



Decisão 01218/2022-1 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 00888/2022-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Serra

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Representante: NATALIA BARBARA PEREIRA BORGES

Responsável: DAYSE MARIA OSLEGHER LEMOS, KARLA VIANNA GOMES, FABIANA
NEGRELI PASSOS MOREIRA

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – CONHECER – INDEFERIR A
CAUTELAR – AUSÊNCIA DE PERICULUM IN
MORA – RITO ORDINÁRIO – NOTIFICAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação apresentada nesta Corte de Contas pela Sra. Natalia Barbara Pereira Borges em face da Prefeitura Municipal da Serra, suscitando possíveis irregularidades/ilegalidades no procedimento licitatório deflagrado pelo Edital do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 305/2021, que pretende “a Contratação de Empresa Especializada na Prestação de Serviços de Supervisão e Preparo de Alimentação Escolar, Desenvolvimento de Ações de Educação Nutricional para as Escolas da Rede Municipal de Ensino da Serra – Ensino Fundamental (EMEF’s), Centros de Educação Infantil (CMEI’s) e Entidades Filantrópicas conveniadas, conforme Processo N.º 29194/2021 SEDU com despesa

devidamente aprovada pelo COAD, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus Anexos”.

Em breve síntese, a Representante suscita a necessidade de suspensão do certame, em razão dos apontamentos de ilegalidade que se consubstanciarão em: i) ilegal separação do objeto do certame em lotes com inviabilidade técnica; ii) sanções administrativas com caráter confiscatório e abusivo; iii) violação ao julgamento objetivo e à isonomia entre os participantes; iv) ilegal falta de previsão de cláusula obrigatória sobre reajuste de preço, restringindo, assim, a competitividade do certame.

Pugna, ao final, pela suspensão cautelar do certame e, ao final, a procedência da representação.

Diante dos fundamentos e elementos documentais que alicerçam a presente Representação, o Relator entendeu como imperiosa a requisição de informações com vistas a subsidiar a completa formação do juízo cognitivo sumário acerca das questões impugnadas, sobretudo o pedido de concessão de medida cautelar, pelo que proferiu a Decisão Monocrática 90/2022, que notificou as responsáveis para que, no prazo de 5 dias, se manifestassem acerca dos fatos alegados, as quais compareceram aos autos com suas justificativas e documentação de suporte.

Este Relator, então, conheceu a presente representação e encaminhou os autos para análise técnica quanto à presença dos requisitos autorizadores da cautelar, que resultou na Manifestação Técnica de Cautelar 38/2022, elaborada pelo Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, em que se concluiu pelo indeferimento da medida cautelar. Transcreve-se a conclusão da peça técnica:

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

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

3.1 – **Indeferir a medida cautelar**, visto que não restaram demonstrados os requisitos gerais autorizadores para sua concessão;

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

3.3 – A notificação da Pregoeira Oficial da Prefeitura Municipal de Serra, Sra. Karla Vianna Gomes, para que, no prazo a ser estipulado, informe quais providências foram efetivamente adotadas quanto as supostas

irregularidades presentes nos autos, remetendo a esta Corte o Edital retificado assim como o seu novo Termo de Referência.

Na sequência, os autos retornaram a este gabinete para deliberação.

É o que importa relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1) Dos pressupostos de admissibilidade.

O artigo 93 da LC 261/2012 confere legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas.

O artigo 94 e seus incisos, do mesmo diploma legal, estabelecem os requisitos de admissibilidade, devendo apresentar:

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

Diante do juízo positivo acerca dos requisitos de admissibilidade já deliberado nos autos por ocasião do Despacho 9038/2022, reitero meu entendimento no sentido de que estes se encontram presentes nos autos, razão pela qual a conheço a representação.

II.2) Dos pressupostos da medida cautelar.

Notadamente, compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de medidas para o fiel cumprimento da lei, bem como a sustação de ato impugnado. Nesse passo, nas hipóteses de comprovada

urgência, poderá o Relator decidir pela concessão de cautelar, conforme se extrai do teor do art. 124 da Lei Complementar 621/2012:

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, **havendo fundado receio de grave ofensa ao interesse público 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**.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno.

A análise do substrato conceitual para o deferimento da medida cautelar está relacionada à existência dos requisitos que a doutrina denomina de *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento, na forma prescrita no art. 379 do RITCEES¹.

O primeiro requisito é constituído pelo *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito, definido pelos doutrinadores como juízo de probabilidade da existência do direito perseguido. Para obter a tutela cautelar, deve-se convencer o julgador 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.

O outro requisito é traduzido pelo *periculum in mora* ou o risco de ineficácia da decisão de mérito, conceituado como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. Nesse contexto, 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 este requisito.

Numa análise detida dos autos, verifica-se o apontamento de indícios de irregularidades que eivariam o certame, eis que alcançariam o procedimento e a

¹ 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.

condução do procedimento licitatório deflagrado pelo Edital do Pregão Presencial sob análise, na medida em que teria incorrido em violações de normas afetas às licitações.

II.2.1) Da ilegal separação do objeto do certame em lotes com inviabilidade de ordem técnica.

O Representante sustenta que a divisão do objeto a ser licitado — contratação de empresa especializada na prestação de serviços de supervisão e preparo de alimentação escolar — em dois lotes serviços que compõem a mesma unidade técnica inviabilizaria a prestação do serviço, na medida em que o preparo dos alimentos seria realizado pelos colaboradores na função de *merendeira* (Lote 01), enquanto a supervisão efetivada pelos colaboradores na função de *nutricionista* (Lote 02). Assim, considerando a ingerência imprópria de uma empresa prestadora de serviço sobre outra na execução contratual poderia inviabilizar sua unidade de ordem técnica, devendo o certame ter previsto a contratação em lote único.

Os responsáveis reconheceram a falha na elaboração do Termo de Referência do Edital em tela e informaram que este será retificado para fazer constar a previsão de lote único para os referidos serviços, conforme item 4.1 do TR.

Verificou-se, ainda, que constam como anexos à resposta de notificação dos responsáveis a demonstração da suspensão do Pregão 305/2021, publicada no Diário Oficial do Município e no Diário Oficial da União em 09/02/2022.

Diante disso, a unidade técnica considerou procedente o apontamento de irregularidade suscitado, porém, a suspensão do certame tornou desnecessária a deliberação por sua suspensão, bem como ausente o requisito do *periculum in mora*, requisito este cumulativo, desautorizando, portanto, a concessão da medida pleiteada.

Por fim, sugeriu o corpo técnico a notificação da Pregoeira Oficial da Prefeitura, Sra. Karla Vianna Gomes para que, no prazo a ser estipulado, informe quais providências foram efetivamente adotadas quanto às supostas irregularidades presentes nos

autos, remetendo a esta Corte o Edital retificado, assim como seu novo Termo de Referência.

Pelo exposto, me filio ao opinamento técnico pela não concessão da medida cautelar quanto a este item, ante a ausência do requisito autorizador do *periculum in mora*, expedindo-se, contudo, a notificação sugerida.

II.2.2) Das sanções administrativas com caráter confiscatório e abusivo.

Aduziu o Representante que as multas previstas no edital em comento a título de sancionamento administrativo para a hipótese de descumprimento contratual teriam caráter confiscatório e seriam abusivas, diante do percentual de até 20% estabelecido. Alegou que as multas deveriam ser limitadas a 10%, a exemplo do art. 430 do Código Civil, e que a Administração não poderia se valer de seu poder sancionador para aplicar multas excessivas e desarrazoadas às contratadas, sob pena de causar dano a estas e inviabilizar sua atividade.

Em sede de justificativas, os responsáveis alegaram que as multas e os percentuais consignados no instrumento convocatório estariam compatíveis com os previstos no art. 86 da Lei 8666/93, bem como se alinhariam com o art. 20 do Decreto Municipal 7.052/2016 e com a jurisprudência do TCU sobre o tema.

A unidade técnica, por meio da Manifestação Técnica 38/2022, considerou improcedentes as alegações, pautando seu opinamento em precedente desta Corte (Decisão 608/2020 – Plenário, nos autos do Processo 2102/2020), que manifestou entendimento no sentido de que as multas — cláusulas penais — previstas no contrato administrativo não se submetem ao teto fixado no Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura), uma vez que este dispõe sobre os juros nos contratos, de modo que não se aplica às penalidades administrativas decorrentes de descumprimentos contratuais.

Aliado a isso, o art. 412 do Código Civil estabelece sobre a matéria aplicável às infrações administrativas que “o valor da cominação não pode ultrapassar o valor da obrigação principal”, de modo que não há no referido diploma legal disposição que

fixe um valor, salvo a limitação ao valor da obrigação principal. Assim, cabe ao Administrador avaliar, face ao valor da contratação, um percentual adequado ao montante dos prejuízos eventualmente causados por culpa da contratada.

Saliente-se que a aplicação de penalidades pela Administração se insere entre as prerrogativas determinadas pela lei, no intuito de resguardar o interesse público ante a descumprimentos contratuais que oneram os cofres públicos com prestação de serviços imperfeitos ou imprestáveis (Parecer AGU/CGU/NAJ/MG-0541/2009-CML).

Nesse espeque, me alinho ao entendimento técnico para reconhecer a carência do elemento do *fumus boni iuris*, o que impõe óbice ao deferimento da medida pleiteada.

II.2.3) Da violação ao julgamento objetivo e à isonomia entre os participantes - vedação à participação de empresas proibidas de participar de licitações.

A Representante alega a ocorrência de violação ao julgamento subjetivo, em razão da vedação à participação no certame de empresas proibidas de participar de licitações públicas, uma vez que não haveria especificação precisa da abrangência das proibições aplicáveis ao certame.

Em suas justificativas, os responsáveis aduziram, a despeito da vagueza das alegações, que a condição de participação recairia para as empresas que não estiverem sujeitas à suspensão temporária de participação em licitações ou impedidas de contratar com a Administração Pública Municipal, ou que tenham sido declaradas inidôneas por qualquer órgão da Administração, não ocorrendo sua reabilitação, o que estaria alinhado com o art. 87, III da Lei 8.666/93 e art. 7º da Lei 10.520/2002, bem como com o entendimento do STJ.

Da análise técnica, levada a termo por meio da Manifestação Técnica de Cautelar 38/2022, extrai-se que o entendimento acerca da temática é pacífico quanto à abrangência da declaração de inidoneidade, descrita no art. 87, IV da Lei 8.666/93, uma vez que a sanção alcança toda a Administração Pública — todos os entes

federados e as entidades a estes pertencentes, conforme o art. 6º, XI da Lei 8.666/93 —, tornando o efeito da declaração vinculante a toda esta.

Desse modo, em que pesem as alegações iniciais, a vedação à participação no certame às empresas declaradas inidôneas é situação prevista no art. 87, IV da Lei 8.666/93, não carecendo de exaustiva descrição no edital todas as situações que ensejam a possibilidade de declaração de inidoneidade.

Portanto, aderindo ao posicionamento técnico e considerando ausente o *fumus boni iuris* neste ponto, não há que se acolher o pedido de concessão de cautelar.

II.2.4) Da falta de previsão de cláusula obrigatória sobre reajuste de preços.

A Representante alega que não consta no edital em tela cláusula obrigatória de reajuste de preços, nos termos dos arts. 40 e 55 da Lei 8.666/93.

Os responsáveis, por sua vez, reconheceram a falha na elaboração do Termo de Referência do Edital do Pregão Eletrônico 305/2021, e informam que esse será retificado no intuito de prever as regras de reajuste e reequilíbrio econômico financeiro que se afiguram como obrigatórias no certame licitatório, como prevê o art. 50 da Lei 8666/93.

Considerando que constam como anexos à resposta de notificação dos responsáveis a demonstração da suspensão do Pregão 305/2021, publicada no Diário Oficial do Município e no Diário Oficial da União em 09/02/2022, a unidade técnica considerou procedente o apontamento de irregularidade suscitado, porém, a suspensão do certame tornou desnecessária a deliberação por sua suspensão, bem como ausente o requisito do *periculum in mora*, requisito este cumulativo, desautorizando, portanto, a concessão da medida pleiteada.

Por fim, sugeriu o corpo técnico a notificação da Pregoeira Oficial da Prefeitura, Sra. Karla Vianna Gomes para que, no prazo a ser estipulado, informe quais providências foram efetivamente adotadas quanto às supostas irregularidades presentes nos

autos, remetendo a esta Corte o Edital retificado, assim como seu novo Termo de Referência.

Pelo exposto, me filio ao opinamento técnico pela não concessão da medida cautelar quanto a este item, ante a ausência do requisito autorizador do *periculum in mora*, expedindo-se, contudo, a notificação sugerida.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, acolhendo a manifestação técnica, tornando-a parte integrante do presente, VOTO para que seja adotada a seguinte deliberação que ora submeto à apreciação.

RODRIGO COELHO DO CARMO

Conselheiro

1. DECISÃO TC- 1218/2022-1:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Senhores Conselheiros deste Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas, em:

1.1. CONHECER da presente representação, visto que preenche os requisitos de admissibilidade, na forma dos art. 94 da LC 621/2012 c/c art.184 do RITCEES;

1.2. INDEFERIR A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR, eis que ausentes os pressupostos previstos no art. 376 do RITCEES;

1.3. CONVERTER a tramitação dos autos ao rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do art. 306 do RITCEES, e **determinar** sua remessa à unidade técnica para regular instrução;

1.4. NOTIFICAR a Pregoeira Oficial da Prefeitura Municipal de Serra, Sra. Karla Vianna Gomes, para que, no prazo de 10 (dez) dias, informe quais providências foram efetivamente adotadas quanto às supostas irregularidades presentes nos

autos, remetendo a esta Corte o Edital retificado, assim como o seu novo Termo de Referência;

1.5. NOTIFICAR os responsáveis para que se pronunciem quanto à decisão prolatada, nos termos do artigo 307, §3º do RITCEES, bem como encaminhem os esclarecimentos e documentos que julgarem necessários à elucidação dos indícios de irregularidades representados.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 07/04/2022 – 16ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-Geral Luís Henrique Anastácio de Oliveira.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente