



Decisão 01310/2022-6 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processos: 01303/2022-1, 01332/2022-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: SEGES - Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação de Vitória,
SEME - Secretaria Municipal de Educação de Vitória

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: STEM SOLUCOES E INTEGRACOES EDUCACIONAIS LTDA

Responsável: JULIANA ROHSNER VIANNA TONIATI, REGIS MATTOS TEIXEIRA

**REPRESENTAÇÃO – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR –
PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS –
AQUISIÇÃO DE LIVROS – PRESENÇA DOS
PRESSUPOSTOS CAUTELARES – DEFERIR CAUTELAR –
NOTIFICAR.**

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

1. RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de representação com pedido de medida cautelar, formulada pela empresa Stem Soluções e Integrações Educacionais LTDA, em face da Secretaria Municipal de Gestão e Planejamento de Vitória (Seges), narrando supostas irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 37/2022, visando futuras e eventuais aquisições de livros da coleção Projeto de Vida e Atitudes Empreendedoras para atendimento às Escolas de Ensino Fundamental da rede de ensino de Vitória.

Em suma, alega que o Item 14 e o Anexo I do Edital mencionariam obras paradidáticas específicas, sem qualquer justificativa técnica plausível, o que obstaría a seleção da proposta mais vantajosa e frustraria o caráter competitivo da licitação,

afrontando princípios constitucionais e as normas legais das licitações. Ao final, requer a suspensão cautelar do certame e a reparação do item ora questionado.

Por meio da Decisão Monocrática 168/2022, decidi, antes de apreciar a medida cautelar pleiteada, pela notificação do Sr. Regis Mattos Teixeira (Secretário Municipal da SEGES) e da Sra. Juliana Rohsner Vianna Toniati (Secretário Municipal de Educação de Vitória), para apresentassem, no prazo de 48 horas, a cópia integral do processo administrativo pertinente ao referido edital, as justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários.

Após devidamente notificados, apresentaram documentações, de forma tempestiva, em especial cópia do processo 6646566/2021, referente ao certame. Em síntese, informam que a licitação inicialmente prevista para ocorrer no dia 9/3/2022, estaria suspensa, para análise detalhada dos pontos impugnados, tanto em razão da impugnação recebida (peça 17), quanto da Decisão Monocrática 00168/2022-3 (peça 6), ambas de teor semelhante, requerendo, ainda, a apresentação de manifestação complementar posteriormente, após a conclusão da análise.

Por meio da **Decisão Monocrática 295/2022**, conheci da representação, e, encaminhados os autos ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, a Área Técnica procedeu à Manifestação Técnica de Cautelar 00058/2022, que conclui pelo deferimento da medida cautelar.

Destaco que em apenso consta o Processo TC 01332/2022-8.

É o relatório.

V O T O

2. FUNDAMENTAÇÃO

Acerca dos pressupostos cautelares, acompanho o posicionamento exarado pela Área Técnica na **Manifestação Técnica de Cautelar 00058/2022**, no sentido de

estes estarem presentes no caso, e a adoto como razões de decidir, conforme transcrição abaixo:

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Resolução 261/13:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

- I - fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

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

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da consequente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.

A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.

Já o inciso II trata do periculum in mora, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. São os entendimentos de Alexandre Freitas Câmara²:

Como dito anteriormente, o fumus boni iuris não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de periculum in mora (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar é modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que está diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta situação de perigo iminente que recebe o nome de periculum in mora, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz. (...)

Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o requisito do periculum in mora, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar.

Nesse sentido, a medida cautelar não deverá se confundir com a satisfação do objeto da Representação e nem mesmo deverá possuir o escopo de antecipar a

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

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

tutela cognitiva de caráter meritório, mas tão somente deverá servir como uma garantia de efetividade do pronunciamento jurisdicional.

Quanto ao objeto desta análise, o representante suscita na Petição Inicial 354/2022 (peça 2), a suspensão cautelar do Edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 37/2022, referente à aquisição de livros da coleção Projeto de Vida e Atitudes Empreendedoras e posterior reparação do item 14 e Anexo I, ora questionados.

*o representante alega que no referido edital não foi constatada justificativa técnica adequada (princípio da motivação dos atos), ratificada pela autoridade competente, que demonstre a razão de incluir na **tabela constante do item 14 (com a descrição bibliográfica completa no Anexo I)** do ato convocatório (peça 4, p. 23-24 e 32-35), descrições técnicas específicas de obras (para)didáticas comercializadas pelo grupo editorial FTD Educação (peça 2, p. 10), qual seja, a coleção “Projeto de Vida e Atitudes Empreendedoras”, em detrimento de “materiais similares, com qualidade e com custo-benefício superiores ao produto solicitado” (peça 2, p. 8) e que poderiam satisfazer às necessidades do Órgão no atendimento do interesse público.*

Assim, o representante reporta a possibilidade de restrição à competitividade e de não selecionar a proposta mais vantajosa, em desconformidade com o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal; no artigo 32, inciso XXI, da Constituição do Estado do Espírito Santo, bem como no artigo 3º, inciso II, e artigo 9º, ambos da Lei nº 10.520/2002 e no artigo 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993.

Nesse sentido, traz posicionamento desta Corte de Contas sobre irregularidade na indicação de marca, tratada no Acórdão TC-924/2015 – 2ª Câmara e do Tribunal de Conta da União (TCU), no processo TC-020.528/94-4, entre outros.

*Os **notificados** assim se manifestaram por meio das Respostas de Comunicação 285 e 278/2022 (peças 13 e 16):*

Acerca do referido certame licitatório, informamos a esse Colendo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo que, em face da impugnação recebida (DOC.01) e da Decisão Monocrática 00168/2022-3, o Subsecretário de Gestão Administrativa e Financeira, da Secretaria Municipal de Educação solicitou a suspensão do certame licitatório (DOC. 02), razão pela qual, o Pregoeiro Municipal emitiu o comunicado de suspensão da licitação no Portal de Compras do Município de Vitória, acessível pelo endereço eletrônico: <https://portaldecompras.vitoria.es.gov.br/> (DOC. 03).

