



Decisão 03774/2021-2 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 05211/2021-2

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: BANESTES - Banco do Estado do Espírito Santo S/A

Relator: Domingos Augusto Taufner

Representante: MORAES NASCIMENTO & PICOLOTTO ADVOGADOS ASSOCIADOS

Responsável: JOSE AMARILDO CASAGRANDE

Procuradores: RODRIGO NASCIMENTO DA SILVA (OAB: 9571-MS, OAB: 27161A-MT, OAB: 5828-AC, OAB: 22967A-MA, OAB: 1287A-SE, OAB: 208120-MG, OAB: 18412A-AL, OAB: 45279A-CE), JULIANA COSTA SOUZA DE ALMEIDA (OAB: 15349-ES)

REPRESENTAÇÃO – BANESTES - BANCO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO S/A – AUSÊNCIA DE FUMUS BONIS IURIS – INDEFERIR CAUTELAR – RITO ORDINÁRIO

1. Deve ser indeferido o pedido de medida cautelar, quando for observado a ausência dos pressupostos da concessão da mesma, previstos no artigo 376 do Regimento Interno do TCEES.
2. Quando os pressupostos constantes do artigo 306 do Regimento Interno não restarem atendidos, a tramitação dos autos deve ocorrer no rito ordinário.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação com pedido de medida cautelar, apresentada pelo escritório Moraes Nascimento e Picolotto Advogados Associados, em face do

Banco do Estado do Espírito Santo S/A - BANESTES, noticiando possíveis irregularidades no Edital de Licitação 005/2021, cujo objeto é a contratação de pessoa jurídica para a execução de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica, a fim de prestar assessoria jurídica na defesa dos interesses e objetivos das empresas do Sistema Financeiro Banestes - SFB, no âmbito do território nacional.

Alega em síntese a Representante, que o edital contém exigências restritivas quanto à competição, e que carecem de legalidade, quais sejam:

- Ter sede e/ou filial da sociedade no local da prestação do serviço (item 3.2);
- Inscrição da sociedade na OAB da base territorial escolhida (item 6.1 “a”); e
- Declaração emitida por instituição financeira com identificação e firma reconhecida (item 8.1.2. do Termo de Referência – Anexo I).

Assim, requereu a concessão de medida cautelar para que fosse determinada a suspensão do trâmite do procedimento de credenciamento do Edital 005/2021.

Através da Decisão Monocrática 842/2021-1, a presente representação foi conhecida, e foi determinada a notificação do José Amarildo Casagrande – Diretor-Presidente do Banestes, que, apresentou justificativas consoante protocolo 22945/2021-1 (documento eletrônico 12).

Em seguida, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, que elaborou a Manifestação Técnica de Cautelar nº 00147/2021-3 e opinou pelo indeferimento da medida cautelar e oitiva das partes.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA ADMISSIBILIDADE

Precipuamente, cumpre destacar que o presente processo encontra respaldo no art. 101¹ da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual 621/2012) e estão

¹ **Art. 101.** Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de

presentes as condições de admissibilidade, insertas no art. 177 c/c 186² do Regimento Interno desta Corte de Contas, estando, portanto, atendidos os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual ratifico a Decisão Monocrática nº 896/2021-6 (documento eletrônico 20).

Passo, então, à análise dos requisitos da medida cautelar pleiteada.

2.2 DA MEDIDA CAUTELAR

O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito elenca os pressupostos de concessão da cautelar no artigo 376 do RITCEES, 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.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão.

Em acordo com o que estabelece o inciso X, do art. 71 da CF/88, o Tribunal de Contas tem o poder de sustar a execução de atos. Assim também estabelece o inciso XI da CE/89.

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

² **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.

Não obstante, sabe-se que as normas estabelecidas ao Tribunal de Contas da União, aplicam-se, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados, na forma do que prevê o artigo 75 da Carta Magna.

Para que seja concedida uma medida suspensiva de determinado procedimento, se faz necessário à presença de dois requisitos, quais sejam: *fumus boni iuris* – existência de prova inequívoca das alegações, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito, definido como juízo de probabilidade de existência do direito e o *periculum in mora* – risco de dano irreparável ou de difícil reparação, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito.

No processo *sub examine*, o Representante suscita a suspensão do trâmite do procedimento licitatório em razão de supostas irregularidades no Edital de Licitação 005/2021, alegando que há três exigências que restringem a competição e comprometem a legalidade do certame, quais sejam, ter sede e/ou filial na região de prestação de serviços e respectivo registro na OAB da base territorial em que prestarão os serviços e reconhecimento de firma do emissor da declaração de capacidade técnica para cada área de atuação em que pretende atuar.

No que se refere às duas primeiras exigências — ter sede e/ou filial na região de prestação de serviços e respectivo registro na OAB — o Representante argui que as mesmas ferem precedentes do Tribunal de Contas da União – TCU³ e do próprio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCE/ES⁴, dos quais destaco a Súmula TCU 272, de 2/5/2012, que materializa os entendimentos proferido, no sentido que é vedada, no edital de licitação, “a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.”

Argumenta que a exigência de ter sede e/ou filial na região de prestação de serviços não se justificaria, ante a possibilidade de os julgamentos serem realizados à distância de maneira virtual, principalmente a partir da pandemia da Covid-19. E

³ Acórdão 539/2007 - Plenário TCU, Acórdão 6920/2015, 1ª Câmara – TCU, Súmula TCU 272

⁴ Acórdão 631/2017 – Plenário TCE-ES

ainda, que para os casos que eventualmente exijam atuação presencial de um advogado, haveria a possibilidade de que se realizar as demandas por meio de correspondentes jurídicos, que poderiam, inclusive, se associar aos escritórios contratados.

Lado outro, acerca dos pontos acima mencionados, o Sr. José Amarildo Casagrande Diretor-Presidente do Banestes, através da Defesa/Justificativa 01215/2021-8 (doc. eletrônico 12) elucida que a referida exigência “é específica para as áreas de atuação Cível, Seguro e Cobrança Regressiva, Recuperação de Crédito, Trabalhista e Tribunal Superior, (...) já que o Sistema Financeiro Banestes não tem atuação em âmbito nacional (...), mas atua primordialmente dentro do limite territorial do Estado do Espírito Santo”, destacando que “ainda há um grande volume de processos judiciais em andamento do Banestes que tramitam em forma física e que serão distribuídos aos vencedores da licitação”.

Ademais, alega que a exigência se mostra indispensável para garantir o interesse público, na medida em que assegura a redução de custos da Administração com despesas de deslocamento, tendo em vista que há previsão da possibilidade de reembolso de quilometragem, mediante prévia solicitação e justificativa da Contratada, sendo assim, menos oneroso para o Sistema Financeiro Banestes o pagamento de reembolso para sociedades que possuam sede e/ou filial na localidade em que terá atuação.

O representado replica ainda que a exigência de sede e/ou filial da sociedade no local da prestação do serviço não consta como um requisito de habilitação, mas sim como condição para a execução do contrato, “razão pela qual deverá ser viabilizada apenas e tão somente caso a sociedade de advogados seja vencedora do certame, somente quando da efetivação da relação contratual, entendimento este em perfeita consonância com a consolidação do Tribunal de Contas da União na Súmula nº 272. ” Pois bem.

Quanto à exigência de sede e/ou filial da sociedade no local da prestação do serviço e de inscrição da sociedade na OAB da base territorial escolhida, conforme apontado pela área técnica, de acordo com o representado e comprovado pelo

edital, verifico que não consta como requisito de habilitação, mas como condição para a execução do contrato, senão vejamos:

6.1 Poderão participar desta licitação quaisquer sociedade de advogados legalmente constituídas e estabelecidas, que estejam habilitadas e capacitadas a executar o seu objeto, que satisfaçam, integralmente, a todas as condições fixadas neste Edital, desde que:

- a) Estejam constituídas na forma legal até a data de entrega da documentação e devidamente inscritas junto à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, e, **na assinatura do contrato, comprovem a inscrição individual na OAB da base territorial em que prestarão os serviços. (grifo nosso)**

Desta forma, corroboro os entendimentos firmados tanto pelo TCU quanto pelo TCEES, acerca da possibilidade das exigências que impliquem em custos, na fase de contratação, desde que justificadas.

Em situação análoga, o Plenário desta Corte determinou ao BANESTES que a exigência seja feita em momento posterior ao credenciamento, consoante Acórdão 631/2017 – Plenário (processo TC 7061/2015), senão vejamos:

ACÓRDÃO TC-631/2017 - PLENÁRIO

REPRESENTAÇÃO EM FACE DO EDITAL DE CREDENCIAMENTO 2/2015 – 1) PRELIMINARMENTE, REJEITAR O DESAPENSAMENTO DO TC-6622/2015 –2) ACOLHER RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS – 3) REJEITAR PARCIALMENTE RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS – DEIXAR DE APLICAR MULTA – 4) PROCEDÊNCIA PARCIAL – 5) DETERMINAÇÕES – 6) DAR CIÊNCIA – 7) ARQUIVAR

(...)

5. Determinar, com fundamento no art. 57, III, da Lei Complementar Estadual 621/12, ao BANESTES SEGUROS S/A, BANESCOR – BANESTES CORRETORA E ADMINISTRADORA DE SEGUROS LTDA, BANESTES CLUBE DE SEGUROS, BANESCAIXA – CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS EMPREGADOS DO SISTEMA FINANCEIRO BANESTES, BANESTES DTVM – BANESTES DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA, o seguinte:

- a. **Nos próximos credenciamentos objetivando a contratação de serviços advocatícios, não exija na fase de habilitação do credenciamento a instalação da sede ou filial do escritório nos locais da prestação dos serviços, possibilitando que tal providência seja desencadeada em momento posterior, após o credenciamento;**

Portanto, considerando que as justificativas apresentadas pelo Banestes acerca da limitação da atuação territorial, bem como ao fato de parte dos processos se encontrarem tramitando em meio físico e o impacto financeiro com despesas de deslocamento previstas, entendo como aceitáveis as exigências do Edital para as áreas de atuação especificadas, não se verificando quanto a estes itens a presença de algum elemento que configure grave ofensa ao interesse público.

Portanto, entendo que não se encontra presente o requisito do fundado receio de grave ofensa (*fumus boni iuris*), explícito no artigo 376, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

De igual maneira, considerando que a exigência de sede e/ou filial da sociedade no local da prestação do serviço e de inscrição da sociedade na OAB da base territorial deverá ser viabilizada apenas e tão somente caso a sociedade de advogados seja vencedora do certame, por se referir apenas a uma expectativa e não uma questão imediata, entendo que não há risco de ineficácia da decisão de mérito, conforme disposto no artigo 376, inciso II, do RITCEES.

Em relação à terceira exigência — reconhecimento de firma do emissor da declaração de capacidade técnica — aduz o representante que “um atestado firmado com certificado digital alcançaria o objetivo do edital, sem ofender as regras sanitárias em que vivemos”.

A respeito da exigência acima elencada, a jurisprudência tende a considerar restritiva à competitividade, sendo cabível, no entanto, em caso de dúvida quanto à autenticidade da assinatura e se houver prévia previsão no edital, conforme vemos abaixo:

Acórdão 291/2014 - Plenário - TCU

9.3. Dar ciência à Prefeitura Municipal de Alto Alegre dos Parecis/RO das seguintes irregularidades e impropriedades ocorridas na Tomada de Preços 05/2013, com vistas a evitá-las em futuros certames licitatórios destinados à contratação de objetos custeados por recursos federais:

(...)

9.3.4. Inabilitação de empresa devido à ausência de reconhecimento de firma, exigência essa que apenas pode ser feita em caso de dúvida da autenticidade da assinatura e com prévia previsão editalícia, conforme entendimento desta Corte, a exemplo do Acórdão 3.966/2009-2ª Câmara;

(...)

Acórdão 604/2015 – Plenário

(...)

9.3.2 a jurisprudência desta Corte de Contas considera restritiva à competitividade das licitações cláusula que exija a apresentação de documentação com firma reconhecida em cartório, conforme **Acórdão 291/2014 – Plenário**;

(...)

Contudo, conforme apontado pela área técnica, nos esclarecimentos prestados pelo Sr. José Amarildo Casagrande, nota-se a necessidade do Banestes garantir a autenticidade da assinatura dos atestados emitidos, o que só seria possível com o reconhecimento de firma, já que o mesmo não dispõe de meios para a validação/manutenção dos documentos assinados eletronicamente ou com certificado digital:

(...)

De fato, tanto a assinatura digital quanto a assinatura eletrônica possuem validade jurídica. Todavia, para a aceitação de documentos assinados eletronicamente ou com certificado digital é necessário que exista viabilidade operacional de identificação inequívoca do signatário e que esteja o documento revestido dos atributos de autenticidade, integridade e confidencialidade.

O armazenamento de documento nesse formato demanda a composição de uma estrutura sistêmica específica que o Banestes ainda não detém, impossibilitando, atualmente, a manutenção dos documentos em meio eletrônico.

Por essa razão, e considerando que os processos administrativos do Sistema Financeiro Banestes tramitam em meio físico, bem como que os documentos assinados digitalmente após impressos perdem a validade jurídica, foi previsto no item 25.4 do Edital que não serão admitidos documentos e declarações assinados nem (*sic*) assinados digitalmente (através de Certificado Digital E-CPF ou E-CNPJ).

Ademais, conforme exposto acima, em razão dos processos administrativos do Banestes tramitarem em meio físico, haveria a necessidade de imprimir as declarações, tornando-as juridicamente inválidas.

Situação semelhante ao cenário apresentado nos autos ocorreu na Prefeitura Municipal de Vitória, onde não tendo sido comprovada a restrição de competitividade no caso concreto, conforme **Acórdão TC-1744/2018**, o Plenário do TCE-ES ratificou integralmente a Instrução Técnica Conclusiva 4382/2018, se posicionando da seguinte maneira:

3.3 DA IRREGULARIDADE DE EXIGÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA DE DOCUMENTOS APRESENTADOS NO CERTAME (item “c” da inicial deste processo/item III da inicial do processo 8378/2018)

(...)

A Prefeitura alegou que a exigência encontra amparo legal, não seria demasiada no caso da procuração, é prática corriqueira de custo ínfimo em relação ao valor do contrato e se justifica pela elevada ocorrência de questionamentos levantados pelas licitantes participantes nos procedimentos licitatórios quanto à veracidade das assinaturas apresentadas, o que muitas vezes é motivo de tumultos e discussões entre os próprios participantes.

Ainda que as cláusulas ora contestadas caracterizem imposição desnecessária que contraria a jurisprudência mais recente do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, entende-se que as justificativas apresentadas pela Prefeitura de Vitória são razoáveis e que a exigência não contribuiu para a restringir a competição no caso concreto, tendo em vista o baixo custo do procedimento, especialmente porque a autenticação só foi exigida para dois documentos. Ressalta-se ainda que houve a participação de três empresas no certame, todas representadas por terceiros, conforme Ata da Sessão de Disputa do Pregão Presencial 215/2018, realizada em 17/10/2018.

Ante o exposto, entende-se que não se configurou a irregularidade apontada pelos representantes pois não houve restrição de competitividade no presente caso, de modo que resta prejudicada a análise dos pressupostos da medida cautelar. (grifo nosso)

(...)

Ante o exposto, em função das particularidades do Banestes, considero razoável a exigência do reconhecimento de firma para as declarações de capacidade técnica. Ressalto que para a diminuição dos custos dos participantes do certame, a cláusula 2.3.2.1 do edital (doc. 21, p. 169) prevê que em uma única declaração pode constar que houve a prestação de serviços em mais de uma área de atuação, bastando, para tanto, a extração de cópia.

Assim, ante a ausência dos requisitos autorizadores da medida cautelar entendo que a mesma deve ser indeferida.

Todavia, importante ressaltar que o fato de não ser concedida ou mantida uma medida cautelar não representa automaticamente concordância desta Corte de Contas com procedimentos realizados pelos gestores, pois a análise neste momento é superficial e sem todos os aprofundamentos necessários. O TCE-ES vai continuar aprofundando a instrução processual, e ao final, se posicionará sobre as possíveis irregularidades levantadas. Caso ao final do processo sejam confirmadas as irregularidades, os responsáveis serão alcançados pelas sanções legais.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. DECISÃO TC-3774/2021-2:

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:

1.1. CONHECER a presente representação, na forma do artigo 99, §1º, IV c/c artigo 94 ambos da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas;

1.2. INDEFERIR a medida cautelar, em razão da ausência do requisito autorizador, disposto no artigo 376, incisos II, do RITCES;

1.3. DETERMINAR o prosseguimento do feito no rito ordinário;

1.4. DETERMINAR a OITIVA DAS PARTES, preferencialmente por meio eletrônico, do Sr. **JOSÉ AMARILDO CASAGRANDE** – Diretor-Presidente do Banestes, para que no prazo de 10 (dez) dias, se manifeste sobre o teor da Representação, observando o disposto no art. 307, §3º, do RITCEES;

1.5. ENCAMINHAR cópia da Petição Inicial juntamente com o Termo de Notificação.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 23/11/2021 - 60ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, 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 Luciano Vieira (em substituição ao procurador-geral).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente