



Decisão Monocrática 00270/2021-5

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 01525/2021-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PRODEST - Instituto de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Espírito Santo

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA

Responsável: TASSO DE MACEDO LUGON, PATRICIA SANTOS LAGE

Procuradores: MAXIMIANO FEITOSA DA MATA (CPF: 035.903.917-07), FABIO ALMEIDA (CPF: 086.254.797-07), SANDRO LUIZ ZACHE (CPF: 009.670.297-40), VINICIUS NATHAN DE CARVALHO PEREIRA (OAB: 168815-MG), TAYSSA MARILLACK MAIA MONTEIRO (OAB: 27038-ES, OAB: 194806-MG), ALLANA PENA MATEUS BASTOS (OAB: 31765-ES), LARA TONETTO BARBOSA (OAB: 29058-ES), MARCELO ALVES FISCHER (OAB: 33809-ES), LIVIA TOSCANO CAMPO DALL ORTO MACHADO (OAB: 24160-ES)

**FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO - CONHECER -
AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS CAUTELARES -
INDEFERIR CAUTELAR PLEITEADA - SUBMETER AO RITO
ORDINÁRIO - DAR CIÊNCIA.**

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

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada pela pessoa jurídica LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do Instituto de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Espírito Santo, em que alega irregularidade no Edital de Pregão Eletrônico nº 003/2021, cujo objeto é a contratação de serviços de administração de convênio refeição e alimentação, através do fornecimento de cartão eletrônico/magnético com chip de segurança, senha individual e recarga mensal, para os empregados do PRODEST, conforme especificações do Anexo I do Edital.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



Alega a representante, em síntese, que ao obrigar as empresas licitantes a credenciarem especificamente algumas mencionadas redes e estabelecimentos para fins de assinatura no contrato, o edital traria exigências abusivas e ilegais, uma vez que traria restrição à participação do certame, ferindo a livre concorrência impedindo a participação de empresas que não possuem contrato com o estabelecimento exigido no item, mesmo que aptas e capacitadas.

Por fim, requer:

[...]

4) DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer:

a) O conhecimento da presente Representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no ordenamento legal;

b) SEJA CONCEDIDA MEDIDA LIMINAR, INAUDITA ALTERA PARTE, conforme argumentos aduzidos na peça supra, determinando a MODIFICAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO DO PREGÃO ELETRÔNICO nº 003/2021, posto que presentes os pressupostos autorizadores à concessão da medida emergencial, ATÉ DECISÃO DE MÉRITO DA DEMANDA;

c) Seja ouvido o ilustre Representante do Ministério Público;

d) Seja intimado o INSTITUTO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, doravante denominado PRODEST, nos moldes legais, para querendo apresente razões de justificativa, sob pena de confissão e revelia;

e) Seja a presente representação JULGADA INTEIRAMENTE PROCEDENTE para modificar o Anexo "I A", do Termo de Referência do instrumento convocatório relacionado ao Edital de Pregão Eletrônico nº 003/2021, e excluir a previsão de credenciamento de estabelecimentos pré-determinados, conforme os fundamentos acima apresentados, oportunizando a ampla participação de empresas atuantes no setor, bem como outras razões que venha a ser apuradas por este Eg. Tribunal;

Por meio da Decisão Monocrática 00243/2021, deixei de apreciar o pedido cautelar requerido e determinei a notificação do Diretor-Presidente do Instituto de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Espírito Santo e da Pregoeira para que, no prazo de 02 (dois) dias apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Pregão Eletrônico nº 003/2021 e





justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários.

Após as devidas notificações, houve apresentação de justificativas, bem como cópia do processo licitatório.

É o relatório.

1. DA FUNDAMENTAÇÃO

A presente análise é atinente aos pressupostos de admissibilidade da presente representação, em primeiro lugar, e, depois, aos requisitos cautelares.

1.1 DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO

Necessário se faz avaliar o atendimento aos requisitos de admissibilidade para posterior processamento da presente representação, notadamente os constantes no artigo 177 c/c o artigo 186 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013, que são os seguintes, *litteris*:

Art. 177. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I – ser redigida com clareza;

II – conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV – se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V – se pessoa jurídica, prova de sua existência, e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

§ 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.

§ 3º Na hipótese de não conhecimento, a decisão deverá ser submetida ao Plenário.

Art. 186. Aplicam-se às representações previstas nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.





Destaque-se que o artigo 177 acima transcrito é reprodução do artigo 94 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

Na presente situação verificamos o preenchimento desses requisitos. A representação é redigida com clareza, contém informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção, e está acompanhada de documentação que permite que esta Corte realize a sua apreciação.

Ainda, verifico que a representante possui interesse e legitimidade, motivo pelo qual a presente representação atende aos requisitos de admissibilidade elencados no artigo 94, da Lei Complementar Estadual 621/2012 e artigo 177 c/c o artigo 186 do Regimento Interno.

Preenchidos, portanto, os requisitos de admissibilidade.

É preciso ressaltar que essa análise se atém aos pressupostos de admissibilidade da representação, não adentrando no mérito das questões tratadas, e nem na avaliação do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, quem segundo o artigo 177-A do Regimento Interno, matéria essa que é de análise da Área Técnica.

1.2 DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Antes de adentrarmos no tema cautelar, é preciso observar que cada vez mais se exige dos órgãos públicos uma maior celeridade e eficiência. Em relação ao assunto cautelar, a importância que se dê uma resposta ágil se impõe. Isso porque tanto o pleiteante da medida cautelar quanto o órgão que realiza o certame licitatório aguardam uma resposta: o primeiro, pretendendo a suspensão do certame, e o segundo, sem saber se em qualquer momento o órgão de controle externo determinará essa suspensão.

Nessa esteira, a própria nova lei de licitações, Lei Federal n. 14.133/2021, em seu artigo 171, § 1º, demonstra essa preocupação, ao estipular prazo máximo para a





pronúncia definitiva sobre o mérito em se tratando de medida cautelar determinada.

Vejam os:

Art. 171 (...)

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

Assim sendo, resta patente que aguardar data para a próxima sessão virtual para a decisão é medida que se apresentaria, nesse caso concreto, inconveniente para a segurança jurídica almejada. É nesse espírito que passamos a discorrer.

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 prescreveu 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.*





Esclarecida a competência desta Corte, verifico que a representante entende que o edital regulador do certame traria feriria a livre concorrência, impedindo a participação de empresas que não possuísem contrato com estabelecimentos exigidos no certame.

Abaixo transcrevemos trecho de sua exordial para ilustrar seu inconformismo:

Verifica-se que as especificações técnicas previstas neste instrumento convocatório, ao contrário do que é previsto na legislação e entendimentos jurisprudenciais, estabelecem em seu Termo de Referência, Anexo "I A" - que:

A rede de estabelecimentos credenciados e ativos deverá obedecer aos requisitos mínimos abaixo indicados: 1. CARTÃO ALIMENTAÇÃO: Rede mínima de supermercados/ hipermercados credenciados por Município:

<i>Município</i>	<i>Nº mínimo de <u>supermercados</u></i>	<i>Nº mínimo de <u>redes de supermercados</u></i>	<i>Nº mínimo de <u>Hipermercados</u></i>
<i>Vitória</i>	<i>50 (cinquenta)</i>	<i>05 (cinco) redes</i>	<i>1 (um)</i>
<i>Vila Velha</i>	<i>50 (cinquenta)</i>	<i>05 (cinco) redes</i>	
<i>Cariacica</i>	<i>50 (cinquenta)</i>	<i>05 (cinco) redes</i>	
<i>Serra</i>	<i>50 (cinquenta)</i>	<i>05 (cinco) redes</i>	
<i>Fundão</i>	<i>2 (dois)</i>	<i>-</i>	<i>-</i>
<i>Alegre</i>	<i>2 (dois)</i>	<i>-</i>	<i>-</i>

Conceito de supermercado: grande estabelecimento comercial de autosserviço onde se exibem à venda mercadorias variadas (gêneros alimentícios, artigos para limpeza doméstica e higiene pessoal, bebidas, artigos para a casa entre outros).

**A contratada deve credenciar na Grande Vitória as redes de supermercados de maior abrangência e com volume de lojas distribuídas nos municípios, assim consideradas: Multishow*





Supermercados, com 24 lojas; Extrabom Supermercados, com 22 lojas; DMA – Epa Supermercados, com 18 lojas; Carone Supermercados, com 12 lojas;

2. CARTÃO REFEIÇÃO: Rede mínima de Restaurantes:

2.1 No mínimo, 400 (quatrocentos) restaurantes nos municípios de Vitória, Vila Velha, Cariacica, Serra, Guarapari, Viana e Fundão

2.2 Requisito Específico no Município de Vitória, próximo à Sede do PRODEST:

A contratada deverá manter no mínimo 26 estabelecimentos credenciados aptos a comercializar refeições prontas em um raio não superior a 550m de distância do Prodest.

A quantidade solicitada corresponde a 80% do total de estabelecimentos identificados em pesquisa realizada através do aplicativo Google Maps no dia 20/11/2020.

Para demonstração e evidências relacionamos os restaurantes identificados abaixo.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



<i>Estabelecimento</i>	<i>Distância</i>	<i>Estabelecimento</i>	<i>Distância</i>
<i>Restaurante Praia do Suá</i>	<i>110m</i>	<i>Empório Valle Gourmet Experience</i>	<i>400m</i>
<i>Cafezinho cafeteria</i>	<i>140m</i>	<i>Santa Salada</i>	<i>400m</i>
<i>Restaurante da esquina</i>	<i>200m</i>	<i>Salade Verte</i>	<i>400m</i>
<i>Subway</i>	<i>210m</i>	<i>Dohorto</i>	<i>450m</i>
<i>Nature's House</i>	<i>220m</i>	<i>Restaurante Temperart</i>	<i>450m</i>
<i>La Enseada</i>	<i>220m</i>	<i>Panela Capixaba</i>	<i>450m</i>
<i>Restaurante Porto Vitória</i>	<i>230m</i>	<i>D'Francas Bar Restaurante</i>	<i>450m</i>
<i>Prosa Carioca Restaurante</i>	<i>250m</i>	<i>Tobayo Asian Food</i>	<i>450m</i>
<i>Recreio Restaurante</i>	<i>260m</i>	<i>Restaurante Natural Sol da Terra</i>	<i>450m</i>
<i>Alho e Sal Restaurante</i>	<i>270m</i>	<i>Casa Suá</i>	<i>450m</i>
<i>Recanto</i>	<i>290m</i>	<i>Box 19</i>	<i>450m</i>
<i>Enseada Café</i>	<i>300m</i>	<i>Restaurante São Pedro</i>	<i>500m</i>
<i>Restaurante e Açougue do Chico</i>	<i>500m</i>	<i>Sabor do Prato – Restaurante Bombeiros</i>	<i>550m</i>
<i>Restaurante Alegrete</i>	<i>500m</i>	<i>Restaurante Papaguth</i>	<i>550m</i>
<i>Villa Mariani Restaurante & Cafeteria</i>	<i>500m</i>	<i>Restaurante Selga</i>	<i>550m</i>
<i>Restaurante Self Service Q Luxo</i>	<i>500m</i>	<i>Deboni's Restaurante</i>	<i>550m</i>
<i>TSC Grill</i>	<i>500m</i>		

Isto é, obriga as empresas licitantes a credenciar especificamente as mencionadas redes e estabelecimentos para fins de assinatura no contrato, o que de fato demonstra ser uma exigência ilegal, e completamente desarrazoada, uma vez que a necessidade demonstrada no edital, no cadastramento de específicos estabelecimentos extrapola e MUITO a discricionariedade e ultrapassa os limites legais, limitando assim a livre competição e favorecendo algumas empresas em detrimento de outras.

(...)



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



Em resposta, nas justificativas apresentadas pelas autoridades notificadas (13 - Defesa/Justificativa 00375/2021-1 e 18 - Defesa/Justificativa 00376/2021-5), essas trouxeram a informação no sentido de que a habilitação exigida seria peculiar do objeto em diversas licitações das esferas Federal, Estadual e Municipal, e que o item 5.3 do Termo de Referência preconizaria que somente no momento da assinatura do contrato o licitante vencedor teria que comprovar a rede de estabelecimentos.

Trouxeram também que a relação dos estabelecimentos indicados no Termo de Referência seria apenas uma referência das redes de maior abrangência e com maior volume de lojas nos municípios e onde a maioria dos usuários é domiciliada e utiliza o cartão não sendo obrigatório o cadastramento dessas ou de todas as redes, apenas do quantitativo mínimo de 05 (cinco) por município. Também exemplificativo a indicação dos restaurantes no Termo de Referência.

Pois bem.

As informações trazidas pelas autoridades notificadas muito elucidam as questões versadas nos autos. De fato, o item 5.3 do Termo de Referência muito bem esclarece que a comprovação da rede de estabelecimentos comerciais credenciados somente se daria no momento da assinatura do contrato. Vejamos:

5.3 Apresentar declaração informando que no momento da assinatura do contrato comprovará a rede de estabelecimentos comerciais credenciados, respeitadas as condições constantes do ANEXO I.

Também resta claro do termo de referência que a listagem das redes de supermercados e dos restaurantes seriam exemplificativa, não havendo exigência do credenciamento de todos, mas de um número determinado, a fim de proporcionar um bom acesso aos usuários dos serviços.

Assim, nesta análise de cunho interino, não verificamos a restrição alegada, capaz de fundamentar a concessão de medida cautelar, considerando que de fato, a



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



Administração Pública, ao licitar determinado serviço, deve, ao descrever o seu objeto, buscar aquelas condições que melhor atendam às necessidades identificadas, e que, portanto, serão atendidas pelo objeto licitado, não havendo, portanto, *fumus boni iuris*, ou verossimilhança para qualquer determinação cautelar. Mais uma vez, não se nota, portanto que as exigências fugiram do razoável, aparentando se constituírem em uma boa medida para o atendimento ao interesse público, qual seja, o de um número adequado de empresas credenciadas, e de porte fundamental para o bom atendimento dos usuários dos serviços.

Ausente a verossimilhança nas alegações autorais, não se perscruta acerca de eventual periculum in mora.

Dessa forma, além da cautelar merecer seu indeferimento, os presentes autos também devem ser submetidos ao rito ordinário, diante da ausência de fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou de ineficácia das suas decisões, considerando a ausência dessa verossimilhança. Abaixo, transcrevemos o artigo 306, nesse sentido:

Art. 306. Os processos em que houver fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou de ineficácia das suas decisões observarão o rito sumário previsto neste Regimento.

2. DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, decido:

2.1 CONHECER a presente representação, com base no artigo 177, c/c artigo 186 da Resolução TC nº 261/2013.

2.2 INDEFERIR a medida cautelar requerida, considerando a ausência dos pressupostos para a sua concessão previstos no artigo 376 da Resolução TC nº 261/2013, conforme fundamentação acima.





**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

2.3 SUBMETER a presente representação ao **RITO ORDINÁRIO**, com o posterior encaminhamento dos autos à Área Técnica, para a devida instrução.

2.4 DAR CIÊNCIA na forma regimental, em especial por meio eletrônico, considerando que o certame licitatório questionado encontra-se em curso.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

PROCESSO NÃO JULGADO



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913