



Decisão 02749/2021-2 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 03053/2021-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica, SEME - Secretaria Municipal de Educação de Cariacica

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: EDULAB - COMERCIO DE PRODUTOS E EQUIPAMENTOS LTDA

Responsável: JORGE AUGUSTO BARCELOS MEIRELES, JOSE ROBERTO MARTINS AGUIAR, EUCLERIO DE AZEVEDO SAMPAIO JUNIOR

Procuradores: ANDRESSA DA SILVA DE CARVALHO (OAB: 97647-PR), JORGE EDUARDO DE ARAUJO SAADI (OAB: 14797-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE
CARIACICA – PREGÃO ELETRÔNICO 73/2021 –
AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA* – INDEFERIR
CAUTELAR – RITO ORDINÁRIO – DETERMINAR –
HABILITAR A EMPRESA MICROKIDS TECNOLOGIA
EDUCACIONAL E EDITORA LTDA – NOTIFICAR –
CIENTIFICAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I - RELATÓRIO

Trata-se de Representação com pedido cautelar proposta em face da Prefeitura Municipal de Cariacica, em razão de supostos vícios encontrados no Pregão Eletrônico nº 73/2021, que tem por objeto o Registro de Preços para eventual e futura a aquisição de livros paradidáticos de tecnologia educacional para a utilização dos alunos do Ensino Fundamental (anos iniciais) e professores, compondo projeto de tecnologia educacional.

Nos termos da peça exordial, alega o Representante, em síntese, a suposta identificação de irregularidades referentes à justificativa apresentada pela Prefeitura acerca da eleição das Editoras MICROKIDS e exclusão de participação de diversos outros materiais ofertados por Editoras renomadas, que poderiam atender satisfatoriamente os anseios da Administração Pública.

Apointa, ainda, a existência de suposto direcionamento e superfaturamento, afirmando que o edital *supra* possui o mesmo objeto, descrição técnica, descrição pedagógica, habilidades tecnológicas contempladas, ambiente virtual e descrição física do Pregão Eletrônico 36/2021, da Prefeitura Municipal de São Mateus que estava agendado para 07/07/2021.

Ressalta que até o quantitativo em ambas as aquisições é aproximado. Informa que, devido à apresentação de impugnação ao mencionado edital de São Mateus, teria aquela municipalidade suspenso o certame.

Diante das constatações apontadas na peça inaugural, o Representante requer o deferimento da medida cautelar nos seguintes termos:

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se:

- a) O recebimento da representação;
- b) **Liminarmente a SUSPENSÃO DO CERTAME;**
- c) O PROVIMENTO para que haja audiência pública, a fim de averiguar o universo de competidores que possam atender as necessidades da Prefeitura sem que haja DIRECIONAMENTO E SUPERFATURAMENTO e retificação dos títulos a serem adquiridos viabilizando a ampla competitividade. Não sendo esse o entendimento, requer-se a nulidade do certame.

Em vista de todo o exposto, proferi a DECM 00563/2021-6, determinando a notificação dos gestores antes de conceder a liminar pretendida, determinando, ainda, com fundamento no artigo 125, § 3º, da Lei Complementar Estadual 621/2012 c/c o art. 307, § 1º do Regimento Interno, Resolução TC nº 261/2013, a **NOTIFICAÇÃO** do Secretário Municipal de Educação –SEME, Sr. José Roberto Martins Aguiar; do Prefeito Municipal, Sr. Euclério de Azevedo Sampaio Junior; e do Pregoeiro Oficial, Sr. Jorge Augusto Barcelos Meireles, bem como, no mesmo prazo, que a Prefeitura Municipal de Cariacica encaminhasse para esta Corte de Contas, preferencialmente por meio digital, cópia integral do Edital de Pregão Eletrônico nº73/2021, com todos os documentos juntados.

Em resposta, os manifestantes juntaram aos autos os esclarecimentos e documentos pertinentes (conforme eventos eletrônicos nº 16, 17, 19, 20 e 21).

Assim sendo, procedi a análise do juízo de admissibilidade, conforme art. 94, §2º, da LC 621/2012 e art. 177, §2º, do RITCEES, conforme se depreende do **Despacho** 0030138/2021-7.

Em seguida, os autos foram os autos remetidos ao Núcleo de Outras Fiscalizações – NOF para instrução, através do **Despacho 30138/2021** (evento 24), momento em que fora proferida a **Manifestação Técnica de Cautelar 78-2021**, nos seguintes termos:

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

3.1. Conceder a medida cautelar, com fundamento no artigo 376, incisos I e II, do RITCES, em razão da presença do fumus boni iuris e do periculum in mora, determinando a suspensão imediata do procedimento licitatório referente Edital de Pregão Eletrônico 073/2021, na fase em que se encontrar, devendo a Administração se abster de praticar quaisquer atos relativos à continuidade do certame, até ulterior decisão desta Corte de Contas;

3.2. A NOTIFICAÇÃO dos senhores José Roberto Martins Aguiar - Secretário Municipal de Educação –SEME; Euclério de Azevedo Sampaio Junior Prefeito Municipal; e. Jorge Augusto Barcelos Meireles Pregoeiro Oficial, para, nos termos do artigo 307, § 4º, do RITCEES, cumprirem a decisão no prazo assinalado, publicar extrato na imprensa oficial quanto ao

teor da decisão e comunicarem as providências adotadas à esse Tribunal de Contas;

3.3. Cientificar o Representante do teor da decisão a ser proferida, nos termos do artigo 307, § 7º do RITCEES.

Observa-se que houve a juntada de Petição Intercorrente (Evento 28), com pedido de habilitação de parte interessada, referente a empresa MICROKIDS TECNOLOGIA EDUCACIONAL E EDITORA LTDA.

Por fim, retornaram os autos novamente a este Gabinete.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme se depreende dos autos, no presente momento a discussão cinge-se à concessão da cautelar pleiteada à Representação proposta em face da Prefeitura Municipal de Cariacica, em razão de supostos vícios encontrados no Pregão Eletrônico nº 73/2021, que tem por objeto o Registro de Preços para eventual e futura aquisição de livros paradidáticos de tecnologia educacional para a utilização dos alunos do Ensino Fundamental (anos iniciais) e professores, compondo projeto de tecnologia educacional.

Assim, a partir de uma análise sumária da petição inicial e dos documentos apresentados pelo Representante, exsurge a necessidade de se analisar o pedido de efeito suspensivo pugnado, a fim de que, posteriormente, possa o processo seguir regularmente o seu trâmite.

Em consonância com o Resolução TC nº. 261/2013, mais especificamente com os dispositivos regimentais contidos no artigo 376, incisos I e II c/c 404, inciso II deste normativo, há a possibilidade de que este efeito seja concedido, desde que sejam atendidos alguns requisitos, a saber, a identificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, consubstanciados, respectivamente, no fundado receio de grave ofensa ao interesse público e no risco de ineficácia da decisão de mérito, senão vejamos:

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 ofensa ao interesse público; e

II - Risco de ineficácia da decisão de mérito.

Art. 404. O Relator poderá deixar de encaminhar os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal, assegurada suma manifestação oral na sessão de julgamento quando, nos recursos, apresentar ao colegiado proposta de: [...]

II - pedido de concessão de medida cautelar de caráter urgente.

Logo, verifica-se que é necessária a existência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, devendo o mesmo ser fundamentado e exposto pelo representante nas suas razões, bem como que o direito pretendido é plausível.

De início, advirto quanto a necessidade de esclarecermos os conceitos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* para que possamos evidenciar o preenchimento ou não destes requisitos no caso em tela.

Quanto ao perigo da demora, este é entendido, em síntese, como o temor de que **a demora na prestação jurisdicional cause grave dano à parte, ou dano de difícil reparação** ao bem que se busca proteger.

Assim, a configuração deste requisito evidencia a necessidade de se demonstrar a existência ou probabilidade de acontecer algum dano jurídico ao direito da parte de obter uma tutela jurisdicional justa e eficaz.

Lado outro, tem-se a “*fumaça do bom direito*”, na tradução livre para o português de *fumus boni iuris*, instituto que é sinal indicativo de que o direito, de fato, existe.

Advirto que não há, quanto a este último requisito, a necessidade de comprová-lo, **bastando a presença da simples verossimilhança**.

Retornando ao caso dos autos, vê-se que o representante alega, em síntese, que a escolha da participante eleita não teria sido fundamentada nos autos do processo administrativo, ao arrepio do que prevê os ditames do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Em sede de análise pela equipe técnica, no que toca a este ponto, está assim se manifestou:

Da análise da documentação complementar verifica-se que nos Documento 12 (peça complementar nº 33376/2021-3), consta um PARECER TECNICO-PEDAGOGICO DOS LIVROS ETC – MICROKIDS, da lava a senhora Danielly Cristina Zucolotto – Coordenadora de Tecnologia e Sistemas e da senhora Fernanda Appel cantizano dos Santos – Gerente de Ensinos, datado de 26 de abril de 2021, com o seguinte teor

(...)

Depreende-se do documento que os livros dessa Editora, em específico, foram levados à análise, o que não foi mencionado no referido documento foi uma comparação com as outras editoras presentes no mercado e que igualmente atendem às especificações da BNCC - Base Nacional Comum Curricular.

Cumpre ressaltar a compra dos livros didáticos teria como justificativa, conforme se verifica na peça complementar 33376/2021-3 folha 02, os seguintes argumentos:

(...)

Nas especificações do objeto constantes do Edital de Pregão Eletrônico 073/2021 constam as seguintes características:

Em verificação à **Portaria Nº 52 de 19 de dezembro de 2018 publicada no Diário Oficial da União nº 244 em 20/12/2018** constatamos que **são várias as editoras aprovadas**, (...)

Concluem que haveria, em sede de análise perfunctória, a possibilidade de que várias editoras pudessem atender ao certame, tendo os auditores, assim, reconhecido a existência do *fumus boni iuris* na medida em que escolha da Microkids ETC pode ter limitado, de fato, a concorrência, afirmando no seguinte sentido:

Sobre este ponto de irregularidade trazido na representação, portanto, **visualiza-se a presença do *fumus boni iuris***, ou seja, há que se reconhecer, ainda em um juízo sumário, a **probabilidade da ocorrência de vício de ilegalidade** e, conseqüentemente, de ineficácia na demora de uma providência por parte dessa Corte de Contas que impeça a contratação ora impugnada.

Quanto a presença do *periculum in mora*, os técnicos assim se manifestaram:

Já o *periculum in mora* reside no fato de que, embora o procedimento tenha sido **suspenso por ato próprio da administração**, como se depreende do

Diário Oficial do Município de Cariacica, publicado no dia 15 de julho de 2021, nada obsta que a própria administração decida retornar ao andamento do certame, mesmo com a possível irregularidade ora suscitada, o que, portanto, não afasta o *periculum in mora*, pois ainda restaria a possibilidade de originar dano ao erário caso seja concluído o certame, prejudicando a eficácia da análise de mérito posterior.

Sendo assim, entende-se que existe a necessidade de se proteger a efetividade de um futuro provimento de mérito, que está diante da iminência de não alcançar o resultado prático dele esperado, ficando evidente que além da **presença do *fumus boni iuris* encontra-se também presente o *periculum in mora*.**

Diante do exposto, constata-se **que restam presentes os requisitos autorizadores da concessão de provimento cautelar no caso sob exame**, pois há **plausibilidade do alegado pela representante**, bem como há perigo de que, em se efetivando a contratação pretendida, ocorra dano ao erário.

Pois bem.

Das conclusões deduzidas na peça técnica e a fim de evitar repetições desnecessárias, indico que corroboro com a linha de intelecção adotada, razão pela qual identifico, igualmente, que houve o preenchimento do requisito relativo à fumaça do bom direito.

Lado outro, no que toca ao reconhecimento do *periculum in mora*, entendo que outra solução deva ser a adotada para o presente caso.

Explico.

Em que pese ter vislumbrado o preenchimento do requisito *fumus boni iuris*, divirjo parcialmente da área técnica no que se refere a presença do perigo da demora.

Evidencio, novamente, que consta no Diário Oficial do Município de Cariacica, publicado no dia 15 de julho de 2021, **a suspensão** do presente certame licitatório, senão vejamos:

Pregoeiro

**AVISO DE SUSPENSÃO
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 073/2021**
Proc. nº. 10.169/2021
O Município de Cariacica, Estado do Espírito Santo, por intermédio do seu Pregoeiro, torna público para amplo conhecimento e comunica aos interessados que fica suspensa a Licitação na modalidade Pregão Eletrônico, visando o Registro de Preços para eventual e futura aquisição de livros paradidáticos de tecnologia educacional para a utilização dos alunos do Ensino Fundamental e professores, para compor projeto de tecnologia educacional, para atender as necessidades das Unidades de Ensino Fundamental da Rede Municipal de Ensino do Município de Cariacica-ES. Em atenção aos autos nº 03053/2021-7 do Colendo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, até ulterior deliberação.
ID TCEES 2021.017E0600008.02.0008
Cariacica, 14/07/2021
Jorge Augusto B. Meireles
Pregoeiro

Este cenário, a meu ver, acaba por esvaziar a urgência da prestação jurisdicional pleiteada em sede de pedido cautelar, **correspondente ao preenchimento do requisito do perigo da demora**, em que pese haver plausibilidade no direito alegado, isto é, que o direito, de fato, existe, caracterizando o *fumus boni iuris*.

Para tanto, menciono a solução dada em caso semelhante, nos autos do Processo 1714-2021, de relatoria do Exmo. Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que, da análise da concessão de medida cautelar, entendeu no seguinte sentido:

Pois bem, diante dos documentos acostados aos autos, foi realizada consulta ao endereço eletrônico da Prefeitura Municipal de Vitória, a qual resultou que o pregão eletrônico a que se refere os autos, qual seja, 050/2021, encontra-se suspenso, desde o dia 16/04/2021, para análise da recomendação 01/2021, expedida pelo Ministério Público de Contas.

(...)

(...) DETERMINO, que caso entenda, pela continuação do Produzido em fase anterior ao julgamento referido pregão, que dê ciência a essa Corte de Contas, com 05 dias de antecedência.

Assim, observa-se que, naquele caso, o certame também fora suspenso pela Administração **antes da análise da cautelar pleiteada**, motivo pelo qual a solução encontrada restou consignada no seguinte sentido: **caso os responsáveis**

entendam pela continuação do certame, que se dê ciência a essa Corte de Contas, com 05 (cinco) dias de antecedência.

Faço ressalva apenas quanto ao **requisito afastado** no presente Voto do Processo 1714-2021, onde o Relator deste *decisium* indicou que a condição relativa ao *fumus boni iuris* não se encontraria preenchida, manifestando-se no seguinte sentido:

Pois bem, diante dos documentos acostados aos autos, foi realizada consulta ao endereço eletrônico da Prefeitura Municipal de Vitória, a qual resultou que o pregão eletrônico a que se refere os autos, qual seja, 050/2021, encontra-se suspenso, desde o dia 16/04/2021, para análise da recomendação 01/2021, expedida pelo Ministério Público de Contas.

Em sendo assim, resta claro que o requisito do fumus boni iuris, não se encontra preenchido, no entanto, tendo em vista que o referido edital, encontra-se apenas suspenso e não cancelado, DETERMINO, que caso entenda, pela continuação do referido pregão, que dê ciência a essa Corte de Contas, com 05 dias de antecedência.

Outrossim, esta linha de inteligência vem sendo por mim adotada em outros casos análogos, como, por exemplo, nos autos do Processo TC 2776-2021, em que adotei esta mesma conclusão.

Por fim, conforme já mencionado, houve a juntada de **Petição Intercorrente** (Evento 28), com pedido de habilitação de parte interessada, referente a empresa MICROKIDS TECNOLOGIA EDUCACIONAL E EDITORA LTDA.

Vislumbrando o interesse do manifestante *supra*, **entendo por bem promover a habilitação do mesmo.**

Desta forma, considerando ser esta a solução mais adequada para o caso, observando o que prescrevem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e divergindo parcialmente da área técnica, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Plenário.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-2749/2021-2

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** 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. CONHECER A REPRESENTAÇÃO, uma vez que presentes os requisitos postos no art. 94 da LC 621/2012;

1.2. INDEFERIR O PEDIDO DE CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR, com a consequente submissão dos presentes autos ao rito ordinário, por não preenchimento dos requisitos constantes dos artigos 306 e 376, incisos I e II do RITCEES;

1.3. DETERMINAR a remessa dos autos à Unidade Técnica para instrução do feito, submetendo os autos em tramitação pelo rito ordinário;

1.4. DETERMINAR que os Srs. José Roberto Martins Aguiar - Secretário Municipal de Educação –SEME; Euclério de Azevedo Sampaio Junior - Prefeito Municipal; e Jorge Augusto Barcelos Meireles Pregoeiro Oficial, que conduziram o certame, que, caso entendam pela continuação do Pregão Eletrônico 073/2021, que deem ciência a essa Corte de Contas, com 05 (cinco) dias de antecedência;

1.5. HABILITAR a Empresa MICROKIDS TECNOLOGIA EDUCACIONAL E EDITORA LTDA, nos termos do voto acima exarado;

1.6. NOTIFICAR os interessados;

1.7. CIENTIFICAR o Representante da presente decisão, nos termos do art. 307, §7º do RITCEES.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 16/09/2021 - 49ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib

Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, 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