



Acórdão 00181/2022-9 - 1ª Câmara

Processo: 05597/2021-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMPK - Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: GUERRA AMBIENTAL EIRELI

Responsável: EDSON VANDER MOREIRA, KARINA COSTALONGA BATISTA, DORLEI FONTAO DA CRUZ, WAGNER PORTO VIANA

Procuradores: BRUNO QUARESMA SENA (OAB: 27679-ES), DORLEI FONTAO DA CRUZ (CPF: 494.055.357-49), MUNICIPIO DE PRESIDENTE KENNEDY (CNPJ: 27.165.703/0001-26)

REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – EXECUÇÃO DE SERVIÇOS INTEGRANTES DO SISTEMA DE LIMPEZA PÚBLICA – ATIVIDADE ESSENCIAL – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR – PRESENÇA DO *PERICULUM IN MORA INVERSO* – IMPROCEDÊNCIA.

1. Não se verificou plausibilidade jurídica nos itens noticiados a esta Corte de Contas, além de estar presente o *periculum in mora inverso*, o que desaconselha a determinação de medidas cautelares, na medida em que poderia se estar impondo aos munícipes gravame irreversível, de acordo com jurisprudência colacionada deste Tribunal - DECISÃO TC 1767/2019 – SEGUNDA CÂMARA e DECISÃO TC-705/2018 – PLENÁRIO.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de **Representação com pedido cautelar**, formulada pela empresa **GUERRA AMBIENTAL EIRELLI**, narrando possíveis irregularidades no **Edital do**

Pregão Eletrônico nº 00011/2021, realizado pela **Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy**, cujo o objeto é a contratação de empresa especializada na execução de serviços integrantes do sistema de limpeza pública.

Por meio da **Decisão Monocrática 00903/2021-2** (peça 20), **conheci** a presente representação, posterguei a análise da cautelar pretendida e determinei a **notificação** do Prefeito Municipal de Presidente Kennedy, Sr. **Dorlei Fontão da Cruz**, do Secretário Municipal de Obras, Serviços Públicos e Habilitação, Sr. **Wagner Porto Viana** e da Pregoeira Municipal, Sra. **Karina Costalonga Batista**, para que se manifestassem sobre as irregularidades apontadas.

Notificados, os responsáveis apresentaram a Defesa/Justificativa 01288/2021-7 e documentos (peças 26 a 28), Resposta de Comunicação 1352/2021-1 e documentos (peças 31 a 35), e Resposta de Comunicação 1351/2021-7 e documentos (peças 37 a 38).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao **Núcleo de Controle Externo e Meio Ambiente, Saneamento e Mobilidade Urbana - NASM**, onde foi elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva 5322/2021-8** (peça 40), com a seguinte proposta de encaminhamento, *verbis*:

1. Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de **INDEFERIR A MEDIDA CAUTELAR**, nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES, visto que não restou demonstrado a plausibilidade jurídica das questões narradas, conforme fundamentação exposta acima, e tendo em vista a presença do *periculum in mora inverso* no presente caso;
2. **DECIDIR** pela improcedência da representação, por não ter sido constatada ilegalidade ou irregularidade, em relação aos pontos representados, de acordo com o artigo 178, inciso II, do RITCEES; e
3. **ARQUIVAR** a representação, de acordo com artigo 176, § 3º, inciso II, do RITCEES, por não ter sido comprovada sua procedência.

O Ministério Público de Contas, através do **Parecer 06323/2021-4** (peça 44), da 1ª Procuradoria de Contas, da lavra do Procurador de Contas Dr. Luis Henrique, **aniu** à proposta contida na ITC supramencionada.

II. FUNDAMENTOS

II.1 ADMISSIBILIDADE

Cumpra mencionar que a representação foi conhecida, conforme disposto na **Decisão Monocrática 00903/2021-2**.

II.2 MÉRITO

Da irregularidade apontada na **Petição Inicial 1543/2021-8** e peças relacionadas (peças 02 a 18):

DOS FATOS

[...]

Tendo participado regularmente do processo licitatório em questão, a empresa ora em pronúncia cumpriu todos os pré-requisitos com relação à efetiva participação e habilitação para o fornecimento dos serviços então licitados, no entanto, **a empresa autora restou desabilitada por ilegalidade das exigências pela Municipalidade e inconsistências no sistema de pregão eletrônico, que impedira a empresa de apresentar a documentação para sua habilitação**, a uma **por não estar funcionando normalmente** e a duas **por ter a municipalidade através de sua comissão permanente de licitação prazo fora do horário comercial para apresentação da documentação de habilitação**. (g.n.)

Segundo os termos do Item 12.5.6 do Edital a documentação de habilitação deveria exclusivamente ser apresentada através do sistema eletrônico no prazo de 12 horas a partir da solicitação do pregoeiro. Assim encontra-se descrito:

12.5.6 - Proposta Atualizada

a) A licitante DEVERÁ encaminhar, exclusivamente pelo sistema eletrônico, PROPOSTA DE PREÇOS ATUALIZADA, PLANILHA RESUMO E PLANILHA ORÇAMENTÁRIA SINTÉTICA (Anexo XI), PLANILHA ORÇAMENTÁRIA ANALÍTICA (Anexo XII) E MEMÓRIA DE CÁLCULO (Anexo XIII) E CRONOGRAMA FÍSICO FINANCEIRO (Anexo XV), adequada ao último lance ofertado após a negociação, contendo a descrição do serviço, os valores e assinatura do representante da empresa, no prazo de até 12h a partir da solicitação do Pregoeiro.

Obviamente **tal prazo somente pode ser considerado se contado durante o horário comercial**. O horário comercial da Prefeitura de Presidente Kennedy, conforme se retira do próprio portal do Município encerra-se às 17:00 horas, inclusive o horário de atendimento do município conforme explicitado no portal do Município de Presidente Kennedy na internet é entre 08:00 horas e 17:00 horas, já trazendo a compreensão de horário comercial. (g.n.)

No entanto, **a pregoeira no dia 09/06/2021, informou que a sessão do pregão 011/2021, seria retomada no dia seguinte, porém, tal ato aconteceu às 18h:22min, ou seja totalmente fora do horário comercial de qualquer empresa e até mesmo da prefeitura**, após enviou um email informando que no dia seguinte às 13:00hs. Seria publicada a Ata de convocação da empresa para apresentação de proposta de preços no prazo

de 12 horas, além da empresa denunciante outras quatro empresas também foram convocadas. (g.n.)

Pois bem, a leitura do Item 12.5.6. não oferece, inicialmente, aparente irregularidade, porém, **sua interpretação pela comissão permanente de licitação de Presidente Kennedy impôs ao processo licitatório gravíssimo desrespeito aos princípios mais mezesinhos da licitação, isso porque a Pregoeira solicitou a apresentação da proposta de preços atualizada através de convocação realizada às 13:21hs, do dia 10/06 no prazo de 12 horas, O Município considerou, todavia a contagem do prazo em horas contínuas, ou seja, o prazo para a apresentação da proposta de preços atualizada seria às 01:21hs., na madrugada do dia 11/06.** (g.n.)

A Denunciante por sua vez apresentou a documentação no horário comercial do dia 11/06, considerando a contagem das horas do prazo em horas úteis, durante o horário comercial, que levaria o termo do prazo às 15:21hs. (g.n.)

O Município de Presidente Kennedy através de sua comissão permanente de Licitação interpretou então que o prazo para apresentação da proposta de preços de 12:00 horas terminaria às 1:21hs. Da madrugada de 11/06, tendo em vista que a convocação se deu no dia 10/06 às 13:21 hs.

A empresa denunciante realizou o protocolo apresentando a proposta de preços no dia 11/06 antes das 12:00hs. Ou seja, em horário comercial como deve ser. Todavia **o pregoeiro negou a habilitação da empresa denunciante, que restou desabilitada por suposto descumprimento do item 12.5.6 "a"**, porém, o descumprimento se deu pelo fato de que o pregoeiro decidiu que a apresentação da proposta de preços se desse fora do horário comercial, apesar de ter sido de forma eletrônica. (g.n.)

Inconformada com a decisão que a desabilitou, **a empresa denunciante apresentou Recurso** contra a decisão que desabilitou a empresa, argumentando a ilegalidade da interpretação de que o prazo para apresentação da proposta de preços correria em horário não comercial, **a municipalidade manteve sua decisão ao argumento de que a forma descrita para apresentação da documentação para habilitação no item 12.5.6. do Edital não foi cumprido**, pede vênica para transcrever o julgamento do recurso abaixo (doc. Anexo): (g.n.)

"Aos primeiro dia do mês de outubro do ano de dois mil e vinte e um, reuniram-se o reuniram- se o Pregoeiro deste Órgão e Equipe de Apoio, designados pelos Decretos nº 016 de 03 de Fevereiro 2021 e alterações, regido de acordo com a Lei nº 10.520/2002, Lei Complementar nº 123/2006 e a Lei nº 8.666/1993 e suas alterações e pelo Decreto Municipal nº 094/2020 para, no endereço eletrônico www.bllcompras.org.br, nos termo da convocação de aviso de licitação, realizar os procedimentos relativos ao Pregão Eletrônico Para Registro de Preços nº 000011/2021 , referente ao Processo nº 007304/2020, objetivando a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS INTEGRANTES DO SISTEMA DE LIMPEZA PÚBLICA. Preliminarmente, destacamos que os recursos foram apresentados dentro do prazo fixado em lei, considerando o prazo de 03 (três) dias concedido na sessão ocorrida em 16/08/2021. Dada a tempestividade, passamos a análise: **I- DO RECURSO INTERPOSTO PELA EMPRESA GUERRA AMBIENTAL EIRELI-** A recorrente requer que seja reconhecido o presente recurso de sua empresa, bem como seja reformada a decisão da pregoeira à época, conforme costa às fls.3623/3630 deste processo administrativo. Importante mencionar, que a empresa GUERRA AMBIENTAL EIRELI recorre em razão da decisão da Pregoeira, à época, quanto a sua DESCLASSIFICAÇÃO no respectivo certame, conforme a seguir: DOS FATOS- Trata-se de Pregão Eletrônico cujo objeto é CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS INTEGRANTES DO SISTEMA DE

LIMPEZA PÚBLICA. "A Recorrente irresigna com sua inabilitação, expõe através deste meio legal sua alegações, quanto ao suposto descumprimento do item 12.5.6 "a", no entanto tal alegação não merece prosperar. Entretanto, tal decisão não pode em momento algum prosperar, sob pena de desrespeito fatal e inobservância dos princípios basilares das licitações públicas como o Princípio da Legalidade, Princípio da isonomia, Princípio do julgamento objetivo, Princípio da Razoabilidade, Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Economicidade e Eficiência conforme demonstraremos os motivos do inconformismo pelas razões a seguir articuladas: Logo, na hipótese de não reforma da decisão recorrida, requer que seja o presente recurso recebido e encaminhado ao PREFEITO MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY, na forma do art. 109 §4º da Lei Federal." Extrai-se da Ata divulgada pela Pregoeira à época e Equipe de Apoio no dia 10/06/2021 o disposto a seguir: (...) ficam as licitantes subsequentes classificadas convocadas para o **LOTE 01**, sendo: ABBEY CONSTRUTORA E IMOBILIARIA LTDA; SECTOR CONSTRUÇÕES LTDA; VISAUTO COMERCIO E SERVIÇOS LTDA ME; **GUERRA AMBIENTAL EIRELI** e FÊNIX AMBIENTAL E SERVIÇOS LTDA. FICAM AS LICITANTES SUPRACITADAS CLASSIFICADAS CONVOCADAS ACIMA NO RESPECTIVO LOTE, ANEXAREM SUAS PROPOSTA DE PREÇOS ATUALIZADA, PLANILHA RESUMO E PLANILHA ORÇAMENTÁRIA SINTÉTICA (ANEXO XI), PLANILHA ORÇAMENTÁRIA SINTÉTICA (ANEXO XI), PLANILHA ORÇAMENTÁRIA ANALÍTICA (ANEXO XII) E MEMÓRIA DE CÁLCULO (ANEXO XIII) E CRONOGRAMA FÍSICO FINANCEIRO (ANEXO XV) no prazo de ATÉ 12 (DOZE) HORAS exclusivamente pelo sistema da BLLCOMPRAS. (Grifo nosso) Posterior a isso, no dia 14/06/2021 a Pregoeira à época e Equipe de Apoio divulgaram a ATA DE CONVOCAÇÃO II que descreve: (...) Inicialmente foi verificado que as licitantes convocadas na ata divulgada no dia 10/06/2021 não anexaram a Proposta de Preços, bem como, não anexaram as Planilha Resumo e Planilha Orçamentária Sintética (anexo XI), Planilha Orçamentária Sintética (anexo xi), Planilha Orçamentária Analítica (anexo XII) e Memória de Cálculo (anexo XIII) e Cronograma Físico Financeiro (anexo XV), deixando de atender ao item 12.5.6 "a" do edital. Mais à frente a licitante descreve: "DA ERRÔNEA INABILITAÇÃO DA RECORRENTE- Em uma tentativa frustrada de trazer celeridade a contratação, houveram fatos que feriram os princípios basilares da contratações públicas. É de praxe o horário de funcionamento do comércio em geral e também dos órgãos públicos encerrar- se às 17:00 horas, inclusive o horário de atendimento de vosso órgão é entre 08:00 horas e 17:00 horas, já fazendo a compreensão de horário comercial. (...) Primeiramente destacamos que a senhora pregoeira no dia 09/06/2021, informa que a sessão do pregão 011/2021, seria retomada no dia seguinte, porém tal ato aconteceu às 18h:22min, ou seja totalmente fora do horário comercial de qualquer empresa e até mesmo a prefeitura." **No que pese ao apresentado pela impetrante, quanto os atos da pregoeira à época após as 17:00 horas, no dia específico de 09/06/2021, embora o ato tenha ocorrido após o horário de expediente, não vislumbramos que houve "dano" a licitante, uma vez que a licitante poderia visualizar tal informação no horário comercial do dia subsequente, e estar presente "logado" na Sessão Pública no momento da divulgação da respectiva Ata de Convocação. Além do mais, a Sessão Pública ocorreu somente após as 13 horas, logo a licitante teve 05:00 horas em horário comercial para acessar o sistema e/ou e-mail para verificar a convocação realizada no dia anterior, diferente se a retomada da Sessão**

Pública iniciasse no primeiro horário do dia subsequente. Lado outro, a recorrente teve além das 5:00 horas, mais 12:00 horas a partir da convocação para apresentar as documentações solicitadas, o que não fez. Constatase ainda no recurso da recorrente que segue: "(...) Porém a recorrente foi declarada inabilitada do certame por não atender o item 12.5.6 "a", tal inabilitação causou estranheza pois os documentos foram anexados, conforme solicitado, ao entender deste licitante a senhora pregoeira estipulou 12 horas, em horas corridas e não em horas uteis, neste sentido de horas corridas o término às 01h:21min, do dia 11/06, mais uma vez fora do horário comercial, tanto dá para a órgão público como para a licitante." **Desta feita, este Pregoeiro e Equipe de Apoio, acompanha o entendimento da Pregoeira à época, uma vez que instrumento convocatório em nenhum momento dispõe de informação quanto "hora útil".** Nesse sentido, cabe destacar que a Lei 8.666/93, traz que a contagem dos prazos deve ser em dias corridos (consecutivos), exceto quando for explicitamente disposto o contrário. Sendo assim, aplicando a analogia, para a administração utilizar o critério de horas úteis, deverá prever expressamente em edital. Logo, não há como interpretar de maneira diversa, uma vez que o prazo para entrega da documentação encontra-se claro no edital, conforme item 12.5.6 "a". A licitante alegou ainda o que segue: "(...) Ainda neste apuro o item 10.6 do edital, traz que após a solicitação do pregoeiro o licitante tem 24 horas para apresentar documentos complementares. 10.6 – Os documentos complementares à proposta e à habilitação, quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentado, serão encaminhado pelo licitante melhor classificado, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico, no prazo de até 24 horas." Nesse sentido, o item 10.6 do edital referenciado pelo licitante, dispõe em sua redação que trata-se de documentos complementares, como exemplo "confirmação de autenticidade" de documentos JÁ APRESENTADO PELO LICITANTE NA FASE DE HABILITAÇÃO E/OU PROPOSTA, sendo que não cabe esta fase em análise do licitante, vez que o mesmo deveria apresentar a documentação, onde tal ato encontrasse disposto no item 12.5.6 "a" do edital. A seguir, a recorrente manifesta o que cito: "A recorrente foi inabilitada por não cumprir, aquilo que não era de sua obrigação pois em nenhum momento a senhora pregoeira declarou a recorrente vencedora do certame, em breve análise no sistema bll, notou-se que a empresa ABBEU CONSTRUTORA E IMOBILIARIA LTDA, após a inabilitação da primeira arrematante, a empresa supracitada ficou como arrematante, ficando a recorrente em quarto lugar, ou seja, ao inabilitar a recorrente a senhora pregoeira deixou de observar, mais uma vez o item 12.5.6 " a", que os documentos atualizados deveriam ser enviados adequado ao último lance após a negociação, em nenhum momento a recorrente foi chamada a negociar seu último lance na ata do dia 10/06/2021, a senhora pregoeira citou os itens 11.7 e 11.8 (...)" No entanto, embora a recorrente não tenha sido declarada vencedora nesse momento para apresentação das documentações de habilitação, a Pregoeira à época cumpriu a solicitação do Gestor da Pasta que tendo em vista a urgência na contratação, sugeriu a convocação das 05 (cinco) próximas empresas classificadas, conforme manifestação constante às fls. 3073 (verso). Sendo assim, considerando que a licitante foi convocada a apresentar a documentação, tratá-lo de forma diferenciada, não exigindo que ele cumpra as exigências editalícias, traria violação ao Princípio da Isonomia previsto no art. 5º da Constituição Federal, devendo todas as empresas que participam do certame ter tratamento igual, sem privilégios ou favorecimento. No que tange a alegação de que a

Pregoeira, à época, não atendeu o disposto do item 11.7 e 11.8 do Edital, destacamos que em consulta ao Sistema da BLLCOMPRAS, no dia e horário marcado pela Pregoeira à época, visualizamos a negociação realizada pela pregoeira à época. (Imagem retirada do Sistema BLLCOMPRAS no Chat do respectivo Pregão Eletrônico). Assim, verifica-se que a Pregoeira à época solicitou aos licitantes convocados naquela sessão pública conforme o que segue: "solicito das licitantes convocadas um desconto no lote convocado de acordo com o Princípio da Economicidade visando a Proposta mais vantajosa, conforme prevê o item 11.7 e 11.8 do edital", restando claro que a Pregoeira, à época, atendeu o disposto mencionado pelo recorrente. Um dos princípios basilares das licitações públicas, elencado pela Lei 8.666/93, é a vinculação ao instrumento convocatório. Isso esclarece que a Administração Pública e as licitantes ficam restritas ao que lhes é solicitado ou permitido no Edital, quanto ao procedimento, ao prazo, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Todos os atos decorrentes do procedimento licitatório, por óbvio, vincular-se-ão ao contrato. Insta mencionar o inciso IV do item 5 do edital que segue: "5 - DAS OBRIGAÇÕES DOS LICITANTES- 5.1 – Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:(...) IV - Acompanhar as operações no sistema eletrônico durante o processo licitatório e responsabilizar-se pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão;" Deste modo, o acompanhamento de todo o procedimento licitatório eletrônico é de plena responsabilidade do licitante, isentando a administração pública de quaisquer ônus referente as inobservância das mensagens emitidas no sistema. Diante de todo o exposto, este Pregoeiro e Equipe de Apoio, decidem pela **permanência da DESCLASSIFICAÇÃO da licitante GUERRA AMBIENTAL EIRELI, uma vez que deixou de atender o item 12.5.6 "a" do edital, bem como, dispõe de entendimento que o recurso interposto pela empresa GUERRA AMBIENTAL EIRELI, deve ser julgado IMPROCEDENTE (...)** (doc. Anexo)" (g.n.)

Tal decisão não pode em momento algum prosperar sob pena de desrespeito fatal e inobservância dos princípios basilares das licitações públicas como o Princípio da Legalidade, Princípio da isonomia, Princípio do julgamento objetivo, Princípio da Razoabilidade, Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Economicidade e Eficiência.

Não é possível que a interpretação da municipalidade por meio da decisão da Comissão Permanente de Licitação seja mantida, pois fere de morte o princípio da razoabilidade e em especial o entendimento dos Tribunais de contas que impõem que os atos dos processos de Licitação, sejam realizados em horário comercial e em horas uteis.

A contagem de prazo em horas aparece em poucos preceitos legais, a exemplo do art. 22, § 3º e art. 106, da Lei 8.666/93 e não figura em nenhum dispositivo legal da Lei 10.520/02 (a contagem em horas aparece no Decreto federal 10.024/19, no art. 35, 38, § 2º; e parágrafo único do art. 47). Mas é utilizada em muitos atos, a exemplo do prazo de retorno da sessão no caso de desconexão do pregoeiro, ou o prazo para envio da proposta. **De qualquer forma diferentemente do entende a comissão de licitação de Presidente Kennedy, devem ser contadas horas "úteis"**. (g.n.)

O normal é a contagem em dias e, no caso de pregões eletrônicos e a depender da plataforma que está sendo utilizada, o licitante tem até as 23h:59min:59seg para atender ou cumprir o ato que lhe cabe (recurso, contrarrazões, apresentação de planilha etc.).

Trata-se de princípio da razoabilidade. A decisão desclassificatória da melhor proposta baseada em **perda de um prazo cujo termo se derá às 1:21hs da madrugada**, é frágil diante do interesse público envolvido,

destaca nesse íterim o trecho do julgamento do Recurso interposto pela empresa denunciante onde assim dispôs o pregoeiro: (g.n.)

“Desta feita, este Pregoeiro e Equipe de Apoio, acompanha o entendimento da Pregoeira à época, uma vez que instrumento convocatório em nenhum momento dispõe de informação quanto "hora útil". Nesse sentido, cabe destacar que a Lei 8.666/93, traz que a contagem dos prazos deve ser em dias corridos (consecutivos), exceto quando for explicitamente disposto o contrário. Sendo assim, aplicando a analogia, para a administração utilizar o critério de horas úteis, deverá prever expressamente em edital. Logo, não há como interpretar de maneira diversa, uma vez que o prazo para entrega da documentação encontra-se claro no edital” (grifei).

Diferentemente do que entende o pregoeiro a Lei 8666/93 tem explícita distinção sobre o termo final dos prazos na licitação, assim dispondo:

Art. 110 Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

Na contagem dos prazos previstos na Lei nº 8.666/93, existem, pelo menos, quatro regras básicas que devem ser observadas. Três delas têm fundamento direto no art. 110 e seu parágrafo único, e a última delas (a quarta) pode ser extraída do princípio da publicidade, ainda que a Lei a ela se reporte. **Primeira regra: na contagem dos prazos, deve-se excluir o dia em que o prazo se inicia e incluir o dia em que ele se encerra. Segunda regra: os prazos devem ser contados em dias corridos (consecutivos), exceto quando for explicitamente disposto o contrário. Terceira regra: os prazos só se iniciam e vencem em dia de expediente no órgão ou na entidade. Quarta regra: o prazo mínimo de publicidade dos avisos de licitação pode ser ampliado; proibido é reduzi-lo.** (g.n.)

Sem grande esforço é possível entender que a forma de contagem do prazo pela comissão de Licitação de Presidente Kennedy, não atende o disposto no parágrafo único do art. 110 da Lei 8666/93, ou seja, a madrugada não é horário de expediente do órgão, ou seja, o prazo só se conta em conta em horário de expediente, horas úteis.

Por força do art. 9º da Lei nº 10.520/02, registra-se que essas disposições são aplicáveis subsidiariamente às licitações processadas pela modalidade pregão. (g.n.)

Assim, por analogia o prazo em horas jamais pode terminar em horário fora do expediente.

O argumento de que não há dispositivo legal estabelecendo o horário de expediente como período de hora útil para contagem de prazo, ao fazer um paralelo com o horário noturno previsto na legislação trabalhista, não pode ser acolhida. Ora, empresas trabalham em horário comercial, logo, quem tem que se adaptar ao horário é o órgão licitador, e não as empresas. Cabe lembrar que o maior interessado na ampla participação, e, conseqüentemente, na ampliação da competitividade, é o órgão licitador.

Neste sentido ressalta-se que o **Tribunal de Contas da União, traz no bojo do Acórdão nº 5.402/2016, que é irregular atos após as 18h, no portal de compras governamentais, partindo desta premissa, observamos que recomendação do tribunal da união zelou para que o pregoeiro pratique seus atos dentro do horário comercial, ainda orientou que não seja praticados atos no portal antes das 08h.** (g.n.)

‘ACÓRDÃO nº. 5402/2016 — TCU — 2ª Câmara
(...)

9.5. determinar a (...) que, em futuras licitações, abstenha-se de incorrer nas seguintes irregularidades (constatadas no âmbito do Pregão Eletrônico nº 15/2014):

9.5.2. **prática de atos, no Portal/ de Compras Governamentais, após às 18h00 e antes de 8h00**, dificultando sobremaneira o exercício da garantia à interposição de recurso administrativo por parte das empresas licitantes, com violação, assim, ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, além de atentar contra o princípio da competitividade do certame; (g.n.)

9.6. recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), na qualidade de gestora do Portal de Compras Governamentais, que avalie a conveniência e a oportunidade de incluir orientação específica, em normativo próprio, no sentido de **vedar a realização de atos no citado portal fora do período normal de expediente e em dias úteis;**” (g.n.)

Diante da orientação acima, que deixa claro o posicionamento proeminente órgão de controle, sobre a questão de se deve ser respeitado o horário comercial, no caso do certame em tela a senhora pregoeira ao fazer o comunicado às 18h:22min, ou seja uma hora e vinte dois minutos após o fechamento do horário do próprio órgão e também depois do horário comercial das empresas privadas, não oportunizando ao licitante o conhecimento da comunicação no dia 09/06/2021, pois neste horário das 18h:22min, a recorrente já havia encerrado suas atividades e programado as atividades para o dia seguinte, além de iniciar o prazo de 12 horas a partir das 13:00hr. Finalizando às 01:00hr. da madrugada.

Insta destacar nesta oportunidade o **Manual do Usuário — Pregão Eletrônico, parte 1, MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO**, página 77: (g.n.)

“Ao suspender o Pregão, o pregoeiro deverá informar data e hora para a reabertura da sessão pública, lembrando que os atos do Pregão deverão ser praticados no horário comercial.” (grifo nosso) (g.n.)

No dia 10/06, a recorrente foi convocada à apresentar sua proposta de preços atualizada, planilha resumo e planilha orçamentária sintética, planilha orçamentária analítica e memória de cálculo e cronograma físico financeiro, a ata de convocação foi disponibilizada às 13h:21min, conforme a senhora pregoeira as empresas convocadas teriam 12 horas para anexarem os solicitados, conforme item do 12.5.6 “a”.

No dia 11/06, a empresa denunciante anexou os documentos atualizados, conforme solicitados. Porém, a denunciante foi declarada inabilitada do certame por não atender o item 12.5.6 “a”, tal inabilitação causou estranheza, pois os documentos foram anexados, conforme solicitado, ao entender deste licitante a senhora pregoeira contou as 12 horas, em horas corridas e não em horas uteis, neste sentido de horas corridas o término às 01h:21min, do dia 11/06, mais uma vez fora do horário comercial, tanto dá para a órgão público como para a licitante.

No horário após as 18:00h. Na madrugada se o sistema estiver inoperante, a quem vamos recorrer? Vamos entrar em contato com a pregoeira?

Outro fator importante que deve ser ressaltado é de que **não foi proporcionado tempo hábil, pois as horas úteis a partir da convocação às 13h:21min, foi de apenas de 4 horas úteis, até o término do horário comercial, levando em conta as horas úteis a recorrente anexou as documentações em 8h úteis, a partir da Convocação da senhora pregoeira.** (g.n.)

Ainda neste interm o **item 10.6 do edital**, traz que após a solicitação do pregoeiro o licitante **tem 24 horas** para apresentar documentos complementares. (g.n.)

10.6 - Os documentos complementares à proposta e à habilitação, quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados, serão encaminhados pelo licitante melhor classificado,

após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico, no prazo de até 24 horas.

Neste ponto destacamos que **o subitem 12.5.6 "a", usado pela senhora pregoeira, está nitidamente confrontando com o subitem 10.6.** (g.n.)

A senhora pregoeira convocou a empresa denunciante com fluxo no subitem 12.5.6 "a", conforme ata de convocação do dia 10/06 e inabilitou a recorrente por não atendimento ao subitem.

A denunciante foi inabilitada por não cumprir, aquilo que não era de sua obrigação pois em nenhum momento a senhora pregoeira declarou a recorrente vencedora do certame,

em uma breve análise no sistema da bil, notou — se que a empresa ABBEY CONSTRUTORA E IMOBILIARIA LTDA, após a inabilitação da primeira arrematante, a empresa supracitada ficou como arrematante, ficando a recorrente em quarto Lugar, ou seja, ao inabilitar a recorrente a senhora pregoeira deixou de observar , mais uma vez o item 12.5.6 "a", que os documentos atualizados deveriam ser enviados adequado ao último lance após a negociação, em nenhum momento a recorrente foi chamada a negociar seu último lance, na ata do dia 10/06/2021, a senhora pregoeira citou os itens 11.7 e 11.8, porém vejamos as descrições dos itens acima: (g.n.)

11.7 - Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o pregoeiro deverá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, para que seja obtida melhor proposta, vedada a negociação em condições diferentes das previstas no edital. (grifo nosso)

11.8 - A negociação será realizada por meio do sistema e poderá ser acompanhada pelos demais licitantes.

Neste sentido **a pregoeira deveria ter declarado a recorrente vencedora, ter negociado com a mesma, conforme seu instrumento convocatório, pois o item 12, é bem claro que seu subitem 12.5.6 "a", seria para o licitante vencedor.** (g.n.)

Neste diapasão destacamos que de forma errônea a senhora pregoeira, **convocou simultaneamente 5 empresas, prática vedada e combatida em par diversas orientações do Tribunal de Contas da União, Acórdão 456/2016, acórdão 119/2012, acórdão 558/2010.** (g.n.)

Neste ponto destacamos o acórdão 558/2010, vejamos:

"O próprio chamamento simultâneo de dez empresas, para apresentação da documentação habilitatória, é ato que carece de absoluta fundamentação fática ou legal, e também editalícia. A simples pressa administrativa, que obviamente não cancela as normas e os princípios regedores da licitação pública, (.) (grifo nosso)"

"Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é licito fazer tudo o que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer aqui/o que a lei autoriza." (grifo nosso) Hely Lopes Meireles.

Aquiescendo com as palavras do ilustríssimo prof. Hely, transcrevo as palavras do também ilustríssimo prof. Anderson Pedra:

"As decisões administrativas em processos de contratações precisam estar justificadas a partir das circunstâncias concretas que envolviam o momento de decisum, explicitando objetiva e fartamente os motivos de decidir, destacando notadamente, "os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas seu cargo" (art. 22 da LINDB) (...)

A pressa administrativa em contratar um determinado serviço, não pode de forma alguma inabilitar um licitante que cumpriu, todas as exigências do instrumento convocatório, como é o caso da recorrente, que conforme ficou demonstrado.

Do PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

[...]

Destarte, ferir-se-á de morte o Princípio da Legalidade caso se admita a inabilitação de Licitante que atendeu de fato aos ditames editalícios, como ora demonstrado e provado, mormente quando tal inabilitação tem por base um fato desprovido de legalidade sem respeitar o horário de expediente para consumação do prazo, como o que ora se apresenta.

Não é demais frisar que o item 12.5.6. "a" do Edital encontra-se cumprido, e não descumprido, como 'se pode verificar da simples observância dos autos do certame.

A Finalidade da exigência editalícia encontra-se assim cumprida.

Ferido o Princípio da Legalidade, feridos também estarão os Princípios da Eficiência e da Finalidade, o que certamente este Honroso Tribunal de Controle dos Atos Administrativos Públicos não permitirá, eis que ilibada e incondicionalmente adstrita aos preceitos legais vigentes.

A Administração Pública não deve abrir mão do acatamento ao Princípio da Legalidade em função de nenhum outro princípio, constitucional ou infra-constitucional.

Do PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

[...]

Como visto, o ato da Pregoeira, ao não considerar a contagem do prazo em horas durante o horário de expediente ou em horas uteis inabilitando a Licitante ora Denunciante, foi efetuado à revelia dos princípios pétreos que regem os procedimentos licitatórios. É imprescindível que se revise tal decisão, no sentido de declarar a Licitante ora Denunciante habilitada ao certame para se avaliar sua proposta.

DO PREJUÍZO DIRETO E INESCUSÁVEL AOS ADMINISTRADOS MUNICIPAIS - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE, EFICIÊNCIA E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO - AFASTAMENTO DO EXCESSO DE FORMALISMO

Tem-se como certo que, com a mera possibilidade de que seja mantida a inabilitação da Denunciante, o Tesouro Público Municipal restará prejudicado, alijado injustificadamente da busca da competitividade necessária e alvo do Sistema de Pregão, eis que como demonstrado, **sequer restou avaliada a proposta da Licitante ora Denunciante podendo vir a ser a melhor apresentada, inferior à da licitante classificada de maneira subsequente.** (g.n.)

A diferença entre o preço apresentado pela ora licitante ora em pronúncia e da licitante subsequente é de gritantes RS 460.000,00 (quatrocentos e sessenta mil reais). (g.n.)

Caso se admita tal absurda possibilidade, também restarão prejudicados os administrados da municipalidade, considerando-se a princípio que todo esse valor poderia ser economizado na presente licitação, e aplicado nas inúmeras outras demandas do município.

Tem-se ainda que a evolução histórica da responsabilidade do Estado aponta inarredavelmente para a maior proteção dos direitos dos administrados.

Remonta o tempo em que o Estado revestia-se de irresponsabilidade nesse sentido, sendo assim imperioso o empreendimento de qualquer ação ou correção no intuito de evitar a mera possibilidade de que ocorram quaisquer prejuízos aos administrados públicos.

Eis assim que não pode a municipalidade agir em sentido exatamente contrário a tal entendimento. como de fato ocorrerá se eventualmente vier a ser mantida a inabilitação da Denunciante.

Como se justificara que reste inabilitada do certame a empresa que apresentou a melhor proposta a municipalidade, em razão da inobservância, por parte da própria municipalidade, de circunstâncias legais e de fato, que deveriam levar a habilitação da referida empresa? (g.n.)

Com o devido respeito, considerando-se a mera possibilidade de inabilitação da licitante ora em tela, restarão solenemente ignorados o princípio da eficiência e também o princípio da economicidade.

O princípio da economicidade é de cunho obvio, e ia demonstrado pela diferença de preços descrita acima.

Tal princípio vem expressamente previsto no art. 70 da CF/88 e representa, em síntese, na promoção de resultados esperados com o menor custo possível. E a união da dualidade, celeridade e menor custo na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos.

O princípio da eficiência não é apenas um conceito jurídico, mas também econômico. Não qualifica normas. Qualifica atividades.

Tal princípio da eficiência orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e do menor custo. este compreendido *latu sensu*.

Rege-se. pois, pela regra de consecução do maior benefício com o menor custo possível.

Discorrendo sobre o tema o mestre Hely Lopes Meirelles:

“Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de reduzir suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades do comunidade e de seus membros”.

De tais noções indiscutíveis, extrai-se também e de maneira consonante o princípio da razoabilidade.

Em boa definição, é o princípio que determina o Administração Pública, no exercício de suas faculdades, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes, como sabidamente é o proceder da Administração desta municipalidade.

A nosso ver, dentro do campo desse princípio, e diante do exercício das atividades estatais, o administrado tem o direito o menor desvantagem possível, a qual apenas se alcança com o máximo de concorrência.

Efetivamente, havendo a possibilidade de ação discricionário entre diferentes alternativas administrativas, a opção por aquela que venho o trazer consequências mais onerosas aos administrados é algo inteiramente irrazoável e descabido.

A Administração Pública na prática de seus atos deve sempre respeitar a lei e zelar para que o interesse público seja alcançado. Assim observa-se e homenageia-se o sagrado princípio do Supremacia do interesse público.

Não se pode olvidar que a licitação na modalidade pregão caracteriza-se pelo objetivo de imprimir celeridade e eficiência nas contratações públicas, por meio da simplificação das regras procedimentais, condicionado dos princípios básicos estabelecidos no art. 4º do decreto nº 3.555/2000:

"Art. 4º A licitação na modalidade de Pregão é juridicamente condicionado dos princípios básicos do legalidade, do impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, do probidade administrativa, do vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas.

Parágrafo Único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, o finalidade e o segurança da contratação”.

A verificação de condições de aceitação dos documentos apresentados em licitações públicas deve ser feita com observância dos requisitos que se prestam a sua finalidade, contudo, sem apego exagerado às formalidades e rigorismos literais que possam iludir ou desviar os agentes administrativos responsáveis pela condução dos certames dos propósitos fundamentais do procedimento, dele afastando ofertas válidas e participantes qualificados.

A interpretação dos termos do edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

Conforme se extrai da regra inserta no parágrafo único do art. 4º da Lei n. 8.666/93, a licitação é regida pelo "Princípio do Procedimento Formal".

Nesse sentido, o procedimento licitatório é vinculado às prescrições legais que o regem, em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei em sentido estrito mas, também, do regulamento, do edital ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª Ed.; Malheiros. São Paulo. 2008, pg. 275.)¹

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho, o "princípio do formalismo procedimental" passa a noção de que as regras procedimentais adotadas para a licitação devem seguir parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos administradores subvertê-los a seu juízo. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª Ed. rev. ampl. atual.; Atlas, São Paulo, 2012, pg.246.)

Todavia, é preciso atentar para que, no cumprimento desse princípio, não se peque pelo "formalismo", consistente no apego exacerbado à forma e à formalidade, a implicar à absoluta frustração da finalidade precípua do certame, que é a de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Assim sendo, analisando os documentos constantes dos autos, infere-se que **a inabilitação da empresa representante foi indevida, diante do excesso de formalismo por parte da Administração**, restando demonstrado que ocorreu violação ao interesse pela seleção da proposta mais vantajosa. (g.n.)

Conforme preconiza Carlos Ari Sunfeld:

"O formalismo, e bem verdade, faz parte da licitação, e nela tem seu papel. Mas nem por isso a licitação pode ser transformada em uma cerimônia, onde o que importa são as fórmulas Sagradas, e não a Substância das coisas" (in Parecer na licitação de telefonia celular móvel-Banda B).

Neste sentido é conveniente trazer à baila também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que também regem a licitação na modalidade pregão, e para tanto socorremo-nos das precisas lições de Marçal Justen Filho:

'A Administração está Constrangida a apoiar alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e seus fins. Não seria legal encampar decisão que impusesse exigências dissociadas da realidade dos fatos ou condições de execução impossível. princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a Salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível através da compatibilização entre os interesses Sacrificados e daqueles que se pretende proteger princípios da proporcionalidade da razoabilidade ocorreram impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a relevância dos defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais. (Comentários a lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2000)

Ora, não há como negar que a finalidade maior do processo licitatório e a aquisição da melhor proposta a ser obtida pelo Poder Público. Mediante disputa a ser desenvolvida entre interessados, que devem ser tratados, em todo o decorrer do certame, de forma isonômica.

Nos casos em que uma questão formal não inviabiliza a essência jurídica do ato, e dever da Administração considerá-lo como válido. aplicando o princípio do formalismo moderado.

Estabelece o art. 12, inciso da nova lei de licitações que “o desatendimento de exigências meramente formais que comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo.”

Nesse sentido, o ilustre processualista Samuel Meira Brasil Júnior leciona que o processo é um instrumento para aplicação do direito material, voltado, sempre, para os resultados que deve produzir

Não se pode esquecer sua função precípua, de solução de conflitos.

Portanto, a norma processual é mero instrumento. para permitir a solução mais justa na aplicação do direito material nesse mesmo sentido esclarece José dos Santos Bedaque:

"O processualismo exagerado normalmente acaba por criar enormes dificuldades para o próprio escopo do processo. A grande aferição que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo no plano do ordenamento material e da pacificação."

Veja-se que nem mesmo esse é o caso da Licitante, eis que esta Apresentou regularmente o sua proposta de preço, com termos que comportam o interesse público, segundo os ditames da legislação atinente à espécie.

A observância do princípio do formalismo moderado encontra-se positivado inclusive no âmbito desta Corte, tem-se que no caso em tela a manutenção da inabilitação da licitante ora Denunciante é injusta e descabida.

Lado outro, a recondução da Denunciante ao certame, bem como sua declaração como vencedora do mesmo, homenageia todos os princípios e principalmente a finalidade do procedimento licitatório.

No que tange aos requisitos autorizadores da tutela antecipada, veja-se que se encontram presentes o *fumus boni iuris*, e o *periculum in mora*, conforme o direito e as razões acima delineadas.

Nesse sentido já decidiu esta Corte, no seguinte julgado:

"Processo: 02005/2021-6 Classificação: Controle Externo - Fiscalização – Representação REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PIUMA PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO - RATIFICAR A DECISÃO MONOCRÁTICA 004 12/2021-8 DEFERIR MEDIDA CAUTELAR.

Em caso de comprovada urgência, as medidas Cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, devendo ser submetida a ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão nos termos regimentais."

Assim, como visto e como já argumentado, tendo em vista os princípios constitucionais explícitos e implícitos aqui esposados. impõe-se concessão liminar ora perquirida, objetivando suspensão do certame em tela e a Consequente revisão da decisão quanto à inabilitação da Licitante ora em pronuncia. Junto ao certame em tela, determinando este E. Tribunal de Contas que SEJA RECEBIDA E ANALISADA A PROPOSTA DE PREÇOS da empresa, GUERRA AMBIENTAL LTDA EPP.

DA MEDIDA CAUTELAR

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

[...]

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

[...]

Na mesma linha, o art. 306 do RITCEES, ao tratar do rito sumário no âmbito deste Tribunal de Contas estabelece o seguinte:

[...]

Nota-se que em todos os dispositivos supracitados identificam-se os requisitos que necessariamente deverão ser ponderados e analisados para

a eventual concessão de medida cautelar, vale dizer, o *fumus boni iuris* consubstanciado no fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e o *periculum in mora*, identificado no risco de ineficácia da decisão de mérito ao final.

Cumpra registrar que a presença de ambos os requisitos deve, concomitantemente, e de fato, evidenciar o real indício de irregularidade em conjunto com o risco de dano ao erário ou a direito alheio em decorrência da demora na prestação da medida pretendida.

Não obstante, apesar de o processo licitatório ser formal, admite-se a flexibilização mediante a interpretação das normas legais e editalícias que o norteiam, para satisfazer ao interesse público que o certame visa tutelar, e desde que não resulte em prejuízo para a Administração.

Assim, entender de forma diversa, afastando a validade de o documento complementar obtido em diligência, constitui formalidade excessiva, que pode e deve ser mitigada em prol da obtenção da melhor proposta conforme o caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, 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.

Deste modo, analisando os argumentos produzidos pela denunciante, bem como a documentação juntada em anexo, encontra-se presente o *fumus boni iuris* para a concessão da medida pleiteada nestes autos, ante a sinalização de existência de vícios no certame realizado pela Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy ES, cujo deslinde implica diretamente na contratação de serviços com valores maiores, considerando a inabilitação do licitante que ofertou o menor lance.

Quanto ao inciso II do artigo 376 do RITCEES, que trata da impossibilidade de se aguardar o provimento final da demanda, entende-se que está caracterizado considerando que o Município está na iminência de homologar o resultado final do certame e efetivamente contratar a empresa declarada vencedora, e conseqüente contratação que ora poderá estar viciada.

Ante o exposto, torna-se imperiosa a atuação desta Corte, no sentido de conceder medida cautelar, a fim de suspender o Pregão Eletrônico nº 0011/2021, até ulterior decisão de mérito desse Egrégio Tribunal de Contas.

DO PEDIDO

Em razão dos irrevogáveis Fatos e do Direito esposados acima, é o presente instrumento para Requerer, inicial e liminarmente, nos termos do art. 124 da Lei complementar nº 621/2012, DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, visto que restaram demonstrados os requisitos autorizadores da medida cautelar no caso concreto e atendidos os pressupostos do art. 376, I e II do RITCEES c/c art. 124 da Lei 621/2012, devendo o Município de Presidente Kennedy ES suspender imediatamente os Pregão 011/2021, e/ou qualquer ato administrativo oriundo deste, devendo, ainda, no prazo de 5 (cinco) dias, publicar extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão, sob pena de sanção em multa restando pois concedida medida cautelar determinando a imediata suspensão do andamento do PREGÃO PRESENCIAL 011/2021, que caminha a passos largos para a sua homologação e adjudicação, junto à Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy / ES;

Seja recomendada/determinada a REVISÃO do resultado do PREGÃO PRESENCIAL 011/2021, objetivando a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS INTEGRANTES DO SISTEMA DE LIMPEZA PÚBLICA declarando-se habilitada apreciada a proposta de preços da empresa GUERRA AMBIENTAL LTDA EPP pois a mesma apresentou a proposta em horário de expediente para a realização do objeto licitado, e cumpriu em sua finalidade a todos os preceitos editalícios, mormente o insculpido no item 12.5.6. que a manutenção de sua desclassificação fere preceitos legais, os melhores interesses da

municipalidade e de seus administrados, e os Princípios implícitos que norteiam os processos licitatórios, acima dispostos.

Com relação as alegações acima, destacam-se as informações trazidas aos autos pelos Srs. Wagner Porto Viana, Secretário Municipal de Obras, Serviços Públicos e Habilitação e Karina Costalonga Batista, Pregoeira Municipal:

Esclarecimentos apresentados pelo senhor Wagner Porto Viana, em 05/11/2021

II- DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

Inicialmente, é mister esclarecer que o Pregão Eletrônico nº 00011/2021, para CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS INTEGRANTES DO SISTEMA DE LIMPEZA PÚBLICA, foi iniciado através do nº 7304/2020, cuja **autoridade da pasta solicitante é a SECRETARIA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE**, e não a Secretaria Municipal de Obras, Serviços (g.n.)

Nesse íterim, conforme preceitua a Lei Municipal nº 806, de 04 de fevereiro de 2009, que dispõe sobre a estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy, em seu inciso IV, do artigo 43, estabelece a Divisão de Limpeza Urbana, como atividade a ser executada pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente, e não a Secretaria Municipal de Obras, Serviços Públicos e Habitação.

Ora, face as considerações acima aduzidas, a ilegitimidade passiva desta Secretaria Municipal de Obras, Serviços Públicos e Habitação, deve ser reconhecida de plano, por não possuir competência e poderes conferidos pelo ordenamento jurídico, **não podendo desempenhar responsabilidade alheia em função específica, para prestar informações quanto ao processo de contratação de empresa ESPECIALIZADA NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS INTEGRANTES DO SISTEMA DE LIMPEZA PÚBLICA.** (g.n.)

Competente é a autoridade que tem “investidura legal” para praticar o ato e exercer uma função, neste diapasão, configura—se a ilegitimidade passiva deste Secretário Municipal de Obras, Serviços Públicos e Habitação, na polaridade destes autos, pelas razões de carência de responsabilidade, competência e detenção de informações e documentos para responder esta lisura processual.

Ante o exposto, requer que seja analisado minuciosamente os fatos e fundamentos aqui apresentados os quais são suficientes para sanar quaisquer dúvidas existentes quanto a ilegitimidade passiva deste Secretário Municipal de Obras, Serviços Públicos e Habitação, a qual requer ainda, que seja reconhecida a ilegitimidade passiva, com a extinção do feito em relação a este.

[...]

Esclarecimentos apresentados pela senhora Karina Costalonga Batista, em 10/11/2021

No que se refere o apontamento feito pelo representante referente ao Aviso de Retomada da Sessão Pública para apresentação da Ata de Convocação

no horário das 13h00min do dia 10/06/2021, o aviso foi encaminhado para os e-mails de todos os licitantes cadastrados no sistema da BLLCOMPRAS, bem como enviado pelo chat do sistema supramencionado às 18h22min. Todavia, é de responsabilidade dos licitantes o acompanhamento do procedimento licitatório, e, fica claro que houve tempo suficiente para os licitantes verificarem seus e-mails, bem como o sistema de pregão eletrônico (BLLCOMPRAS).

Em resposta ao recurso administrativo interposto pela empresa supracitada, o Procurador Geral Municipal se manifestou julgando improcedente o recurso da empresa Guerra Ambiental Eireli, por “*não vislumbrar óbice ao cumprimento da convocação, uma vez que a licitante poderia estar presente no momento da sessão e/ou visualizar tal informação no horário comercial do dia subsequente. Destacou também que a Sessão Pública ocorreu após as 13 horas, logo a licitante teve 5 hs úteis para encaminhar a documentação necessária, o que não fez*”.

A recorrente argumenta quanto à sua desclassificação por não atender ao Item 12.5.6 “a” do Edital, vejamos:

[...]

A empresa foi desclassificada por anexar os documentos solicitados no item supracitado após o prazo estabelecido em Edital, ou seja, a empresa não atendeu ao Instrumento Convocatório, um dos Princípios que rege a administração pública. Vale ressaltar, que a recorrente, bem como, as demais empresas que para participar deste processo licitatório tinham conhecimento de tal previsão do edital e não Impugnou, tendo o certame ocorrido normalmente.

A recorrente argumenta sobre a contagem em horas úteis e menciona que isso aparece no art. 35, 38 §§ 2º e parágrafo único do art. 47 do Decreto Federal nº 10.024/2019. Tal argumentação não deve prosperar, pois o art. 38 § 2º menciona que o prazo mínimo para apresentação da proposta deve ser de no mínimo de 02 (duas) horas. E o Edital do Pregão Eletrônico 011/2021 dispõe o prazo de até 12 (doze) horas, ou seja, tempo suficiente para as licitantes formularem suas Propostas de Preços e Planilhas Atualizadas. E que o item 10.6 do Edital, mencionado pela empresa recorrente refere-se acerca dos documentos complementares para a confirmação de autenticidade daqueles que já apresentados pela licitante, não da Proposta de Preços e Planilhas Atualizada.

Pois bem.

Verifica-se que o representante alega, em linhas gerais:

- Ter sido, a sessão do pregão, retomada fora do horário comercial (às 18h22 min do dia 09/06/2021);
- Ao serem convocados as empresas para apresentação das propostas ajustadas, a Pregoeira teria considerado a contagem em horas corridas para o limite da entrega, e não horas úteis como seria o correto, em sua visão, e;

- Na mesma convocação, teriam sido convocados 5 (cinco) empresas para apresentação das propostas ajustadas, o que seria irregular, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas União – TCU.

Da análise realizada pelo **NASM**, em relação à "*retomada da sessão fora do horário comercial*", **certifica** o setor que a partir dos elementos constantes dos autos, **não foi comprovado**, em relação específica aos efeitos deste ponto, **possível prejuízo ao representante**.

Quanto à "*contagem em horas corridas, e não em horas úteis*", afirma a equipe técnica que **esta é a previsão do atual Código Civil**. Portanto, os agentes municipais estão corretos em utiliza-la. Vejamos:

Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluídos o dia do começo, e incluído o do vencimento.
[...]
§ 4º Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.

Já em relação "*a convocação ter ocorrido em torno das 13 horas do dia 10/06/2021, consideradas horas úteis*", afirma o corpo técnico que o representante teve tempo para ajustar sua proposta, não podendo se deduzir prejuízo a partir deste fato, já que deveria estar atento aos chamados licitatórios. Além disso, **certifica** a área técnica, que **não foi demonstrada a impossibilidade de se juntar documentação ao sistema eletrônico após o horário comercial, o que indica não ter havido uma diminuição das horas líquidas disponíveis para o licitante**.

Por fim, quanto a alegação da Representante que "*seria irregular, segundo a jurisprudência do TCU, a convocação simultânea de 5 (cinco) empresas para apresentação das propostas ajustadas*", informa o **NASM** que essa jurisprudência se relaciona com a apresentação da documentação para habilitação, **o que não é o caso**, sugerindo a área técnica pela **improcedência da presente representação**.

Verifica-se também, que a Representante requereu concessão de medida cautelar, com fundamento em receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito, nos termos do art. 376 da Resolução TC 261/2013.

A tutela cautelar demanda a presença conjunta de dois pressupostos, quais sejam: a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações (*fumus boni iuris*) aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), conforme disposto no artigo supramencionado.

Esses pressupostos são essenciais para a concessão de qualquer espécie de medida cautelar. No entanto, verifico que **não há sequer a procedência das alegações trazidas pelo Representante, o que por consequência afasta os requisitos essenciais para determinar medida cautelar.**

Além disso, há ainda necessidade de, ao se proferir a decisão que determina a medida cautelar, **não se estar na presença do *periculum in mora inverso*, que figura como impeditivo para a sua concessão, ante o perigo de se impor aos municípios gravame de natureza irreversível, o que é o caso dos presentes autos.**

Explica-se:

Em consulta ao Portal da Transparência da Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy, a área técnica verificou a existência do **Contrato nº 367/2021**, assinado entre o município e a empresa Freire e Veloso Engenharia Ltda., em 05/10/2021, oriundo do Pregão Eletrônico nº 0011/2021.

Tal contratação tem como objeto serviços de varrição entre outros, relacionados à limpeza pública, portanto, **serviços de natureza essencial**, ou seja, que **não podem sofrer paralisação sem que isto acarrete prejuízo para os municípios**, estando caracterizado, assim, o *periculum in mora inverso*.

Neste sentido, é o entendimento desta Corte de Contas. Vejamos:

DECISÃO TC 1767/2019 – SEGUNDA CÂMARA

Direito processual. Representação. Medida cautelar. Licitação. Serviço de limpeza pública. Periculum in mora reverso]

Trata-se de representação com pedido de medida cautelar formulada por (...), pessoa jurídica de direito privado, (...), com base no art. 13, §1º da Lei

8666/93 e art. 101 da Lei Complementar 621/2012, em face da Prefeitura Municipal de Marataízes.

(...) FUNDAMENTAÇÃO

(...) **a suspensão da licitação poderá causar dano inverso, com o comprometimento na execução em futuro próximo de serviço essencial de limpeza pública** e, nessa equação, o bem jurídico a ser tutelado pende inarredavelmente para o lado da manutenção do serviço essencial. (g.n.)

Destaco ainda que nos termos do artigo 10, inciso VI, da Lei 7.783/89, os serviços de coleta e destinação final de lixo caracterizam-se como **serviços essenciais**, ou seja, a **sua interrupção gera risco iminente à sobrevivência, à saúde e à segurança da população**. (g.n.)

Uma possível suspensão do referido edital poderia causar maiores prejuízos aos munícipes já que estamos diante de uma **atividade essencial que é a contratação de empresa para prestação de serviço de limpeza urbana**, e ressalta-se que a irregularidade mantida não constitui grave ofensa ao interesse público. Estamos assim, diante do **periculum in mora inverso**, motivo pelo qual a medida cautelar não deve ser concedida.

(...) Assim, o cotejar das conclusões acima expendidas com as hipóteses para a concessão das medidas cautelares previstas no art. 124 da Lei Complementar 621/2012, indica a ausência de fundado receio de grave ofensa ao interesse público e de risco de ineficácia da decisão de mérito, requisitos legais para a concessão da medida pleiteada.

DECISÃO TC-705/2018 – PLENÁRIO:

[Direito Processual. Medida Cautelar. Licitação. Serviço essencial. Serviço de limpeza pública. Periculum in mora ao reverso]

DECISÃO TC-705/2018 – PLENÁRIO

Tratam os presentes autos de Representação, com pedido de concessão de medida cautelar impetrada pela empresa Polipavi Saneamento & Pisos Ltda. EPP em face à possíveis irregularidades ocorridas no Edital de Concorrência Pública nº 011/2017, realizada pela Prefeitura Municipal de Vila Velha, cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia para a execução de serviços integrantes de limpeza pública no município de Vila Velha (ES), com valor orçado de R\$ 288.717.570,52 (duzentos e oitenta e oito milhões, setecentos e dezessete mil, quinhentos e setenta reais e cinquenta e dois centavos).

Em síntese, a Representação aponta irregularidades envolvendo o seguinte: (...) A análise do substrato conceitual para o deferimento da medida cautelar está relacionada à existência dos requisitos que a doutrina denomina como *fumus boni juris* e o **periculum in mora**, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento.

Compulsando os autos, observo que a apuração da condição para a concessão da medida foi avaliada pela Secretaria de Controle Externo de Engenharia e Meio Ambiente (Manifestação Técnica 00110/2018-1), valendo destacar o seguinte trecho:

Conforme abordado, desde 2013, o município tem dificuldades e/ou é ineficiente em contratar este tipo de serviço, que envolve valores significativos, por meio de um procedimento licitatório isonômico, que atenda aos princípios expressos no art. 3º da Lei 8.666/93, o que torna ainda mais temerosa a forma como está se dando o andamento destas contratações.

Em virtude disso, **apesar dos indícios detectados, entende-se que no momento, a concessão de medida cautelar pode trazer mais prejuízos do que benefícios, já que isso provavelmente acarretaria em nova contratação emergencial em detrimento a uma contratação efetivada por intermédio de procedimento licitatório**. (g.n.)

Por outro lado, o exame deste procedimento pode resultar em consequências futuras para os responsáveis, caso sejam confirmados os

indícios elencados ou outros que venham a ser identificados em análise técnica mais acurada em um momento processual posterior.

Segundo se depreende dessa análise, ausente o **periculum in mora**.

E mais, ressalta que o tipo de procedimento licitatório realizado pelo município de Vila Velha já não obtém sucesso há alguns anos “e resulta em repetidas contratações diretas, importa avaliar se todos os estudos técnicos/econômicos estão sendo elaborados com a finalidade precípua de obter a proposta mais vantajosa para a população. Neste sentido, convém mencionar que recomendações técnicas foram feitas para contratação de serviços públicos de limpeza urbana, conforme Apêndice A do Relatório de Levantamento 13/2017-3, processo TC 4651/2017-8”.

Em consequência dessa análise, verifica-se que o assunto em questão poderá ser enfrentado em rito ordinário, permitindo uma análise técnica pormenorizada, oportunidade na qual esta Corte poderá aprofundar-se no entendimento quanto ao objeto licitado e, para quem sabe, oferecer luz às decisões do jurisdicionado.

Além disso, ressalte-se que a contratação dos serviços, conforme o objeto licitado possui outra peculiaridade, qual seja: **natureza essencial**. (g.n.)

Explico: a contratação em tela envolve diretamente a execução de serviços integrantes de limpeza pública no município de Vila Velha; ou seja, trata-se de coleta e transporte de lixo, escoamento de entulhos, detritos sólidos e líquidos; (por consequência também é caso de saúde pública) e, assim, **não podem sofrer processo de paralisação sem motivo relevante**. (g.n.)

Neste ponto, não é difícil deduzir que uma potencial paralisação dos respectivos serviços acarretaria danos irreversíveis ou de difícil reparação ao município de Vila Velha e à coletividade local, beneficiários diretos desta contratação.

Em outras palavras, **a determinação de suspensão do certame ou da respectiva contratação (neste momento da instrução processual) pode ser contrária ao interesse público, numa condição que permite vislumbrar a possibilidade de ocorrer periculum in mora inverso**. (g.n.)

Contudo, seja como for, conforme demonstrado pela área técnica nestes autos, a situação fática não permite a concessão de medida cautelar e a apuração do questionamento suscitado deve prosseguir segundo o rito ordinário.

Destarte, **acompanho** o entendimento do corpo técnico e ministerial pela **improcedência** da representação, tendo em vista a não identificação de plausibilidade jurídica nos itens noticiados a este Tribunal, assim como pelo **indeferimento da medicação cautelar**, visto a presença o *periculum in mora inverso*.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Pelo exposto, obedecendo os trâmites processuais e legais, **corroborando** com o entendimento Técnico e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Deliberação que submeto à sua consideração:

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-181/2022:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. INDEFERIR CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR, em razão da ausência de seus pressupostos para sua concessão, nos termos do art. 376 do RITCEES, assim como a presença do *periculum in mora inverso* no presente caso;

1.2. Julgar **IMPROCEDENTE** a representação, nos termos do art. 178, inciso I, do RITCEES, tendo em vista a não constatação de irregularidade;

1.3. CIENTIFICAR a Representante e representados do teor da decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES.

1.4. ARQUIVAR os presentes autos, nos termos do art. 176, § 3º, II, do RITCEES;

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 18/02/2022 – 6ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões