



Decisão 04008/2021-8 - 1ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 05252/2021-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMI - Prefeitura Municipal de Itarana

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: VANDER PATRICIO, MARCELO RIGO MAGNAGO

Representante: WORK TEMPORARY SERVICOS EMPRESARIAIS LTDA

Procurador: BRYSA VALERIA LOPES DE OLIVEIRA ARAUJO (OAB: 29112-DF)

REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE PERICULUM IN MORA – DENEGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR.

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

1 RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre Representação apresentada pela sociedade empresária **Work Temporary Serviços Empresariais Ltda.-ME**, com pedido de medida cautelar *inaudita altera parte*, em face da **Prefeitura Municipal de Itarana**, por supostas irregularidades no **Pregão Eletrônico nº 032/2021**, com sessão a ser realizada na data de 13/10/2021 às 08:30h, cujo objeto é a *Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de Segurança e Medicina do Trabalho, para acompanhamento e atualização do LTCAT - Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho, elaboração do PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, acompanhamento do PPRA - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais e PCMSO - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional dos servidores da Prefeitura Municipal de Itarana e do Fundo Municipal de Saúde de Itarana, conforme especificações e quantidades estabelecidas nos anexos II e III do Edital.*

A peça inicial da notícia de irregularidade foi protocolada nesta Corte na data de 01/10/2021 às 18:31h (Protocolo 22614/2021-8), e encaminhados os autos a este Gabinete para deliberação na mesma data às 19:14h.

Informa o representante que foram identificadas *algumas inconsistências no Edital que ferem princípios basilares do direito administrativo, legislação extravagante, bem como jurisprudência dos tribunais que realizam o controle externo, quais sejam:*

1. Inexistência de exigência de registro da empresa/profissionais no Conselho Regional de Medicina e Conselho de Regional de Engenharia e Agronomia;
2. Ausência de exigência de atestado de capacidade técnica como qualificação técnica.

Por fim, requer o Representante:

- 1 - concessão de medida cautelar para suspensão do Edital Pregão Eletrônico nº 32/2021, e conseqüentemente do competente procedimento para apuração dos fatos;
- 2 – seja determinada a retificação do Edital Pregão Eletrônico nº 32/2021, a fim de que haja a previsão das exigências legais acima indicadas.

Para o exato cumprimento das missões constitucionais deste Tribunal de Contas, deixei de analisar o mérito da cautelar naquele momento para melhor apurar os fatos representados, sempre buscando maior aproximação da certeza, visto que o que se resguarda é o interesse público, e decidi para que fossem carreados aos autos todos os dados e documentos necessários aos esclarecimentos dos fatos narrados na presente Representação.

Por meio da **Decisão Monocrática 00846/2021-8** (doc. 11) foi determinada a oitiva dos Srs. Vander Patrício – Prefeito Municipal e Marcelo Rigo Magnago – Pregoeiro, para que prestassem as informações necessárias em face da representação, nos termos do § 1º do art. 307 do RITCEES, bem como encaminhasse cópia dos documentos ali consignados.

Devidamente notificados, foram acostadas aos autos os esclarecimentos, bem como documentos complementares (docs. 15 a 18).

Ato contínuo, por meio do Despacho 44389/2021-3 (doc. 24), manifestei-me pelo **conhecimento da representação** e pela **instrução preliminar do feito**, nos termos do art. 307, § 2º, do Regimento Interno do TCEES.

Foram os autos então encaminhados à equipe técnica para análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar, o que foi implementado na **Manifestação Técnica de Cautelar 0156/2021** (doc. 26), com a seguinte conclusão:

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Indeferir a medida cautelar, visto que não restou demonstrada a existência dos pressupostos cautelares.

3.2. Determinar que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do art. 306 do RITCEES.

3.3. Notificar os responsáveis para que encaminhe cópia integral do processo administrativo do certame licitatório.

3.4. Cientificar o representante do teor da decisão a ser proferida.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de providências para o fiel cumprimento da lei, bem como a sustação de ato impugnado.

O art. 124, caput e o parágrafo único da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo descreve que 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, esta Corte de Contas poderá, de ofício ou mediante

provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares. Inclusive, em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator.

A concessão de medida cautelar não exige juízo de certeza, mas sim da probabilidade de que o alegado pelo interessado seja plausível. Até mesmo porque o que se almeja é assegurar o resultado útil da atuação desta Corte.

Nesse sentido, a análise do Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - NOF foi exarada na **Manifestação Técnica de Cautelar 00156/2021-2**, nos seguintes termos:

2. DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Os pressupostos de concessão da medida cautelar encontram-se dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC 261/13, conforme transcrição abaixo:

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.

O inciso I trata do *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito, definido como juízo de probabilidade da existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart¹:

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

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

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 Câmara²:

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 está diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta situação de perigo iminente que 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.

Quanto ao objeto desta análise, a representante pede medida cautelar com fim de suspender o **Edital de Pregão Eletrônico nº 032/2021** cujo objeto é a Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de Segurança e Medicina do Trabalho, para acompanhamento e

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

atualização do LTCAT - Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho, elaboração do PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, acompanhamento do PPRA - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais e PCMSO - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional dos servidores da Prefeitura Municipal de Itarana e do Fundo Municipal de Saúde de Itarana, conforme especificações e quantidades estabelecidas nos anexos II e III do Edital.

A representante alega que não consta do referido edital exigência de registro da empresa/profissionais no Conselho Regional de Medicina e Conselho de Regional de Engenharia e Agronomia.

Segundo a representante a não exigência da documentação mencionada viola o princípio da legalidade, haja vista que a necessidade dessa documentação para empresas do segmento objeto da licitação é prevista legalmente.

Alega também que o não consta do edital exigência de atestado de capacidade técnica como qualificação técnica.

Sendo assim, a representante aponta como indício de irregularidade a não exigência de comprovação de aptidão pelos licitantes (qualificação-técnica) no **Edital de Pregão Eletrônico nº 032/2021**, cuja matéria resvala em matéria semelhante já tratada por esta Corte de Contas, sobre exigência de qualificação econômico-financeira, quando esta Corte se posicionou no sentido de considerar uma discricionariedade da administração pública, como se extrai do Sistema Mapjuris o excerto do **ACÓRDÃO 1023/2019 – PLENÁRIO**:

[Licitação. Habilitação. Qualificação econômico-financeira. Índice contábil. Patrimônio líquido. Ato discricionário]

ACÓRDÃO 1023/2019 – PLENÁRIO

Cuidam os presentes autos TC 11973-2019 de REPRESENTAÇÃO interposta pela sociedade empresária ZENVIA MOBILE SERVIÇOS DIGITAIS S.A., em que alega a

existência de irregularidades presentes no Edital de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 132/2019 - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 7034946/2018 conduzido pela PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de envio e recebimento de mensagens de texto (SMS) para celulares móveis, incluindo gerenciamento e licenciamento de uso de plataforma, aplicativos, infraestrutura e suporte técnico, para atender às Unidades de Saúde, Centros de Referência, Pronto Atendimento e Centro de Especialidades da Secretaria Municipal de Saúde.

(...) b) A admissão pela Administração Municipal de comprovação de patrimônio líquido superior a 10% do valor estimado para contratação, pelas proponentes.

(...) sustenta a Impugnante no item 25 de seu petítório, que "... no caso de os índices contábeis não serem iguais ou superiores a 1%, a comprovação de patrimônio líquido superior a 10% do valor estimado para contratação DEVE ser aceita como critério de atendimento à qualificação econômico-financeira ...".

Tal entendimento destoa do entendimento manifestado pelo Min. Benjamim Zymler do Tribunal de Contas da União no processo 022.786/2010, quando de seu voto proferido em 05/10/2010 que gerou o ACÓRDÃO 5900/-010 – 2ª Câmara, que se amolda perfeitamente ao presente caso, com destaques nossos, que assim se encerra:

(...) 10. O que a unidade instrutiva suscita é o fato de o ato convocatório não prever a possibilidade de as empresas que apresentarem índices contábeis exigidos aquém dos valores estipulados comprovarem sua capacidade econômico-financeira por outros meios, como o capital mínimo ou patrimônio líquido ou, ainda, prestação de garantia, a fim de se ampliar a competitividade do certame.

(...) 12. No entanto, conforme preveem o artigo 31, § 2º, da Lei n. 8.666/93 e a própria instrução normativa supramencionada, NÃO É OBRIGATÓRIO que a Administração estabeleça no ato convocatório a possibilidade de as licitantes que não apresentarem índices contábeis maior ou igual a 1 demonstrarem, para fins de habilitação, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantia. TAL PREVISÃO É ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

13. Assim, não se pode exigir do ente municipal que faça constar dos editais de licitação essa possibilidade, razão por que deixo de lhe endereçar qualquer determinação nesse sentido.

Assim, descabe a alegação da representante de querer impor venha a Administração, adotar outros critérios à aferição da qualificação econômico-financeira das pretensas interessadas ao certame Pregão Eletrônico nº 132/2019.

Entende-se que tal argumentação também é aplicável aos casos de qualificação-técnica.

Por outro lado, o posicionamento do Tribunal de Contas da União contido no **Acórdão 891/2018 – Plenário**, é no sentido de que os requisitos de qualificação-técnica e capacidade econômico-financeira não são faculdade, mas um dever da Administração.

Entretanto, o próprio Tribunal de Contas da União traz um contrapeso afirmando que a exigência não é mera formalidade e está sempre subordinada a uma utilidade real, assim, *“a documentação a ser fornecida deve guardar relação com o objeto pretendido no sentido de que aquisições mais simples demandarão menos comprovações e, contrario sensu, as mais complexas exigirão mais salvaguardas”*.

O que se pretende demonstrar é que além desta Corte de Contas possuir posicionamento diverso do Tribunal de Contas da União quanto à

faculdade/obrigatoriedade de se exigir as qualificações descritas na **Lei 8.666/93**, a gradação da complexidade do serviço não está bem elucidada no Acórdão daquela Corte.

Tanto é que em conclusão ficou estabelecido, no **Acórdão 891/2018 – Plenário do TCU**, que “*a situação examinada impunha baixo risco à Administração, já tendo o órgão, inclusive, promovido outros certames nas mesmas condições sem maiores percalços, o relator concluiu ser possível aceitar, excepcionalmente, a não exigência da documentação relativa à habilitação técnica e econômico-financeira no mencionado edital*”.

Assim sendo, a avaliação da complexidade do serviço, que em consequência fundamente a exigência por parte da administração de incluir obrigatoriamente critério para qualificação técnica, ultrapassa o juízo perfunctório de uma decisão sobre a concessão de medida cautelar, sendo melhor tratada em sede de mérito.

Sendo assim, face a ausência de *fumus boni iuri*, resta prejudicada a análise de *periculum in mora*, uma vez que os requisitos para concessão de cautelar são cumulativos.

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

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Indeferir a medida cautelar, visto que não restou demonstrada a existência dos pressupostos cautelares.

3.2. Determinar que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do **art. 306 do RITCEES**.

3.3. Notificar os responsáveis para que encaminhe cópia integral do processo administrativo do certame licitatório.

3.4. Cientificar o representante do teor da decisão a ser proferida.

Neste diapasão, **acolho** a fundamentação da **Manifestação Técnica de Cautelar 00156/2021-2** (doc. 26), exarada pelo Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações -NOF, e, diante do permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria e tomados os fundamentos fáticos e de direito até aqui apresentados, em consonância com a proposição da manifestação técnica, voto por **INDEFERIR a cautelar requerida** eis que inexistente, no caso concreto o *periculum in mora* ou risco de ineficácia da decisão de mérito.

Pelo exposto, entendo que devam os autos tramitar sob o rito ordinário face à ausência de pressuposto constante do artigo 306 do RITCEES, e sejam remetidos à área técnica para regular instrução, com **tramitação preferencial** de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES.

Obedecidos todos os trâmites processuais e legais, em consonância com o entendimento da área técnica, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto a sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-4008/2021-8:

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

1.1. INDEFERIR o pedido para concessão da medida cautelar, visto que não restou demonstrado o *periculum in mora*;

1.2. TRAMITAR OS AUTOS SOB O RITO ORDINÁRIO face à ausência de um dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES, e sejam remetidos à área técnica para regular instrução, com tramitação preferencial de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES;

1.3. NOTIFICAR o Representante, na forma do art. 307, §7º do RITCEES, bem como o agente responsável, na forma do art. 307, § 3º da mesma norma regimental.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 10/12/2021 - 57ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator) e Rodrigo Coelho do Carmo.

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

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente