



Decisão 03841/2021-1 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 05588/2021-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMM - Prefeitura Municipal de Montanha

Relator: Domingos Augusto Taufner

Representante: Membros do Ministério Público Estadual (ES, EDILSON TIGRE PEREIRA)

Responsável: ANDRE DOS SANTOS SAMPAIO, JOELSON ALVES FERNANDES, JANE BISPO ENGELHARDT, CELSO DE OLIVEIRA BUSSU

**PROCESSUAL – PRESENTES REQUISITOS DE
ADMISSIBILIDADE – CONHECER A
REPRESENTAÇÃO – AUSÊNCIA DE REQUISITOS
AUTORIZADORES DE MEDIDA CAUTELAR –
INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR – RITO ORDINÁRIO
– OITIVA DAS PARTES.**

1. A interrupção de serviços essenciais pode gerar grave dano à população, e, por consequência ocasionar o chamado *periculum in mora reverso*, o que impede a concessão da medida cautelar, quando o dano resultante da concessão da medida cautelar for superior ao que se deseja evitar.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1. RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Representação, com pedido cautelar, protocolizada pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo – GAMPES: 2021.0007.7023-51 OF/PGMO/Nº. 444/2021 e Ação Civil Pública respectiva – PJE nº. 50006278320218080033, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do

procedimento licitatório Pregão Presencial nº. 03/2021 promovido pelo Município de Montanha, a pedido do Secretário Municipal de Administração e Finanças, Sr. Joelson Alves Fernandes, e por ordem do Prefeito Municipal, Sr. André dos Santos Sampaio, cujo objetivo era a contratação de empresa especializada em prestação de serviços de assessoria, auditoria contábil e tributária, educação, controle interno, patrimonial e gestão pública em geral, resultando no Contrato nº. 18/2021, com a empresa SSO Consultoria e Treinamento LTDA (nome fantasia: Zack Consultoria e Treinamento LTDA) no valor de R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Argui o representante que o Município promove procedimento licitatório em desfavor de regras e preceitos legais pertinentes, elenca ainda os responsáveis e respectivas qualificações, com suas participações nas supostas ilegalidades, quais sejam:

1. Modalidade licitatória de pregão inadequada na espécie, por não se tratar de contratação de bens e serviços comuns: e critério impróprio de avaliação (menor preço por lote), no lugar de melhor técnica ou técnica e preço;
2. Objeto genérico de contratação com atribuições abstratas, vagas ou subjetivas em expressões, termos ou comandos presentes em quadro de atividades e resultados esperados no termo de referência;
3. Ausência de ETP – estudo técnico preliminar e de planejamento licitatório;
4. Ausência de critérios ou parâmetros objetivos de controle, transparência e fiscalização do contrato, resultados e metas de desempenho;
5. Ausência de capacidade técnica e operacional da empresa contratada, considerando a exigência de prestação pessoal dos serviços, além do regime de dedicação exclusiva e vedação de subcontratação presentes no contrato;
6. Contratação desnecessária (ato antieconômico), sendo que a administração local possui servidores antigos e experientes, sendo dois técnicos de contabilidade e um contador, com seus registros profissionais ativos, que poderiam ser capacitados, gratuitamente e a distância em entidades públicas ou governamentais, como TCU/ENAP e TCE, para a implantação do sistema de governança pública (corporativa). Aliás, foram esses mesmos cursos a distância apresentados pela contratada, em seus certificados;
7. Ausência de comprovação dos requisitos de habilitação sobre a empresa contratada (pessoa jurídica), a qual se distingue da pessoa física de sua representante legal, nos quesitos formação e experiência profissionais;

8. Alteração do termo de referência no curso da licitação, com exclusão de item de capacidade técnica (Economista e seu registro no Corecon) e de todos os itens ao nível de “especialização” nas diversas áreas técnicas de interesse do certame: e.g. auditoria, contabilidade, controladoria, finanças, tributação, orçamento, transparência, tecnologia da informação, legislação e recursos humanos, etc. Alteração, esta, sem submissão a parecer prévio da Procuradoria Jurídica;
9. Ausência de designação formal do fiscal ou fiscais de contrato conforme a indicação da pasta, seção ou secretaria de governo de determinada área de interesse do certame. Ausência de indicação de quais órgãos ou secretarias indicariam esses fiscais;
10. Ausência de regras claras sobre comparecimento pessoal e prestação dos serviços em vista de remuneração mensal de contrato, independentemente do controle de produtividade e resultado, pela contratada;
11. Direcionamento prévio do certame por diversas ocorrências ou constatações verificadas no processo licitatório em seu contexto, desde a sua autorização inicial pelo prefeito, a qual coincidiu, inclusive, com a licença não remunerada da contratada no cargo de contadora do CRC-ES;
12. Orçamentos genéricos que não retratam as especificidades do objeto licitado, apenas reproduzindo itens do termo de referência, sendo ofertados por escritórios de contabilidade sem condições de prestar os serviços em todas as áreas de interesse do certame: alguns desses orçamentos sem detalhamento, identificação, fonte de comprovação ou de emissão, e confeccionados por profissionais liberais ou empresas sem contratos similares – um deles obtido com empresa de estatística e pesquisas eleitorais, sediada em uma casa de praia, além de outros com sobrepreço ou preços desproporcionais, artificiais, para elevar o preço médio/referência;
13. Ausência de autenticação nos diplomas e certificados apresentados pela licitante vencedora ou prova de emissão desses mesmos documentos, a menos de 90 (noventa) dias de sua apresentação, conforme exigido pelo edital, mesmo havendo impugnação sobre essa questão específica (pela Maciel), e mesmo que não arrazoadado o recurso (por desistência posterior); ausência de verificação de ofício pela Pregoeira das autenticações, conforme previa o edital (atuação ex officio);

14. Formação recente da empresa contratada, sem experiência em contratos com a administração pública, com 03 (três) cursos ofertados em plataforma digital (Sympla) que não venderam nenhum ingresso, e contratos (apenas de contabilidade) – com uma Igreja, uma O.S e outro com uma associação beneficente;
15. Registros recentes da empresa e do responsável técnico no CREA-ES, obtidos no curso da licitação, apenas para o atendimento formal de requisitos do edital; registros estes providenciados antes do adiamento da primeira sessão do pregão (redesignação), por conta da alteração do termo de referência;
16. Responsável técnico (RT) em administração sem experiência alguma nas áreas de interesse do certame: técnico em manutenção mecânica, formado em administração em 2017, mas com registro recente, obtido antes mesmo do contrato de RT firmado com a empresa vencedora, no mesmo ano da licitação;
17. Julgamento direcionado e parcial, pela pregoeira, de recursos e impugnações apresentados pelas demais licitantes, agindo de modo a afastá-las do certame, sendo que uma delas (Maciel) chegou a desistir de recurso interposto;
18. Inabilitação de um dos licitantes (Maciel), no intervalo entre a 1ª sessão suspensa e a 2ª, em continuidade: com diligência e decisão não comunicadas nas atas do pregão nem às partes licitantes; além de participação contraditória da segunda inabilitada (Maciel), na última sessão, inclusive com interposição de recurso. Inabilitação esta que teria ocorrido por participação de agente credenciada pela Maciel, na 1ª sessão, que também era servidora temporária de Montanha, mas em função desimportante para o certame (auxiliar de secretaria escolar);
19. Antecipação do mérito recursal por meio de decisão/conclusão genérica da Pregoeira sobre autenticidade de documentos apresentados pela empresa vencedora, sem antes proceder à suspensão da sessão para fins de melhor verificação; além da exigência (pela pregoeira) de fundamentação ou motivação exaurientes no ato de interposição do recurso da Maciel, antes do prazo legal para arrazoá-lo;
20. Contratação para implantação de governança pública mesmo sem lei local ou regulamento do Executivo sobre governança no município. Termo de Referência e contrato sem vinculação ou menção, suplementares, a diploma federal sobre a matéria;

21. Descumprimento do próprio Manual CNM/TCU sobre governança municipal, invocado pelos gestores locais em resposta ao MPES, o qual recomenda a produção legislativa (interna) a respeito da matéria (Governança) e aproveitamento da própria estrutura administrativa e de pessoal para sua implantação, sem o incremento de nova despesa pública desnecessária;
22. Atribuição de funções executivas em contrato, indelegáveis a particular, como assessoria jurídica, legislativa, finanças públicas, controladoria e auditoria, que vão além da mera consultoria;
23. Inaplicabilidade do PC (Parecer em Consulta) – TCE/ES n]. 19/2018 invocado pelos gestores para justificar a contratação em liça, por não se tratar de contrato de assessoria meramente contábil, para elaboração, por exemplo de LDO, PPA, LOA e PCA;
24. Inexistência de contratos similares com assessorias contábeis na elaboração de LDO, PPA, LOA e PCA, no município, com preços bastante inferiores ao contratado na licitação em tela;
25. Inaplicabilidade do Prejulgado TCE nº. 43/2018, por não se tratar de contrato de assessoria tributária em recuperação de créditos.

Ao final, requer adoção de providência legais cabíveis, bem como que seja concedida medida cautelar, para que seja suspensa a execução do contrato administrativo 021/2018 firmando entre o município de Montanha e a SSO Consultoria e Treinamento LTDA.

A presente representação foi conhecida por meio da Decisão Monocrática 869/2021-9 (doc. 56), momento que foi determinada a notificação dos responsáveis para apresentarem justificativas e documentos que julgassem necessários.

Os responsáveis foram devidamente notificados, por meio dos Termos de Notificação 1824/2021-3¹, 1825/2021-8², 1826/2021-2³, 1827/2021-7⁴ (docs. 58 a 61) e apresentaram suas justificativas em conjunto, por meio das Defesa/Justificativas 1245/2021-9, 1244/2021-4 e 1243/2021-1 (docs. 63, 65 e 67, respectivamente) e

¹ Termo de Notificação do Sr. André dos Santos Sampaio – Prefeito Municipal

² Termo de Notificação do Sr. Joelso Alves Fernandes – Secretário Municipal de Administração e Finanças

³ Termo de Notificação da Sra. Jane Bispo Engelhardt – Pregoeira Municipal

⁴ Termo de Notificação do Sr. Celso de Oliveira Bussu – Assessor Jurídico

documentos complementares, Peças Complementares 49585/2021-1, 49584/2021-5 e 49577/2021-5 (docs. 64, 55 e 68, respectivamente).

Ante as justificativas e documentos encaminhados pelo responsável, os autos foram remetidos para o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, que se manifestou por meio da Manifestação Técnica 165/2021-1 (doc. 74), opinando pelo indeferimento da medida cautelar em razão da ausência dos requisitos autorizadores.

É o sucinto relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ADMISSIBILIDADE

A Representação está prevista e disciplinada no artigo 99⁵ da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 (Lei Orgânica deste Tribunal de Contas), que determina que serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

Dessa forma, o aludido artigo em seu parágrafo 1º estabelece quem são os legitimados para representar junto a este Tribunal de Contas, vejamos:

Art. 99 [...]

§ 1º Têm legitimidade para representar ao Tribunal:

I - Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

II - Magistrados e **membros do Ministério Público;**

III - responsáveis pelos órgãos de controle interno, em cumprimento ao artigo 76, § 1º, da Constituição Estadual;

IV - Senadores da República, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores;

V - Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

⁵ Art. 99. Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

- VII - unidades técnicas deste Tribunal;
- VIII - as equipes de inspeção ou de auditoria, nos termos do artigo 37, inciso II desta Lei Complementar;
- IX - servidores públicos e outras autoridades que tenham conhecimento de irregularidades em virtude do exercício do cargo ou da função que ocupem;
- X - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de suas atribuições legais. (grifo nosso).

Assim, entendo que a presente representação foi apresentada por legitimado, estabelecido no artigo 99, §1º, II, da Lei Orgânica desta Corte de Contas, razão pela qual passo a análise dos demais requisitos de admissibilidade.

O artigo 99, da Lei Orgânica deste Tribunal determina, ainda, no parágrafo 2º que se aplicam a representação, no que couber, as normas relativas a denúncia, dentre elas está o artigo 94 do citado diploma legal, que estabelece os **requisitos de admissibilidade**, quais sejam:

- I) a matéria ser de competência do Tribunal;
- (II) ser redigida com clareza;
- (III) conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;
- (IV) estar acompanhada de indício de prova;
- (V) se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;
- (VI) se pessoa jurídica, prova de sua existência, e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

No mesmo sentido são o art. 182⁶, parágrafo único, e os arts. 177⁷ e 177-A⁸ do RITCEES.

Nesse cenário, verifico que a matéria é de competência deste Tribunal (I), está redigida com clareza (II), contém informações sobre fato, autoria, circunstâncias e

⁶ Art. 182 [...]

Parágrafo único. Aplicam-se às representações, no que couber, as normas relativas à denúncia.

⁷ 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.

⁸ Art. 177-A. Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para avaliação do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para o processamento imediato de fiscalização ou, conforme o caso, para composição de matriz de risco.

elementos de convicção (III), está acompanhada de indício de prova IV, e foi apresentada por pessoa natural, contendo nome completo e profissão, e endereço do local da Prefeitura Municipal, tendo em vista o erro, já debatido, na interposição (V).

Assim, entendo que estão presentes os requisitos de admissibilidade, devendo a presente ser conhecida, e passo a análise da medida cautelar pleiteada.

2.2. DA MEDIDA CAUTELAR

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no inciso X, do art. 71 que o Tribunal de Contas tem o poder de sustar a execução de atos. Assim também estabelece o inciso XI da CE/89.

Nesse sentido, o Regimento Interno deste tribunal de Contas determina no art. 376, que são requisitos autorizadores para a concessão de medida cautelar o fundado receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito, 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;

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. (grifo nosso)

Assim, no caso em tela deve-se verificar se a contratação da empresa Zack Consultoria e Treinamento LTDA, especializada em prestação de serviços de assessoria, auditoria contábil e tributária, educação, controle interno, patrimonial e gestão pública em geral, (Contrato nº. 18/2021), configura grave ofensa ao interesse público e, sendo o caso, se há risco de ineficácia da decisão de mérito, requisitos autorizadores de medida cautelar, os quais passo analisar.

2.2.1. Do fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou *fumus boni iuris*

O fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou *fumus boni iuris* consiste na plausibilidade do direito alegado, ou seja, deve-se verificar se há indícios de grave ofensa ao interesse público, não havendo necessidade, neste momento, de se provar a existência da irregularidade.

Da análise perfunctória dos autos, verifico que o representante narra vícios no certame licitatório, dentre eles que a modalidade licitatória utilizada, pregão, era indevida, visto que não se tratava de contratação de bens e serviços comuns: e critério impróprio de avaliação (menor preço por lote), sendo que o correto seria melhor técnica e preço.

Inicialmente observa-se que a licitação tinha por objeto a contratação de contratação de empresa especializada em prestação de serviços de assessoria, auditoria contábil e tributária, educação, controle interno, patrimonial e gestão pública em geral, e devido à aparente ausência de detalhamento do objeto, vislumbra-se ser um serviço especializado, dado as diferentes demandas a serem cumpridas.

O artigo 1º da Lei Federal nº. 10.520/2002, determina que para a aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão, e no parágrafo único do aludido artigo, a lei traz a definição de bens e serviços comuns, vejamos:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. **Consideram-se bens e serviços comuns**, para os fins e efeitos deste artigo, **aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.**

Acerca do tema o Tribunal de Contas da União já se manifestou por meio do Acórdão 601/2011 – Plenário, dispondo que é *“inviável do uso do pregão para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução”*.

Dessa forma, numa análise sumária da representação, bem como dos documentos acostados aos autos há indícios de que o objeto do certame era a contratação de

serviços especializados, e por este motivo não poderia ter sido utilizada a modalidade licitatória do pregão.

Assim, em razão de indícios de que se tenha utilizado a modalidade licitatória equivocada, entendo que se encontra presente o requisito fundado receio de grave ofensa, explícito no artigo 376, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

2.2.2. Do risco de ineficácia da decisão de mérito ou *periculum in mora*

Acerca do risco de ineficácia da decisão de mérito, deve-se avaliar os possíveis efeitos da demora de agir, podendo, ao final, a decisão de mérito ser ineficaz.

No caso em tela, tem-se que o contrato que se pretende interromper envolve atividades de diversos setores da administração pública.

E segundo os responsáveis, por meio de suas justificativas, *“durante a transição de governo vários fatores chamaram atenção, dentre eles, o mais crítico, foi a ausência de mão de obra especializada, o número de cargos em comissão e a falta de conhecimentos técnicos em todas as áreas da gestão municipal: saúde, educação, administração, finanças, assistência social, recursos humanos, arrecadação, parcerias, dentre outras.*

Destacam os responsáveis que o quadro de pessoal do município conta com apenas um técnico em contabilidade, e são necessários mais profissionais para desenvolver todas as atividades para o bom desempenho da administração.

Sustentam, ainda que a assessoria contratada presta serviços em diversas áreas da administração municipal, tal como saúde, educação e assistência social.

Da análise das justificativas dos responsáveis, e numa análise sumária dos autos verifica-se que há serviços praticados pela empresa contratada que são essenciais para o bom funcionamento da Administração Pública, quais sejam, contábil e tributária, educação, controle interno, patrimonial e gestão pública em geral. E, a interrupção desses serviços poderia gerar grave dano à população, e, poderá ocasionar o chamado ***periculum in mora reverso***, quando o dano resultante da medida adotada é superior ao que se deseja evitar.

E, restando configurado o *periculum in mora reverso*, que abrange o dano irreparável à parte contrária, ou seja, quando o dano resultante da concessão da medida cautelar for superior ao que se deseja evitar, não se deve conceder a tutelar de urgência.

Logo, entendo que não há risco de ineficácia da decisão de mérito, disposto no artigo 376, inciso II, do RITCEES.

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 do entendimento da Área Técnica, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. DECISÃO TC-3841/2021-1:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os senhores Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas, em:

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

1.2. INDEFERIR a medida cautelar, em razão da ausência dos requisitos autorizadores, dispostos no artigo 376, incisos I e 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. André dos Santos Sampaio, Prefeito Municipal, Sr. Joelson Alves Fernandes, Secretário Municipal de Administração e Finanças, Sra. Jane Bispo Engelhardt, Pregoeira Municipal e Sr. Celso de Oliveira Bussu, Assessor Jurídico, para que no prazo de 10 (dez) dias, se manifestem sobre o teor da Representação, observando o disposto no art. 307, §3º, do RITCEES;

1.5. ENCAMINHAR cópia da Petição Inicial juntamente com os Termos de Notificação.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 01/12/2021 - 55ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente) e Domingos Augusto Taufner (relator);

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antônio da Silva (em substituição).

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Heron Carlos Gomes de Oliveira.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente