



Decisão 00091/2022-1 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 05712/2021-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMI - Prefeitura Municipal de Iconha

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: TEIXEIRA E VIEIRA CONSULTORIA EM LICITACOES COMERCIO E SERVICOS LTDA

Responsável: EVELLYN LONGUE BISI, DERCELINO MONGIN, GEDSON BRANDAO PAULINO

Terceiro interessado: GUILHERME FLAMINIO DA MAIA TARGUETA SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, SERVICOS E EMPREENDIMENTOS FG LTDA

Procurador: FLAVIANE LUZIA CARVALHO DA FONSECA (OAB: 20454-ES)

**CONTROLE EXTERNO – REPRESENTAÇÃO –
PREFEITURA MUNICIPAL DE ICONHA –
REPRESENTAÇÃO EM FACE DE TOMADA DE
PREÇOS – MEDIDA CAUTELAR – INDEFERIMENTO
– DETERMINAR A TRAMITAÇÃO SOB O RITO
ORDINÁRIO – CIENTIFICAR O DENUNCIANTE
ACERCA DA DECISÃO.**

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

I. RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta em face da Prefeitura Municipal de Iconha, em virtude de suposta irregularidade na Tomada de Preços 004/2021 (processo administrativo 006686/2021), cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de apoio técnico especializado ao departamento de licitações e contratos.

Em breve síntese, a empresa Representante suscita que o certame está viciado por

irregularidades, quais sejam: **i)** Atestado de Capacidade Técnica, sem a devida justificativa; **ii)** ausência de regras para subcontratação; **iii)** prejuízo ao caráter competitivo, ao detalhar itens não essenciais, como uso de profissionais; **iv)** qualificações técnicas imprecisas ou omissas; **v)** não estipula contratualmente informações relevantes; **v)** termo de referência sem informações relevantes presentes em notas técnicas complementares ao estudo técnico preliminar; **vi)** discrepâncias entre os as exigências da Tomada de Preços 004/2021 e a Carta Convite 002/2021, do risco em se contratar proposta mais onerosa ao Erário e do comparativo com os valores de outros certames.

Pugna, ao final, pelo deferimento de medida cautelar para determinar a imediata suspensão do certame licitatório, até a análise definitiva por esta Corte.

Quanto aos requisitos de admissibilidade, sua verificação foi objeto de análise através da Decisão Monocrática TC 00876/2021 (evento 05), em relatoria do Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que, em breve análise preliminar do feito, conheceu a presente representação determinando a notificação dos Senhores: Evellyn Longue Bisi (Presidente da Comissão Permanente de Licitação) Dercelino Mongin (Secretário Municipal de Administração) e Gedson Brandão Paulino (Prefeito Municipal), para que, no prazo de 05 (cinco) dias, se pronunciassem sobre as supostas irregularidades apontadas.

Seguiu-se a juntada aos autos do documento Defesa/Justificativa 01274/2021-5 (evento 11), 01273/2021-1 (evento 19) e 01272/2021-6 (evento 27), pugnando pela regularidade do procedimento licitatório.

Após, por meio do Despacho 45210/2021-6 (evento 26), o então Conselheiro Relator, Rodrigo Coelho do Carmo, conheceu da Representação e remeteu os autos para a instrução preliminar.

Encaminhados os autos ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, foi elaborada a Manifestação Técnica de Cautelar 00158/20211 (evento 38), que elaborou a Manifestação Técnica de Cautelar 158/2021 opinando pelo indeferimento da medida cautelar, senão vejamos:

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

5.1 – Nos termos do art. 376 do RITCEES, seja indeferida a medida cautelar, tendo em vista a ausência de seus pressupostos para a sua concessão;

5.2 – Seja notificado aos responsáveis, para que apresente as justificativas e esclarecimentos necessários em face da representação, inclusive quanto à escolha do objeto licitado, situação exposta no item 4 da presente peça, bem como, carregue aos autos cópia integral do processo administrativo, onde se materializou os atos da Tomada de Preços 04/2021, nos termos do art. 63, III da Lei 621/12 c/c 358, III da Res. 261/13;

5.3 – Determinar que os presentes autos tramitem sob o **rito ordinário**, face à ausência de pressuposto constante do artigo 306 do RITCEES.

5.4 - Seja dada ciência ao representante do teor da decisão a ser proferida, conforme mandamento do art. 307 § 7º, da Resolução TC 261/2013.

Ato seguinte, percebe-se a troca de Relatoria conforme Despacho 49316/2021 (evento 40), sendo designado para o acompanhamento do feito este subscritor.

No atual momento procedimental, vieram-me os autos.

É o relatório, passo a fundamentar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Dos Requisitos de Admissibilidade

Como sobredito, análise dos requisitos de admissibilidade foi realizada no exercício da competência monocrática estabelecida pelo art. 94, §2º c/c art. 101, § único da LC 621/2012 e art. 177, §2º c/c art. 186 do RITCEES, de modo que a presente representação restou **conhecida** por meio do Despacho 45210/2021-6 (evento 26), pelo então Conselheiro Relator, Rodrigo Coelho do Carmo.

II.2 – Da Medida Cautelar

O art. 124 da Lei 621/2012, ao tratar das medidas cautelares no âmbito deste Tribunal de Contas, preceitua que:

Art. 124. 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, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Nesse mesmo contexto, vale citar o art. 376 do RITCEES, que assim diz:

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 lesão ao erário ou a direito alheio; e
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

No que se refere à Representação em face de Licitação, o RITCEES impõe o rito sumário ao procedimento, caso haja os mesmos pressupostos da medida cautelar, quais sejam: fundado receio de grave lesão ao interesse público e de risco de ineficácia da decisão de mérito. Transcrevo:

Art. 183. O exercício do controle externo decorrente da fiscalização de ato licitatório, contrato administrativo e demais instrumentos congêneres, inclusive no caso de contratação direta, observará o disposto nesta subseção.

Parágrafo único. Havendo fundado receio de grave lesão ao interesse público e de risco de ineficácia da decisão de mérito será imposto rito sumário à representação, nos termos deste Regimento.

Nota-se, com isso, que esta Corte de Contas dispõe de instrumentos legais que a permitem determinar medidas cautelares, desde que se esteja, necessariamente, diante de fundado receio de grave ofensa ao interesse público e risco de ineficácia da decisão de mérito.

Ademais, ainda sobre as medidas cautelares, a norma de reenvio elencada no art. 129 da LC 621/2012¹ permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que no caso, sugerem as tutelas de urgência tratadas no art. 300 do CPC. O aludido dispositivo expõe que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo, tratados pela doutrina e jurisprudência como *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora).

Ao analisar os fatos narrados nos autos, nota-se que a representante requer suspensão liminar do certame, tendo em vista supostas irregularidades, quais sejam: **i)** Atestado de Capacidade Técnica, sem a devida justificativa; **ii)** ausência de regras para subcontratação; **iii)** prejuízo ao caráter competitivo, ao detalhar itens não essenciais, como uso de profissionais; **iv)** qualificações técnicas imprecisas ou omissas; **v)** não estipula contratualmente informações relevantes; **v)** termo de referência sem informações relevantes presentes em notas técnicas complementares ao estudo técnico preliminar; **vi)** discrepâncias entre os as exigências da Tomada de

¹ LC 621/2021 - Art. 129. As medidas cautelares previstas neste Título serão regulamentadas no Regimento Interno, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

Preços 004/2021 e a Carta Convite 002/2021, do risco em se contratar proposta mais onerosa ao Erário e do comparativo com os valores de outros certames.

Nesse pormenor, consoante trecho extraído da **Manifestação Técnica de Cautelar 15/2020-2**, elaborada pela área técnica deste Tribunal de Contas ao analisar os pressupostos para concessão da cautelar pretendida:

3- DA ANÁLISE DOS FATOS

Numa análise perfunctória própria das medidas cautelares, passamos agora a analisar os seus pressupostos

3.1 Art. 376, inciso I, do RITCEES - grave ofensa ao interesse público – “fumus boni iuris”

3.1.1 Da ausência clara no Termo de Referência

Alega o representante na inicial, que a ausência do Termo de Referência, prejudica todo o processo licitatório, não levando a administração a obter a proposta mais vantajosa.

Este servidor, em virtude da ausência do Edital nos autos, realizou uma busca no site da Prefeitura de Iconha e identificou a publicação do instrumento convocatório denominado Tomada de Preços 04/2021.

Ao compulsar referido documento, identificou em seu Anexo I, o Termo de Referência, contendo os elementos necessários para a formulação das propostas, não se confirmando as alegações do representante

3.1.2 - Das discrepâncias entre os as exigências da Tomada de Preços 004/2021 e a Carta Convite 002/2021, do risco em se contratar proposta mais onerosa ao Erário e do comparativo com os valores de outros certames

Informa o representante que a administração municipal, realizou uma contratação por meio da carta convite 002/2021, cujo objeto é a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAR SERVIÇOS DE ORIENTAÇÃO, APOIO TÉCNICO E CONDUÇÃO DOS TRABALHOS VISANDO A ELABORAÇÃO DO PLANO PLURIANUAL – PPA 2022/2025 E DA LOA 2022**, onde alega exigências feitas de formas diferentes entre um instrumento convocatório e o outro.

Não a de se comparar as exigências técnicas entre uma licitação na modalidade **Convite** com uma na **Modalidade de Tomada de Preços**.

A modalidade de Convite pressupõe uma contratação realizada de forma mais singela, sendo realizada de forma mais simplificada, e a realização de uma Tomada de Preços, se impõe um ritual mais rígido a ser obedecido e com maiores exigências, não se podendo realizar comparações de exigências entre modalidades de licitações distintas.

Assim, não se sustenta as alegações do representante.

3.1.3 Da ausência de justificativa para a exigência de Atestado de Capacidade Técnica com prazo

Se insurge a representante por uma exigência realizada no instrumento convocatório, de ter prestado serviços pelo prazo mínimo de 06 meses em assessoria, consultoria e/ou apoio técnico em licitações pelo prazo mínimo de 6 meses, ou seja, num quantitativo de 50% do contrato inicial a ser celebrado.

Assim dispõe o instrumento convocatório, em seu item 7.4 da Qualificação Técnica, a saber:

7.4 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

....

f) No mínimo 01 (um) atestado de responsabilidade técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome do **responsável técnico pela execução dos serviços**, compatível com o objeto a ser contratado, que comprove sua

capacidade técnica para atendimento do objeto almejado, informando quanto a qualidade do serviço e demais condições de fornecimento. O Atestado de Capacidade Técnica deverá ser emitido em papel timbrado da empresa ou órgão contratante, com a identificação clara do signatário e indicação do cargo que ocupa, com destaque para as parcelas de maior relevância técnica e valor significativo descritos abaixo:

f.1) Assessoria, consultoria e/ou apoio técnico em licitações e contratos pelo prazo mínimo de 06 (seis) meses (50% do prazo almejado – 12 meses - conforme entendimento do Tribunal de Contas da União);

f.2) Treinamento/capacitação em licitações e/ou contratos administrativos com carga horária mínima de 20 (vinte) horas. (grifamos)

Da análise da cláusula retrocitada não determina o que o representante alega, que seria a vedação de participação de empresas com menos de 06 meses de atuação.

O que o edital exige é a comprovação de que o **responsável técnico** pela execução dos serviços, tenha pelo menos, seis meses na área a ser contratada, a fim de demonstrar a *expertise* necessária para a realização do objeto a ser contratado, não sendo desarrazoada tal exigência.

Assim não a o que se falar em restrição a ampla competitividade que devem nortear os procedimentos licitatórios

3.1.4 Da ausência de regras sobre a subcontratação

A representante informa que inexistente regra no instrumento convocatório, sobre a possível subcontratação dos serviços a serem contratados alegando que a subcontratação deveria ser avaliada por ocasião da elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico e do Edital.

De uma leitura mais detida do instrumento convocatório, assim se pronuncia o mesmo sobre a possibilidade de subcontratação dos serviços, a saber:

15. DISPOSIÇÕES GERAIS

...

15.19. Não será permitida a subcontratação do objeto desta licitação.

ANEXO V

Da minuta Contratual

CLÁUSULA DÉCIMA

10. DAS RESPONSABILIDADES DAS PARTES

...

10.2.7. não transferir a terceiros, por qualquer forma, nem mesmo parcialmente, as obrigações assumidas, **nem subcontratar qualquer das prestações a que está obrigada. (grifamos)**

Assim, existe a **vedação clara** no instrumento convocatório da subcontratação dos serviços, não merecendo prosperar o indicativo de irregularidade apontado pelo representante.

3.1.5 Da exigência de profissional técnico na fase de habilitação

A Representante se insurge sobre as exigências previstas no instrumento convocatório, quanto a qualificação técnica.

Quanto a este quesito assim dispôs o instrumento convocatório:

7.4 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

a) A empresa licitante deverá informar o(s) **responsável(is) técnico(s) pela execução dos serviços** em questão com a seguinte qualificação mínima: Administrador, Advogado ou Contador com uma das seguintes especializações: Licitações e Contratos; Gestão Pública Municipal; Administração Pública; Controladoria; Direito Público; Auditoria Pública ou outra com características iguais ou semelhantes.

b) Comprovação de registro do(s) profissional(is) responsável(is) pela execução dos serviços no Conselho

Profissional competente (CRA, OAB e/ou CRC) através da apresentação da Carteira Profissional do mesmo.

c) A comprovação de vínculo profissional se fará com a apresentação de pelo menos um dos seguintes documentos: cópia da carteira de trabalho (CTPS) em que conste a licitante como contratante; contrato social da licitante em que conste o profissional como sócio; contrato de prestação de serviços firmado entre a licitante e o profissional.

d) O profissional indicado pelo licitante para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional deverá acompanhar a execução dos serviços, admitindo-se sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração. Para essa substituição, a qualificação técnica do profissional substituído deverá atender as mesmas exigências deste Edital.

g) No mínimo 01 (um) atestado de responsabilidade técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome do responsável técnico pela execução dos serviços, compatível com o objeto a ser contratado, que comprove sua capacidade técnica para atendimento do objeto almejado, informando quanto a qualidade do serviço e demais condições de fornecimento. O Atestado de Capacidade Técnica deverá ser emitido em papel timbrado da empresa ou órgão contratante, com a identificação clara do signatário e indicação do cargo que ocupa, com destaque para as parcelas de maior relevância técnica e valor significativo descritos abaixo:

f.1) Assessoria, consultoria e/ou apoio técnico em licitações e contratos pelo prazo mínimo de 06 (seis) meses (50% do prazo almejado – 12 meses - conforme entendimento do Tribunal de Contas da União);

f.2) Treinamento/capacitação em licitações e/ou contratos administrativos com carga horária mínima de 20 (vinte) horas.

Obs: Em atenção ao disposto no art. 43, §3º, da Lei Federal nº 8.666/93, poderá ser exigido da licitante detentora da proposta melhor classificada que apresente cópia autenticada do contrato ou nota fiscal que deu origem ao atestado.

g) Declaração de conhecimento dos locais e condições em que os serviços serão prestados, conforme modelo anexo ao presente edital;

Obs: **É permitido o somatório de atestados para fins de comprovação da capacidade técnica da licitante.** (grifamos)

Assim, não se mostra que as exigências previstas no instrumento convocatório são ensejadoras de direcionamento, haja visto, que as mesmas se mostraram razoáveis, exigindo um mínimo para que se demonstre a *expertise* para a execução dos serviços.

Quanto a restrição alegada pela representante da exigência da empresa participante possuir o profissional na fase da habilitação, o subitem “c” permite a apresentação de contrato de prestação de serviços firmado entre o licitante e o profissional, que poderia estabelecer que o mesmo vigoraria, se a licitante fosse declarada vencedora do certame, não impedindo portanto, a participação do licitante quanto a este quesito.

Quanto a alegação que o edital não especifica a possibilidade de se somar os atestados para fins de qualificação técnica, o mesmo não se sustenta, pois existe, a observação no item Qualificação Técnica, desta possibilidade de procedimento

Desse modo, não merece prosperar as alegações da representante.

3.2 Art. 376, inciso II, do RITCEES - risco de ineficácia da decisão de mérito – Periculum in Mora.

O segundo requisito necessário para a concessão da medida cautelar pleiteada é o citado *periculum in mora*, que está previsto no Regimento

Interno desta Corte no art. 376, inciso II, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito.

Da soma desses requisitos extrai-se que não basta haver o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio. É fundamental também a presença do elemento temporal, ao passo que se analisa se esse fundado receio possa vir a se concretizar caso a prestação jurisdicional buscada não seja entregue a tempo.

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 cautelares são cumulativos.

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

Assim, corroborando com a referida Manifestação Técnica, entendo ser inapropriado o deferimento da medida cautelar pleiteada, visto não terem sido demonstrados os requisitos autorizadores, quais sejam: fundado receio de ofensa ao interesse público e risco de ineficácia de decisão de mérito.

Nota-se que em todos os supostos indícios de irregularidades apontados como fundamento apto a subsidiar o pedido cautelar, ao confrontar com a documentação carreada aos autos (eventos 11 a 34) foram afastados pelo corpo técnico desta Corte, numa análise perfunctória dos autos, posição da qual concordo.

Todavia, calha pontuar a continuidade de tramitação do feito sob o rito ordinário, notadamente considerando a necessidade de justificativas e esclarecimentos necessários em face da representação, inclusive quanto à escolha do objeto licitado, situação exposta no item 4 da MTC.

Cumprе registrar a avaliação dos riscos provenientes, no caso vertente, da presença do *periculum in mora reverso*, cujo conteúdo expressa justamente a ameaça de grave lesão à ordem pública e administrativa, fundado na possibilidade de a concessão da tutela de urgência ser mais gravosa do que o dano que com ela quer se evitar, como pode vir a ocorrer no caso concreto, considerando o risco de paralisação de segmento importante do serviço público junto àquela municipalidade, com o intuito de se preservar o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica, cuja fundamentação integra este voto independente de transcrição, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-0091/2022-1

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator por:

1.1. INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR, nos termos do art. 307, § 3º do RITCEES, porquanto ausentes os requisitos autorizadores, assim como verificado o risco do *periculum in mora* reverso no caso em comento;

1.2. NOTIFICAR os responsáveis para que nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES, prestem as informações quanto aos itens questionados na Representação, inclusive quanto à escolha do objeto licitado, situação exposta no item 4 da MTC 00158/2021-1, bem como, carrie aos autos cópia integral do processo administrativo, onde se materializou os atos da Tomada de Preços 04/2021, nos termos do art. 63, III da Lei 621/12 c/c 358, III da Res. 261/13 no prazo de 10 (dez) dias;

1.3. DETERMINAR a tramitação do feito sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES, assim que escoado o prazo de 10 (dez) dias para a prestação de informações pelos responsáveis, a fim de que esta Corte de Contas proceda à devida análise de mérito;

1.4. CIENTIFICAR o Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/01/2022 - 2ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator), Domingos Augusto Taufner e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

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

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente