuldade de locomoção dos credenciadores aos estabelecimentos. Apresenta também jurisprudência do Tribunal de Contas da União - TCU, onde se defende a impossibilidade de exigir a entrega da rede credenciada previamente.

A Secretária Municipal, não se justificou quanto a este ponto.

Ao se analisar o edital do certame, em seu Anexo – Termo de referência, verifica-se expressamente que a exigência de apresentação da rede credenciada será feita após a assinatura do contrato, conforme item 4.5.1.1, razão pela qual não se aplica o referido acórdão do TCU.

Quanto a inviabilidade de se formar uma rede credenciada, apesar de que o atual cenário impõe certas restrições de locomoção, não se demonstra um impacto direto na competitividade do certame. Há outros meios de contato com fornecedores, como telefone e eletrônico, e ainda, as empresas do ramo, costumeiramente, já possuem as suas redes credenciadas. Deste modo, não se vislumbra nessa análise perfunctória, o *fumus boni iuris*.

O mesmo ocorre com a questão levantada quanto à assinatura presencial de documentos necessários para se firmar a contratação, como o próprio termo de contrato. Apesar das dificuldades trazidas pela pandemia, além de haver meios eletrônicos de assinatura, não se afere uma efetiva restrição no caráter competitivo do certame.

Razão pela qual, entende-se que as alegações trazidas pela representante, decorrentes das consequências trazidas pela pandemia do Coronavírus, nas

circunstancias apresentadas, não se sustentam, a ponto de se suspender o procedimento. Ausente o *fumus boni iuris*.

No que tange às cláusulas restritivas contidas no edital do certame, questiona a necessidade de se exigir um preposto situado na localidade da região, visto que a contratação possui natureza tecnológica, e qualquer acesso ao sistema pode ser feito de forma remota.

Tal exigência demandaria uma estrutura administrativa desnecessária, implicando no aumento do custo final para a contratante.

Em sua justificativa, a notificada apenas esclarece que não se trata de uma exigência, sendo apenas uma preferência – opção feita pela Administração Municipal, sendo facultativo que o representante seja domiciliado no município de Guarapari.

Nos termos da clausula 10, item 10.6 do Edital do Pregão Eletrônico, a exigência de um preposto domiciliado no município de Guarapari é facultativa, como se pode observar a seguir:

10 – OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

[...]

10.6. Credenciar junto à SEMDA – Secretaria Municipal da Administração e Gestão de Recursos Humanos **um representante preferencialmente domiciliado** no Município de Guarapari, para prestar esclarecimentos, atender possíveis reclamações e providenciar o atendimento das solicitações formuladas; (g.n)

Nada impede que o representante/preposto seja domiciliado em outro Município, até mesmo outro Estado, desde que, onde quer que esteja, consiga atender a demanda municipal.

E ainda, nos termos editais, não consta qualquer exigência quanto a disponibilização de uma estrutura administrativa, por parte da Contratada, para servir de base ao preposto e/ou atender à demanda contratual.

Por seguinte, a Representante indaga quanto ao prazo de pagamento previsto no instrumento convocatório.

Argumenta que nos termos do edital do certame, o prazo de pagamento conta a partir do ateste da Prefeitura, e não quando da apresentação da Nota Fiscal, que seria o correto neste caso. Assim, o prazo pode se tornar muito excessivo para a Contratada.

Dessa forma, o prazo estipulado para pagamento fere frontalmente aquele estipulado pelo artigo 40, inciso XIV, alínea a, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o numero de ordem em serie 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:

[...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

A Secretária Municipal alega que houve um equívoco de interpretação por parte da Representante, e que o prazo de pagamento, segundo dispõem o item 5.3 do Edital e 14.2 do Termo de Referência, passa a contar a partir da apresentação da Nota Fiscal.

5 - DOS PREÇOS E DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

[...]

5.3 — A Contratante pagará a Contratada pelos serviços prestados, até o trigésimo dia útil após a apresentação da Nota Fiscal/Fatura correspondente, devidamente aceita pelo Contratante, vedada a antecipação.

14. CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

[..]

14.2 — Após a liquidação, a nota fiscal/fatura será encaminhada ao setor financeiro para pagamento, mediante ordem bancária creditada em conta corrente no prazo de até 30 (trinta) dias úteis, contados do seu recebimento.

Nos termos dispostos acima, o item 14.2. causa certa dubiedade quanto ao prazo de pagamento, se ocorrerá a partir da apresentação da nota fiscal ou do recebimento pelo setor financeiro – neste caso, após a liquidação.

Todavia, o item 5.3 é elucidativo, dispondo claramente, ratificado pela justificativa apresentada pela Secretária Municipal, que o prazo de pagamento será contado a partir da apresentação da nota fiscal.

Um ponto que não fora arguido pela Representante, é que o Edital dispõe que o prazo de pagamento será de no máximo de 30 (trinta) dias **úteis**, sendo que o corriqueiro é corrido.

Nos termos da Lei Federal 8.666/93, no dispositivo apresentado acima - art. 40, inciso XIV, alínea “a”, verifica-se que o prazo máximo é de 30 (trinta) dias, sem especificar se são corridos ou úteis.

Todavia, a doutrina entende que, quando se trata de dias úteis, o legislador deixou expresso tal imposição, sendo que, quando não há especificação, trata-se de dias corridos, sendo este o caso do art. 40, inciso XIV, alínea “a”.

Isto posto, quanto às alegações de cláusula restritivas contidas no Edital do Pregão Eletrônico nº. 28/2020, não se observa possível restrição ao se exigir preposto/representante, pois, como apresentado acima, não se exige que o mesmo seja domiciliado no município de Guarapari, bem como a cláusula que rege o prazo de pagamento, resta claro que se trata de 30 (trinta) dias úteis a contar do recebimento da nota fiscal. Ausente o *fumus boni iuris*.

Quanto ao *periculum in mora*, entende-se não estar presente, visto que, conforme esclarece a notificada, o edital do pregão em análise encontra-se suspenso, conforme publicação apresentada em anexo, para outros ajustes relacionados à proposta técnica, e, assim que forem realizadas tais alterações, ocorrerá nova publicação.

Dessa forma, sugere-se a não concessão da medida cautelar.

Por fim, apesar de não coibir a participação de licitantes no certame, propõe-se dar ciência a Representada que se altere o prazo de pagamento, para 30 (trinta) dias corridos, se amoldando aos ditames legais supracitados.

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 – **Indeferir a medida cautelar**, visto que não restaram caracterizados os requisitos legais para sua concessão;

3.2 – Determinar que **os presentes autos caminhem sob o rito ordinário**, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES; e

3.3 – Nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES a determinação de oitiva das partes.

3.4 – Seja dada ciência a Prefeitura Municipal de Guarapari sobre falha/impropriedade identificada no Edital do Pregão Eletrônico nº. 28/2020, no sentido que sejam alterados os itens que preveem o prazo de pagamento de 30 (trinta) dias úteis, alinhando-se com o disposto no artigo 40, inciso XIV, alínea “a”, da Lei Federal 8.666/93, que prevê, segundo doutrina, dias corridos.

2. FUNDAMENTOS

2.1 ADMISSIBILIDADE

Vale ressaltar que a admissibilidade já foi analisada através da Decisão Monocrática 355/2020.

1.2 DA MEDIDA CAUTELAR REQUERIDA

Verifico que a petição inicial não traz à colação elementos suficientes à demonstração da plausibilidade do direito perseguido pelo Representante e nesse sentido foi a orientação dada pela área técnica.

No tocante à medida cautelar requerida, não vislumbro, nesta oportunidade, a convergência dos requisitos ensejadores de sua concessão, quais sejam a demonstração de que o bom direito está presente e também o perigo da demora da conclusão de análise do mérito das questões postas.

A rigor, as supostas irregularidades pelo representante não de passar por análise detida por parte da área técnica desta Corte, que deverá apurar se as mesmas guardam ou não relação de pertinência com as supostas irregularidades narradas.

Em uma análise sumária dos pontos elencados, o NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações não vislumbrou indícios de irregularidades suficientes à concessão da medida de urgência requerida e, da mesma forma, firmo o meu entendimento.

Nesse passo, a medida cautelar não deverá se confundir com a satisfação do objeto da Representação e nem mesmo deverá possuir o escopo de antecipar a tutela cognitiva de caráter meritório, mas tão somente deverá servir como uma garantia de efetividade do pronunciamento jurisdicional.

Portanto, entendo por bem, no caso destes autos, INDEFERIR A MEDIDA CAUTELAR pretendida, em especial pela necessidade de análise técnica aprofundada sobre algumas as questões trazidas à colação.

Assim, por não estarem demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, como bem asseverado pela área técnica, entendo pelo indeferimento da cautelar ora pleiteada.

3. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-0622/2020:

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

1.1. INDEFERIR A CAUTELAR pretendida;

1.2. SUBMETER o feito ao **RITO ORDINÁRIO** diante da ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES;

1.3. NOTIFICAR o signatário desta representação, concedendo-lhe prazo de 10 dias, caso pretenda apresentar manifestação complementar à aquela já feita nos autos conforme art. 307, § 3º, do RITCEES e art. 125, § 4º da LC 621/2012;

1.4. DAR ciência à Sra. Aline Dias Silva, responsável pela **Secretaria de Administração e Gestão de Recursos Humanos do Município de Guarapari**;

1.5. ENCAMINHAR os autos à Secretaria Geral de Controle Externo para prosseguimento da instrução do feito, após o decurso do prazo conforme art. 125 § 5º da LC 621/2012.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 09/06/2020 - 6ª Sessão Extraordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente