



## Acórdão 01130/2020-1 - Plenário

**Processo:** 02740/2020-9

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UGs:** FMS - Fundo Municipal de Saúde de Linhares, PML - Prefeitura Municipal de Linhares

**Relator:** Sebastião Carlos Ranna de Macedo

**Representante:** JS IND E COM DE PRODUTOS ORTOPEDICOS LTDA

**Responsável:** SAULO RODRIGUES MEIRELLES, GESIANI ARAUJO PEREIRA

**Procuradores:** BRUNA OLIVEIRA (OAB: 42633-SC, OAB: 114449A-RS, OAB: 101184-PR),  
TIAGO SANDI (OAB: 35917-SC)

**REPRESENTAÇÃO – FUNDO MUNICIPAL DE  
SAÚDE DE LINHARES – NÃO CONCEDER  
CAUTELAR – PERDA DO OBJETO – DAR CIÊNCIA–  
ARQUIVAR.**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**

### **1 RELATÓRIO**

Tratam os autos de Representação com pedido de medida cautelar, formulada pela empresa JS Ind. e Com. de Produtos Ortopédicos Ltda., em face do Município de Linhares por intermédio do Fundo Municipal de Saúde de Linhares, por supostas irregularidades no procedimento licitatório do **Pregão Eletrônico FMS nº 002/2020** para Registro de Preços, cujo objeto é a aquisição de andadores, cadeiras de rodas e outros, realizado pelo Fundo Municipal de Saúde de Linhares.

Alega a representante que a proposta da empresa vencedora para o lote 4 do certame deveria ter tido sua proposta recusada, pois o produto ofertado não possui certificação do INMETRO, conforme exigido no edital, além do que apresentou atestado de capacidade técnica incompatível com o objeto do certame.

A Representante requereu *in fine* o conhecimento da representação, a suspensão do procedimento licitatório, e, ao final, seja determinado aos responsáveis a anulação dos atos considerados ilegais por esta Corte.

Decidi por notificar, por meio da **Decisão Monocrática 00450/2020-5**, o sr. Saulo Rodrigo Meirelles - Secretário Municipal de Saúde e a Sra. Andreia Durão Miranda Davel – Pregoeira, para prestarem as informações que julgassem necessárias, nos termos do parágrafo 1º do art. 307 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Em cumprimento à mencionada decisão foram expedidos, em 16/06/2020, os devidos Termos de Notificação e em resposta, os notificados trouxeram aos autos informações e documentos (Defesa/Justificativa 00490/2020-1 – docs.12-14 e a Defesa/Justificativa 00491/2020-4 – docs. 17-19), que foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF para análise e instrução quanto ao atendimento dos pressupostos para a concessão de medida cautelar.

Por meio do Despacho 21.656/2020-1 o verifiquei o atendimento dos requisitos de admissibilidade, tendo ao final decidido pelo conhecimento da Representação (doc. 21)

A **Instrução Técnica Conclusiva 02944/2020-7** (doc. 23) analisa a admissibilidade da Representação quanto os pressupostos da cautelar pretendida, e, quanto ao mérito, conclui pelo indeferimento o pleito cautelar, pela perda superveniente do objeto e arquivamento dos autos.

O Ministério Público de Contas, da lavra do Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva, à guisa dos argumentos fáticos e jurídicos, opina de forma convergente com a instrução da área técnica no **Parecer do Ministério Público de Contas 03057/2020-1**.

Em seguida, os autos foram devolvidos ao meu gabinete para prosseguimento do feito.

É o relatório.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

Compulsando acuradamente os autos, verifico que o feito encontra-se devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento de mérito, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

O Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, na sua manifestação conclui pelo indeferimento da medida cautelar, pela perda do objeto e arquivamento dos autos, na **Instrução Técnica Conclusiva 02944/2020-7**, *in verbis*:

“[...]”

## **2. DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES**

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Res. 261/13:

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.

O inciso I trata do *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito, definido como juízo de probabilidade de existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart<sup>1</sup>:

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da conseqüente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.

A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.

Já o inciso II trata do *periculum in mora*, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. São os entendimentos de Alexandre Freitas Câmara<sup>2</sup>:

Como dito anteriormente, o *fumus boni iuris* não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de *periculum in mora* (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar e modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que esta diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta situação de perigo iminente que

<sup>1</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Volume 4: Processo Cautelar. 2ed. São Paulo: RT, 2010, p. 29

<sup>2</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

recebe o nome de periculum in mora, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz. (...)

Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o requisito do periculum in mora, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar.

Com base nessas informações, passa-se à análise.

## **2.1 Art. 376, inciso I, do RITCEES - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio – “fumus boni iuris”**

### **2.1.1 Apresentação da proposta contendo material não aprovado pelo INMETRO, bem como, atestado de capacidade técnica incompatível com o objeto do certame.**

Das informações prestadas pela representante **é possível afirmar que não se trata de matéria dentre aquelas de competência do Tribunal de Contas.**

JS Indústria e Comércio de Produtos Ortopédicos Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 06.304.884/0001-54, alegando supostas irregularidades no Edital de Licitação de Registro de Preços do Pregão Eletrônico nº. 02/2020 publicado pelo Fundo Municipal de Saúde de Linhares.

Resumidamente, a representação refere-se a dois indícios de irregularidades:

- O Representante alega que a empresa vencedora do lote 4 do certame deveria ter tido sua proposta recusada, pois o produto ofertado não possui certificação do INMETRO;
- Apresentou atestado de capacidade técnica incompatível com o objeto do certame.

Em suma, a discussão refere-se ao fato de classificação de licitante concorrente no Edital do Pregão Eletrônico nº 02/2020, do Fundo Municipal de Saúde de Linhares, sob o fundamento de não atendimento das disposições do Edital em Comentário.

A fim de análise, vale cunhar a premissa de que cabe ao Tribunal de Contas a tutela do interesse público e resguardo do erário e não a tutela de direitos subjetivos de pessoas jurídicas.

Melhor explicando, as Cortes de Contas, instituições de atribuições constitucionais, são exercentes do controle externo, tendo como função a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Assim, tomando o rol de competências, atribuídas pelas respectivas constituições às Cortes de Contas, inexistente a atuação na defesa de interesses eminentemente particulares.

De fato, quando são analisados procedimentos ou atos administrativos, a atuação da Corte de Contas poderá atingir a esfera jurídica de particulares, destinatários do ato ou integrantes do processo administrativo. Porém, tal fato se dará de forma reflexa, como consequência prática da determinação emitida pelo Tribunal de Contas, seja pela manutenção, seja pela suspensão ou, ainda, pela reforma do ato ou processo.

Tal entendimento encontra consonância com o Acórdão 2439/2013 emitido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, cujos excertos estão reproduzidos a seguir:

(...) o Tribunal está sendo acionado para resguardar suposto direito alheio, ou seja, numa situação em que não se mostra presente o interesse coletivo que justificaria a intervenção desta Corte de Contas.

(...) sabendo que não foram esgotados os canais de revisão perante a autoridade recorrida previstos na legislação específica – a Lei nº 10.520/2002, o Decreto nº 3.555/2000, o Decreto nº 5.450/2005 e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/1993 – dos atos que o representante entende contrários aos seus direitos, bem como, no caso de negativa de provimento, apelo ao órgão da Justiça competente, reforço a tese de que matérias da espécie não encontram espaço para apreciação nesta Casa, sob pena de representar avanço indevido nas atribuições que são próprias da unidade jurisdicionada ou do Poder Judiciário.

A apreciação e julgamento de direito subjetivo pelas Cortes de Contas implica na avocação inconstitucional de competências próprias do Poder Judiciário. O que geraria, também, afronta ao sistema constitucional de tripartição do poder.

Caso, na situação fática concreta, tenha ocorrido afronta a um direito subjetivo da Representante, é cabida a apreciação pelo Poder Judiciário, conforme determinação constitucional descrita no art. 5º, inciso XXXV:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Em consulta ao Sistema MapJuris verifica-se que **o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo** em diversas oportunidades **deixou de conhecer a denúncia ou representação, considerando não ser sua competência a análise de interesses subjetivos.**

No ACÓRDÃO TC-2030/2015 – PLENÁRIO ficou entendido que **a discussão quanto a habilitação de participante em edital de licitação refugia à competência do Tribunal**, que não deve atuar na defesa de interesses particulares junto à Administração Pública.

ACÓRDÃO TC-2030/2015 - PLENÁRIO

Trata-se de representação formulada pelo Ministério Público Especial de Contas em que narra indício de irregularidade praticada pela Presidente da Comissão de Licitação do Município de Vitória no âmbito da Concorrência Pública 1/2014, por meio do qual se objetivou a seleção de pessoas físicas para execução de serviço de transporte de passageiro em veículos de aluguel a taxímetro (serviço de táxi). Segundo se noticiou, a irregularidade teria decorrido da inabilitação indevida de um dos participantes, revelando indícios de restrição à competitividade do certame e violação ao princípio da vinculação do instrumento convocatório, em razão do que se requereu a concessão de medida cautelar para suspender o curso do procedimento, a determinação de anulação da decisão que inabilitou um licitante e a repetição de todos os atos subsequentes.

Submetido o feito ao Núcleo de Cautelares, a área técnica entendeu não terem sido atendidos os requisitos de admissibilidade da representação, pois o expediente limitou-se a tratar da inabilitação individual de um dos participantes, limitando a análise do feito à inabilitação individual de um participante, limitando-se o feito, portanto, ao pleito de interesse privado junto à Administração Pública de Vitória. Sendo assim, apoiando-se em entendimento já consolidado pelo Tribunal de Contas da União, o NCA aduziu que refoge ao rol de competências dos Tribunais de Contas atuar na defesa de interesses particulares junto à Administração Pública (...).

Nesses termos, entende-se pelo não conhecimento da denúncia, dado o não cumprimento dos requisitos de admissibilidade.

(...) ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-12525/2014, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia quinze de dezembro de

dois mil e quinze, à unanimidade, não conhecer a presente Representação, arquivando-se os autos, nos termos do art. 94 §1º c/c art. 99 §2º da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), dando-se ciência ao Representante, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

Também no ACÓRDÃO TC-1056/2015 – PLENÁRIO decidiu-se que a advocacia de interesse particular da licitante não enseja a apreciação por parte deste Tribunal.

#### ACÓRDÃO TC-1056/2015 - PLENÁRIO

Tratam os presentes autos de representação interposta pela sociedade empresária (...) em 18/01/2012, sediada em São Paulo, contra os termos como redigido o edital PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2012 – PROC. ADM. 17394/2011 (posteriormente nºs 18986/2011 e 1011/2012) – REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL AQUISIÇÃO DE MATERIAIS ELÉTRICOS instaurado pela Prefeitura Municipal de Itapemirim, alegando que a existência na especificação técnica nas luminárias públicas do acessório denominado “nível bolha” de que tratam o itens 12 e item 35 daquele editalício, fere o princípio da competição, podendo induzir a marcas de determinados fabricantes.

(...) Dos fatos apurados, trazidos pela municipalidade aos autos, ainda que inexistente manifestações técnicas, na forma usualmente adotadas para este tipo de processo na forma regimental, documentalmente temos como fatos incontestes que além da representante, vir perante esse Tribunal advogar interesse particular, sua “preocupação” não se consumou quanto a infringência ao princípio da competição, vindo a mesma ofertar seu produto por meio da (...), relativamente aos itens 12 e 35 do ato convocatório, não logrado êxito à contratação em razão do preço ofertado, quando da fase de lances. Dos fatos relatados, não há nenhum fato que enseje a necessidade de apreciação por parte desse Tribunal de Contas, em fase de interesse público envolvido nos autos, pressuposto básico à atuação do controle externo, uma vez que a tutela pretendida pela representante não se encontra no plexo de competências do TCEES, nos exatos termos do Acórdão nº 2610/2014 – TCU – Plenário.

#### (...) ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-482/2012, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia vinte e um de julho de dois mil e quinze, à unanimidade, não conhecer a presente Representação em face da Prefeitura Municipal de Itapemirim, arquivando-se os autos após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges.

Compulsando os autos, identificamos que na apresentação da Defesa/Justificativa pelos responsáveis, que a pessoa de Andreia Durão Miranda Davel, não é a Pregoeira do certame licitatório em comento, conforme Portaria 978/2019, devendo ser notificada, a Sra. Gesiani Araújo Pereira para prestar as informações que, por acaso, se fizerem necessárias. (Evento 18)

Vale ainda ressaltar, que segundo as informações contidas na Defesa/Justificativa apresentada pelos responsáveis, que foi protocolado pela empresa Representante, um recurso administrativo em 08/06/2020, onde a Comissão responsável pela análise, **desclassificou a empresa vencedora do Lote 04 (Celeste Distribuidora de Medicamentos Ltda.)** objeto da presente Representação, por ausência do atendimento aos requisitos exigidos pelo Edital, com a **consequente classificação da empresa Representante.**

Nesses termos, **sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade, por se tratar de interesses subjetivos e particulares da licitante, sindicáveis perante o órgão judiciário competente, bem como, a perca do objeto, haja vista, a desclassificação da empresa originalmente classificada, e posterior classificação da empresa representante, no lote objeto da representação.**

**2.2 Art. 376, inciso II, do RITCEES - risco de ineficácia da decisão de mérito – Periculum in Mora.**

O segundo requisito necessário para a concessão da medida cautelar pleiteada é o citado *periculum in mora*, que está previsto no Regimento Interno desta Corte no art. 376, inciso II, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito.

Da soma desses requisitos extrai-se que não basta haver o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio. É fundamental também a presença do elemento temporal, ao passo que se analisa se esse fundado receio possa vir a se concretizar caso a prestação jurisdicional buscada não seja entregue a tempo.

A licitação guerreada diz respeito a um Pregão Eletrônico do tipo menor preço utilitário por lote para a formação de uma Ata de Registro de Preços, com validade de 12 meses (evento eletrônico 4).

Nos termos do art. 1º, do Decreto nº 1.790-R, de 24 de janeiro de 2007, o sistema de registro de preços tem a seguinte finalidade:

Art. 1º O Sistema de Registro de Preços, previsto no art. 15, II, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 e no art. 11 da Lei n.º 10.520, de 17 de junho de 2002, **destina-se à seleção de fornecedores e preços que ficarão registrados e à disposição da Administração, para utilização em eventuais futuras contratações para aquisição de bens** e prestação de serviços.

Como se observa, apesar de encerrada a fase da licitação, não significa que a aquisição do objeto se dará de forma imediata pelos órgãos interessados, o que desnatura o requisito em análise.

Esse entendimento encontra guarida jurisprudência desta Corte de Contas, conforme se vê:

DECISÃO 578/2018 – SEGUNDA CÂMARA

Tratam os presentes autos de Representação, com pedido de concessão de medida cautelar impetrada por Vereadores do Município de São Roque do Canaã, Srs. (...), (...), (...), (...) e, sra. (...), na qual relatam a existência de possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 14/2018 (Processo Administrativo nº 320/2018), cujo objeto é o registro de preço para eventual contratação de empresa especializada para prestação de serviços de estrutura para eventos a serem realizados no município em referência.

(...) A análise do substrato conceitual para o deferimento da medida cautelar está relacionada à existência dos requisitos que a doutrina denomina como *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para a concessão de liminar nesta espécie de procedimento.

(...) Compulsando os autos, observo que a apuração da condição para a concessão da medida foi detidamente avaliada pela Manifestação Técnica nº 00085/2018-6, da qual destaco o seguinte trecho:

(...) No entanto, não se vislumbra a presença do *periculum in mora* quanto ao risco de contratação ilegal e inconstitucional, uma vez que o referido

pregão visa a constituição de uma ata de registro de preços para futuras contratações, com validade de doze meses, o que não implicaria necessariamente na contratação imediata dos eventuais licitantes vencedores dos lotes questionados.

(...) Nesse caminhar, a aparente violação do preceito legal não é suficiente para interromper o processo licitatório, acarretando com isso retrabalho e atraso na implementação e execução do serviço licitado, e que afeta o planejamento e a rotina administração da prestação de serviço público, quando ausente a aparência do bom direito, sujeito à confirmação em procedimento instrucional da fiscalização.

(...) Em consequência disso, conforme demonstrado pela área técnica nestes autos, a situação fática não permite a concessão de medida cautelar, razão pela qual também entendo que o assunto em questão poderá ser enfrentado em rito ordinário, permitindo uma análise técnica pormenorizada, oportunidade na qual esta Corte poderá aprofundar-se no entendimento quanto ao objeto licitado e, para quem sabe, oferecer luz às decisões do jurisdicionado.

Assim sendo, está ausente o requisito temporal consubstanciado no *periculum in mora*.

**Por todo o exposto, sugere-se a não concessão da medida cautelar pleiteada.**

### **3 - 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, bem como a perda do objeto, motivo pelo qual opina-se pelos encaminhamentos que seguem.

### **4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

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

4.1 - 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;

4.2 – Seja encaminhado ao relator, para nos termos do art. 307, § 6º do Regimento Interno, seja determinado a perda superveniente do objeto;

4.3 – Em consequência, nos termos do art. 330, IV, da Res. 261/13, Regimento Interno do TCEES, o arquivamento dos presentes autos.

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

[...]"

**O Parecer do Ministério Público de Contas 03057/2020-1**, da lavra do Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva, anui com o entendimento da área técnica quanto a sua proposta de encaminhamento, nos seguintes termos:



“[...]”

Compulsando os autos, verifica-se que a Instrução Técnica Conclusiva é consentânea com o posicionamento do Ministério Público de Contas, motivo pelo qual, independentemente de transcrição, passa a fazer parte integrante deste pelos fundamentos de fato e de direito ali deduzidos.

Isto posto, o Ministério Público de Contas anui à proposta contida na Instrução Técnica Conclusiva 2944/2020.

Vitória, 21 de setembro de 2020.

**LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA**

Procurador de Contas”

### Razões de Voto

1 – Na análise dos pressupostos para concessão de medida cautelar a área técnica defende a inexistência de interesse público a ser tutelado por esta Corte de Contas. **Dissinto deste entendimento no caso concreto**, conforme fundamentação exposta adiante.

Verifico nos autos com clareza solar a violação de termos do edital de licitação pela empresa Celeste Distribuidora de Medicamentos Ltda. ME, vencedora do lote 4 (cadeiras de rodas para banho), por ter descumprido os itens 13.16 (capacidade técnica) e 21.2.4 por não apresentar registro no INMETRO.

A própria Administração, atendendo a apelo recursal, reviu seus atos desclassificando a empresa vencedora e convocando os demais classificados. Observo neste caso a presença do *fumus boni iuris*.

**Divirjo, da mesma forma, do entendimento da área técnica quanto a ausência de *periculum in mora*.**

No caso em tela, mesmo sendo um Pregão Eletrônico para a formação de uma Ata de Registro de Preços, com validade de 12 meses, caso em que, à primeira vista, afastaria o perigo na demora da decisão final desta Corte vez que o registro de preços destina-se a contratação eventual futura, contudo, a aquisição pode, da mesma forma, dar-se de forma imediata pela Administração.

No caso em discussão, a aquisição e uso de cadeiras de rodas para banho sem o devido registro no INMETRO poderia causar dano a pessoas, inclusive com possibilidade de ação regressiva ao poder público, e conseqüente ineficácia da

decisão de mérito, implicando em fundado receio da concretização da aquisição caso a pretensão buscada não seja entregue a tempo.

Com fundamento na exposição acima, presentes os pressupostos de concessão da cautelar dispostos no artigo 376 do RITCEES<sup>3</sup>, a medida cautelar seria cabível, entretanto, o fato da desclassificação da empresa vencedora Celeste Distribuidora de Medicamentos Ltda. ME pela Administração torna inútil a concessão da medida cautelar.

2 – Quanto a competência desta Corte de Contas em exercer suas funções controladoras no caso concreto, assim exponho:

A impetrante JS Ind. e Com. de Produtos Ortopédicos Ltda. é licitante, visto que participou do Pregão Eletrônico FMS nº 002/2020 para Registro de Preços, qualificada, portanto, para apresentar representação perante essa Corte de Contas. Mesmo se assim não fosse, poderia representar quaisquer irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, conforme artigo 101<sup>4</sup> da LC 621/2102.

Nos termos do **Despacho 21.656/2020-1**, verifiquei o atendimento dos requisitos de admissibilidade, tendo ao final decidido pelo conhecimento da Representação, vez que o expediente veio acompanhado de indícios de provas e versa sobre matéria afeta à competência desta Corte, conforme artigo 94 da LC 621/2017, além do que foi redigido com clareza e contém informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção.

Como primeira premissa, a área técnica afirma que o fato representado refere-se a direito subjetivo do representante, afastando de plano a competência do Tribunal de Contas para tutelar o direito, conclusão esta que divirjo.

<sup>3</sup> 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

<sup>4</sup> Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, visando a resguardar o interesse público, sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante. (Redação dada pela LC nº 902/2019 – DOE 9.1.2019)

A representante alega que o vencedor do lote 4 do certame não atendeu às disposições editalícias, qual sejam: não possui certificação do INMETRO e não apresentou atestado de capacidade técnica compatível com o objeto do certame, devendo ter sido desclassificada para este lote:

[...]

### 13.16. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

13.16.1. Comprovação de aptidão para o desempenho de atividades pertinentes, compatíveis em características, quantidades e prazos, mediante apresentação de atestado de capacidade técnica, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, compatíveis com o objeto desta licitação, devidamente assinado pela pessoa responsável, preferencialmente em papel timbrado da empresa emissora.

[...]

### DAS OBRIGAÇÕES DA EMPRESA VENCEDORA

[...]

21.2. A empresa licitante declarada vencedora deverá apresentar os documentos exigidos no Edital e TR, no prazo de 03 (três) horas; ficará na responsabilidade da secretaria quanto o ateste no atendimento da documentação.

[...]

21.2.4 Apresentar Certificado de Registro do INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial).

Ao Tribunal de Contas não compete habilitar ou não concorrente em certame licitatório, mas é seu dever constitucional zelar pela correta aplicação dos recursos públicos, tendo como prerrogativa, dentre outras, assinar prazo para que o órgão ou entidade adote providências com o intuito de promover a anulação de ato viciado, quando identificado em procedimento licitatório.

A licitação pública obedece à procedimento específico, regrada, de modo geral, pela Lei nº 8666/93. Encerrada a fase interna, inaugura-se a fase externa, quando a Administração assume um compromisso público: de que manterá as regras dispostas no edital até a conclusão da licitação e eventual contrato que dela surgir. No momento da publicação do edital passa a valer um princípio fundamental aplicável às licitações públicas, o princípio da **vinculação ao instrumento convocatório**.

Por meio dele, entendemos que todos os envolvidos de alguma maneira com a licitação estão vinculados, obrigatoriamente, aos termos veiculados pelo edital, podendo qualquer desvio de seus termos ser impugnado pelos licitantes ou cidadão.

A vinculação funciona tanto para o licitante que, no descumprimento dos termos pode ser eliminado da disputa, quanto para o próprio ente licitador que, ao também descumprir regra do edital, macula de nulidade o ato, devendo o mesmo ser desfeito e praticado novamente, com observância do que havia sido estabelecido.

Nesse sentido é que a Lei Geral de Licitações estabeleceu o mecanismo da impugnação em seu art. 41, mais especificamente em seu §1º:

**Art. 41.** A Administração **não pode descumprir as normas e condições do edital**, ao qual se acha estritamente vinculada.

§1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.”

**Art. 113**

§1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo. (g.n.)

O artigo 113 da Lei 8666/93 prevê especificamente sobre a competência da Corte de Contas em apreciar procedimentos licitatórios, representado por qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica.

Os agentes acima dispostos, com o instrumento da impugnação a sua disposição, podem manifestar sua insurgência a qualquer tempo.

A área técnica alega que a impugnação do licitante refere-se a direito subjetivo, ou seja, a interesse particular do licitante impedindo o Tribunal de Contas adentrar no mérito da representação, contudo, como acima exposto, no momento em que os termos do edital não foram observados pelo licitante vencedor desrespeitou-se a Lei das Licitações, momento este em que o Tribunal de Contas assume sua

competência constitucional<sup>5</sup> e legal na fiscalização dos atos da Administração Pública.

É certo que o licitante impugnante tem o interesse subjetivo na desclassificação de concorrente, e que cabe ao Tribunal de Contas a tutela do interesse público e resguardo do erário e não a tutela de direitos subjetivos de pessoas jurídicas, entretanto o que surge com relevância no caso concreto é o exercício do controle externo atribuído às Cortes de Contas imposto pela Constituição Federal e leis pertinentes, que suplanta qualquer possível proveito de terceiros.

Pelo exposto, dissinto da área técnica e considero competente esta Corte de Contas para exercer o controle externo no caso concreto.

### 3 – Quanto a perda superveniente do objeto do objeto:

O início da sessão de disputa do Pregão Eletrônico FMS nº002/2020 ocorreu em 06/05/2020 às 9:00 h (Peça Complementar 15052/2020-3 - doc.13). No que refere ao lote 4 (Cadeiras de Rodas para banho) inicialmente sagrou-se vencedora a empresa Celeste Distribuidora de Medicamentos Ltda. ME conforme ata do Pregão (fls. 1.204 da Peça Complementar 15053/2020-3).

A empresa JS Ind. e Com. de Produtos Ortopédicos Ltda. impetrou recurso administrativo alegando que a empresa Celeste Distribuidora de Medicamentos Ltda. ME descumpriu os itens 13.16 e 21.2.4 do edital (capacidade técnica e não apresentação do registro no INMETRO<sup>6</sup>), pugnando pela inabilitação da vencedora.

A Administração, em análise recursal, entendeu procedente a impugnação da representante e, em 08 de junho de 2020, emitiu o Ofício OF/LAUDO/SEMUS/Nº 33

---

<sup>5</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

...

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

<sup>6</sup> DAS OBRIGAÇÕES DA EMPRESA VENCEDORA

[...]

21.2.4 Apresentar Certificado de Registro do INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial).

(fls. 1250 da Peça Complementar 15053/2020-3 - doc.14) concluindo que a empresa Celeste Distribuidora de Medicamentos Ltda. ME *não atendeu as exigências editalícias referente à qualificação técnica e documentações obrigatórias para os licitantes declarados vencedores do certame*, por isso desclassificada, convocando-se os demais classificados.

Sagrou-se vencedora para o lote 4 a empresa representante JS Ind. e Com. de Produtos Ortopédicos Ltda. (fls. 1260 da Peça Complementar 15053/2020-3 - doc.14).

**Anuo com o entendimento da área técnica de que a desclassificação da empresa originalmente classificada, e posterior classificação da empresa representante no lote objeto da representação implica em perda de seu objeto.**

Pelo exposto ratifico em parte a proposta de encaminhamento da área técnica e do posicionamento do Ministério Público Especial de Contas.

Assim, ante todo o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, ratifico em parte a argumentação e proposta de encaminhamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas e, tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto à sua consideração.

**SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**

Relator

## **1. ACÓRDÃO TC-1130/2020 – PLENÁRIO**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

**1.1. INDEFERIR** a medida cautelar pleiteada por ineficácia de sua concessão;

**1.2. DETERMINAR** a PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO, extinguindo-se o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 307, § 6º<sup>7</sup> do RITCEES;

**1.3. DAR CIÊNCIA** ao Representante do teor da decisão a ser proferida, na forma do art. 307, §7º do RITCEES, bem como a do agente responsável, na forma do art. 307, §3º da mesma norma regimental;

**1.4. ARQUIVAR** os presentes autos, nos termos do art. 330, IV da RITCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 15/10/2020 - 34ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

**Relator**

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

---

<sup>7</sup> **Art. 307.** Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

[...]

**§ 6º** Haverá perda superveniente do objeto impugnado quando, determinada a prestação de informações e antes da concessão da medida cautelar, o responsável sanar as supostas irregularidades apontadas pelo representante, extinguindo-se o feito sem resolução de mérito.

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário Geral das Sessões**