Ante as informações prestadas, em razão da necessidade de análise detalhada dos pontos impugnados, os quais, como mencionado, estão sob análise do setor técnico (Secretaria Municipal de Educação), e considerando também a suspensão do certame licitatório, o Município vem requerer que seja deferida a apresentação posterior de manifestação complementar, tão logo as análises técnicas sejam concluídas.

Destaco que o procedimento licitatório em questão somente será retomado após o envio das informações relativas à presente representação a essa respeitável Corte de Contas.

E acostaram documentações referentes à decisão de suspensão do certame (peças 14 e 18), a comprovação da suspensão no Portal de Compras do Município

de Vitória (peças 15 e 19), a impugnação ao edital apresentada pela mesma empresa representante (peça 17) e a cópia do processo 6646566/2021 (peça 20).

Pois bem.

O Pregão Eletrônico nº 037/2022 é do tipo menor preço global, com lote único, subdividido em 18 itens da coleção Projeto de Vida e Atitudes Empreendedoras, contemplando livros do professor e do aluno, com orçamento estimado de R\$ 3.589.779,09. O Anexo I do Edital, detalha os livros relacionados no item 14, indicando a referência bibliográfica completa (peça 4, p. 23-24 e 32-35).

O representante alega que não foi localizada no edital a justificativa técnica para a escolha dessa coleção e mesmo sem comprovar, alega também que existem “materiais similares, com qualidade e com custo-benefício superiores ao produto solicitado” (peça 2, p. 8).

No presente caso, foi comprovado pelas pesquisas de preços realizadas (peça 20, p. 116-154), que não há exclusividade para distribuição da coleção de livros adotada, conseqüentemente, há viabilidade de competição.

Nessa perspectiva, destaca-se o art. 3º da Lei nº 10.520/2002, que trata da fase preparatória do pregão, transcrito:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e **os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados**, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;

(...)

(g.n)

Compulsando os autos do processo 6646566/2021 (peça 20), **não foram localizados os elementos técnicos que fundamentaram a opção do município pela coleção especificada**, objeto do certame, em vez de eventuais outras. Encontrou-se somente a solicitação de compra mediante Comunicação Interna Seme/SUBGP 062/2021 (peça 20, p. 4) que subsidiou a elaboração do Termo de Referência - TR (peça 20, p. 203-221).

No TR está descrito o trabalho com “Projeto de Vida” a ser desenvolvido em cada etapa do ensino, concluindo que “mediante este detalhamento é que solicitamos a aquisição dos Livros de Projeto de Vida e Atitude Empreendedora” (peça 20, p. 209), sem demonstrar o motivo da obra selecionada ser a única capaz de atender.

Destaca-se que não se discute a relevância da aula “Projeto de Vida”, bem como do material paradidático a ser adquirido para sua efetivação, mas a ausência de

uma peça essencial na fase interna do procedimento licitatório, conforme disposto no art. 3º, inciso II da Lei nº 10.520/2002.

Portanto, cabe aos gestores, esclarecimentos acerca da justificativa para a escolha do material paradidático, a fim de não comprometer a lisura do certame.

*Pelo exposto, numa análise perfunctória, própria de uma análise cautelar, entende-se restar cumprido o primeiro requisito para concessão da medida pleiteada, ou seja, a presença do *fumus boni iuris* em relação ao **item 14 e Anexo I, do Edital de Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 37/2022**.*

No que tange ao periculum in mora, considerando os fatos narrados, embora o certame esteja suspenso “sine die” - conforme verificado na publicação no Diário Oficial do Município de Vitória do dia 11/3/2022 (Edição nº 1862, p. 4) e no Portal de Compras do Município de Vitória (peça 15) - e segundo os notificados, “somente será retomado após o envio das informações relativas à presente representação a essa respeitável Corte de Contas”, caso se efetive a contratação e se confirmada a suposta irregularidade, a decisão de mérito correrá o risco de não ter a eficácia esperada.

Diante disso, em sede de manifestação preliminar, haja vista a presença dos pressupostos do art. 306 do RITCEES, sugere-se a concessão da medida cautelar.

Registra-se pedido dos notificados para que o Relator postergue a Decisão Monocrática 168/2022, devido à impugnação ao edital estar sob análise da Secretaria Municipal de Educação de Vitória.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, encampando o posicionamento técnico exarado na Manifestação Técnica de Cautelar 00058/2022, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Decisão** que submeto à sua apreciação.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC- 1310/2022-6

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

1.1. DEFERIR a medida cautelar visto que restaram demonstrados os pressupostos do art. 306 do RITCEES, no sentido de suspender o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 37/2022.

1.2. NOTIFICAR o Sr. Regis Mattos Teixeira (Secretário Municipal da SEGES) e a Sra. Juliana Rohsner Vianna Toniati (Secretário Municipal de Educação de Vitória), nos termos do art. 307, § 4º, do Regimento Interno, para imediato cumprimento da decisão, publicação de extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicação a esta Corte, no prazo de 10 dias, das providências adotadas, devendo se pronunciar, nos termos do art. 307, § 3º do Regimento Interno, no mesmo prazo de 10 dias.

1.3. CIENTIFICAR o Representante do teor da decisão a ser proferida, nos termos do art. 307, §7º do RITCEES.

1.4. ENCAMINHAR os autos à Área Técnica para instrução.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 19/04/2022 – 17ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador–Geral Luis Henrique Anastácio de Oliveira.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente