



Decisão 00007/2022-4 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 07055/2021-3

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: CMDM - Câmara Municipal de Domingos Martins

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA.

Responsável: SANDRA CHRISTINA NEITZKE, THAMIRES SUELI DO NASCIMENTO RASSELLI

Procuradores: RAFAEL PARODI FERRARESSO (OAB: 434463-SP), ANDREIA LOVIZARO (OAB: 189751-SP), PEDRO HENRIQUE FERREIRA RAMOS MARQUES (OAB: 261130-SP), ANDRE LUIZ DE OLIVEIRA SILVA (CPF: 011.757.536-45), MELIZA CRISTINA DA SILVA (CPF: 052.149.176-27), IGOR LUCIO GOULART FERREIRA (CPF: 079.552.446-30), RODRIGO CAIADO PARONETTO (CPF: 947.213.606-06), CELSO RICARDO SOUZA LIMA (CPF: 303.731.388-90), ANDRESA ROCHA CROSARA DOMINGOS (OAB: 125198-MG)

LICITAÇÃO – EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL – AUXILIO ALIMENTAÇÃO – INDEFERIR - RITO ORDINÁRIO – DAR CIÊNCIA.

1. Quando ausentes os requisitos para concessão da medida cautelar (*fumus boni juris e periculum in mora*), insculpidos nos incisos I e II, da Resolução TC nº 261/2013, o pleito será indeferido com o trâmite dos autos no rito ordinário.

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

1. RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada por **UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA**, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face da **Câmara Municipal de**

Domingos Martins, em que alega irregularidade no Edital de Pregão Presencial 01/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de auxílio-alimentação, na forma de “vale alimentação” por meio de cartão eletrônico/magnético com chip de segurança e senha individual, para recarga mensal, destinado a aquisição de gêneros alimentícios para os servidores ativos da Câmara Municipal de Domingos Martins, assim como as recargas mensais do mesmo, para uso em estabelecimentos credenciados.

Alega a representante, em síntese, que os documentos de qualificação técnica apresentados pela licitante declarada vencedora são insuficientes e contrários ao que determina o Edital, não conferindo legitimidade para participação do certame e tampouco certificando estar ela apta para a prestação dos serviços, sobretudo por não ter apresentado a comprovação de possuir um profissional administrador na função de Responsável Técnico em seu quadro permanente, conforme exige o Subitem 17.2 do edital.

Por meio da **Decisão Monocrática 990/2021** (evento 06), determinei a **notificação** das Senhoras **Sandra Christina Neitzke** (Presidente da Câmara Municipal de Domingos Martins) e **Thamires Sueli do Nascimento Rasseli** (Pregoeira) para que apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Pregão Presencial 01/2021 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito.

Através dos Termos de Notificação 02128/2021 e 02129/2021 (eventos 7-8) as responsáveis foram devidamente notificadas, e em resposta às notificações, foi encaminhada Resposta de Comunicação 01422/2021 (evento 10); Defesa/Justificativa 01384/2021 (evento 11) e Peças Complementares (evento 12 a 39), as demais documentações possuem o mesmo teor.

Em síntese, alegaram que: “as exigências editalícias foram devidamente cumpridas, haja vista que o objetivo foi devidamente alcançado, ainda que possivelmente diferente do exigido” (página 03 do evento 11).

Por intermédio da **Decisão Monocrática 1094/2021** (evento 75), realizei a análise de admissibilidade, decidindo pelo **conhecimento da representação**.

Encaminhados os autos à Área Técnica, essa procedeu à **Manifestação Técnica de Cautelar 190/2021**(evento 77), cuja conclusão é a seguinte:

3. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

[...]

3.1 – Indeferir a medida cautelar pleiteada, diante da ausência do *fumus boni iuris e periculum in mora*, com a consequente submissão dos presentes autos ao rito ordinário;

3.2 – Nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES a determinação de oitiva das partes, para querendo, apresentarem justificativas. – g.n.

O **Ministério Público de Contas**, por meio do Parecer 00009/2022-3 (evento 83), de lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, acompanhou o sobredito entendimento da área técnica.

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Da análise dos autos, verifico que a área técnica, através do NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, nos termos da **Manifestação Técnica de Cautelar 190/2021**, assim se pronunciou, *litteris*:

[...]

Os pressupostos de concessão da medida cautelar encontram-se dispostos no artigo 376 do RITCEES, 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 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.

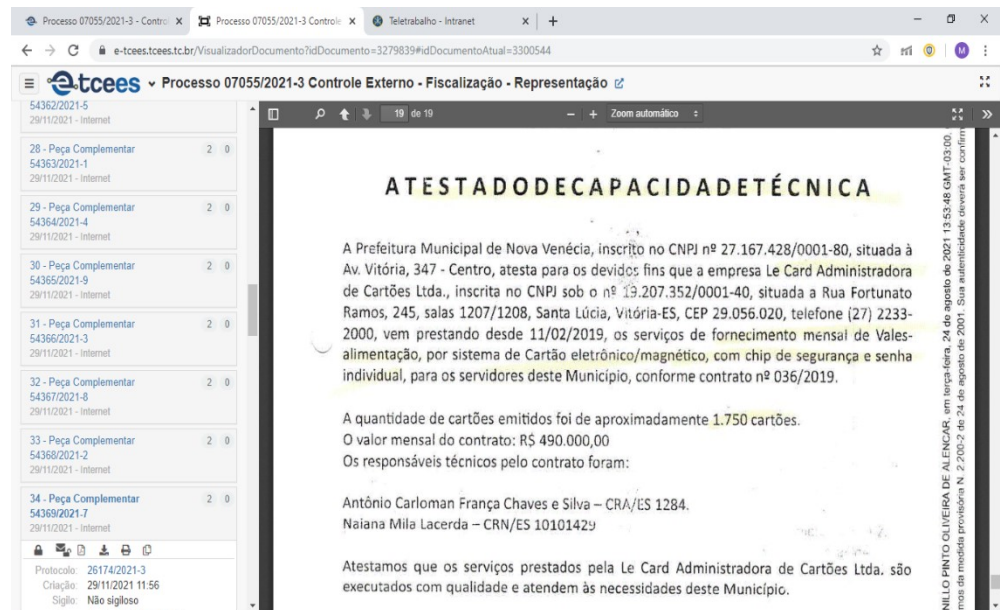
Deste modo, prossegue-se com a análise quanto a presença dos pressupostos cautelares em decorrência das supostas irregularidades apontadas pela empresa representante.

Pois bem, conforme exposto na inicial, o representante alega que a empresa que sagrou-se vencedora do certame em destaque, não poderia ter ultrapassado a fase de habilitação por não ter apresentado à equipe de pregoão a documentação comprobatória de capacidade técnica profissional.

O cerne da questão encontra-se na validade do documento (figura abaixo) apresentado pela empresa Le Card Administradora de Cartões Ltda. (evento eletrônico 34 – página 19) para atestar tanto a capacidade técnica operacional quanto à capacidade técnica profissional, itens 17.1 e 17.2 do edital.

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

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



Em sede de recurso administrativo, a empresa UP BRASIL Administração e Serviços Ltda requereu à pregoeira que: 1) diligencia-se ao CRA-ES no sentido de verificar se o atestado em tela teria o condão de ser instrumento apto a comprovar o cumprimento dos itens 17.2 do edital; 2) inabilitar a empresa Le Card, e 3) convocar a segunda colocada na disputa para firmar contrato.

De início impõe registrar o claro interesse subjetivo da empresa na presente demanda, haja vista ser a mesma a beneficiária de uma possível inabilitação da empresa Le Card, o que por si só, já demandaria desta Corte de Contas uma análise mais acurada dos requisitos de admissibilidade de denúncias/representações.

Tal observação se faz necessária vez que aos Tribunais de Contas competem a tutela do interesse público.

Tutelar interesse subjetivo de terceiros significaria invasão a competência exclusiva do Poder Judiciário.

Avançando na análise verificamos que o item 17.2 do edital em destaque trouxe os seguintes requisitos de habilitação:

17.2 CAPACIDADE TÉCNICA PROFISSIONAL

a) Comprovação de possuir em seu quadro permanente, na condição de empregado ou prestador de serviço, um profissional Administrador na função de Responsável Técnico, detentor de Atestado de Responsabilidade Técnica na execução de serviços de características semelhantes ao objeto licitado, devidamente registrado ou visado no CRA-ES.

a.1) O referido profissional poderá ocupar a posição de diretor, sócio ou integrar o quadro permanente da empresa licitante, na condição de empregado ou de prestador de serviços, devendo comprovar, obrigatoriamente, sua vinculação com a licitante, até a data da apresentação dos documentos de habilitação, por meio de carteira de trabalho e previdência social (CTPS), contrato de prestação de serviços, ficha de registro de empregado ou contrato social, conforme o caso.

a.2) O profissional indicado pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnica operacional deverá participar da execução dos serviços,

admitindo-se a substituição por profissional de experiência equivalente ou superior desde que aprovada pela Administração e certificada pelo CRA-ES.

Conforme cópia do processo administrativo encaminhado a esta Corte é possível identificar a certidão de regularidade profissional do Sr. Antônio Carloman França Chaves e Silva, emitido pelo CRA/SP (evento eletrônico 34 – pág. 17), a certidão de regularidade da empresa LE CARD, onde consta o nome do Sr. Antônio Carloman França Chaves e Silva como seu responsável técnico (evento eletrônico 34 – pág. 18), e, ainda, o documento que motivou a presente representação, ou seja, o atestado de capacidade técnica, fornecida pela Prefeitura Municipal de Nova Venécia, onde consta o nome do Sr. Antônio Carloman França e Silva, como responsável técnico (evento eletrônico 34 –pág. 19) pelo contrato firmado com o Ente Público.

Após apresentação do recurso administrativo pela empresa UP BRASIL, a empresa LE CARD apresentou suas contrarrazões e os seguintes documentos adicionais:

- Certidão de RCA nº 1301/2021, por meio do qual o CRA/ES certifica que o atestado fornecido pela PMNV à empresa LE CARD tem como responsável técnico, o Sr. Antônio Carloman França Chaves e Silva, e que o mesmo encontra-se registrado no conselho através do RCA de nº 0012/2021 (evento eletrônico 38 – pág. 15);
- Contrato de prestação de serviços de consultoria administrativa, firmado entre a empresa LE CARD e o profissional Antônio Carloman França Chaves e Silvas (evento eletrônico 38 – pág. 21)

Pois bem, em sede de análise perfunctória das argumentações e documentos acostados aos autos, é possível apresentar dúvidas acerca do cumprimento ou não das regras de habilitação insculpidas no edital, vez que o item 17.2., em sua alínea “a.1”, previu que a comprovação do vínculo entre empresa e profissional da área da administração se daria por meio de carteira de trabalho e previdência social (CTPS), contrato de prestação de serviços, ficha de registro de empregado ou contrato social, documentos esses apresentados apenas após diligências.

Contudo, o que buscou o edital foi garantir que a empresa a ser contratada possuísse profissional devidamente habilitado e essa condição restou comprovada (evento eletrônico 38 – pág. 15), ainda que tardiamente. A empresa indicou o profissional habilitado, apenas não acostou aos autos, no momento adequado, a comprovação de seu vínculo.

Da mesma forma, o atestado de capacidade técnica fornecida pela PMNV pode gerar dúvidas acerca do alcance do mesmo à empresa e ao profissional apontado como responsável técnico, porém, novamente, em sede de diligência entende-se que os documentos encaminhados (evento eletrônico 38 – pág. 21) solucionam essa questão.

Conclui-se, portanto, que não restou presente o *fumus boni iuris*.

No tocante ao *periculum in mora*, entende-se não estarem presentes, haja vista que o contrato firmado a ser firmado pela Câmara Municipal de Domingos Martins e a empresa LE CARD, foi motivado pelo menor preço ofertado na fase de lances do certame em destaque, no qual obteve-se um desconto de aproximadamente 5% do calor a ser dispendido a título de auxílio alimentação. – g.n.

Pois bem, a fundamentação acima indica que o edital buscou garantir que a empresa a ser contratada possuísse profissional devidamente habilitado e essa condição

restou comprovada (evento eletrônico 38 – pág. 15), ainda que tardiamente. A empresa indicou o profissional habilitado, apenas não acostou aos autos, no momento adequado, a comprovação de seu vínculo.

Da mesma forma, o atestado de capacidade técnica fornecida pela PMNV pode gerar dúvidas acerca do alcance do mesmo à empresa e ao profissional apontado como responsável técnico, porém, novamente, **em sede de diligência entende-se que os documentos encaminhados** (evento eletrônico 38 – pág. 21) **solucionam essa questão.**

No tocante ao *periculum in mora*, entende-se que não estão presentes, haja vista que o contrato firmado pela Câmara Municipal de Domingos Martins e a empresa LE CARD, foi **motivado pelo menor preço** ofertado na fase de lances do certame em destaque, no qual **obteve-se um desconto de aproximadamente 5% do valor a ser dispendido a título de auxílio alimentação.**

Registra, ainda, o subscritor da peça técnica, a existência de **interesse subjetivo** da empresa na presente demanda, haja vista ser a mesma a beneficiária de uma possível inabilitação da empresa Le Card, o que por si só, já demandaria desta Corte de Contas uma análise mais acurada dos requisitos de admissibilidade de denúncias/representações.

Dessa forma, adoto como razões de decidir o entendimento da área técnica, por meio da **Manifestação Técnica de Cautelar 190/2021** e do *Parquet* de Contas, conforme Parecer 00009/2022, por entender que não estão presentes os requisitos autorizadores para concessão da medida cautelar.

3. DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Decisão** que submeto à sua apreciação.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-7/2022-4:

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 pelo relator, em:

1.1. INDEFERIR a medida cautelar requerida, tendo em vista a ausência dos pressupostos para a concessão, previstos no artigo 376³ da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES, conforme razões expendidas no item 2 do voto;

1.2. SUBMETER os autos ao **RITO ORDINÁRIO**;

1.3. DETERMINAR a oitiva das partes, para que caso queiram se pronunciem, no prazo de até 10 (dez) dias, em observância ao artigo 307⁴, § 3º, do RITCEES, com posterior encaminhamento dos autos à Secretaria Geral de Controle Externo - SEGEX, a fim de que se promova junto ao Núcleo de Controle Externo competente, a avaliação do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para seu processamento imediato ou, conforme o caso, para composição de matriz de risco, na forma do art. 177-A, da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES;

1.4. DAR CIÊNCIA a Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º⁵ do RITCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 26/01/2022 - 1ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara.

4. Especificação do quórum:

³ 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.

(..)

⁴ Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise. § 3º A decisão que deferir ou indeferir a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até dez dias.

(...)

⁵ § 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

4.1 Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (no exercício da presidência) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator).

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antônio da Silva (convocado).

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador de Luciano Vieira.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

No exercício da presidência