



Decisão 01601/2022-5 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 00295/2022-9

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: PMS - Prefeitura Municipal de Serra, SEAD - Secretaria Municipal de Administração e Recursos Humanos de Serra, SEDU - Secretaria Municipal de Educação de Serra

Relator: Domingos Augusto Taufner

Representante: CLEIBIANDER BERMUDES BAHIENSE

Responsável: ALESSANDRO BERMUDES GOMES, KARLA VIANNA GOMES, ANDRIA CARLA NASCIMENTO PESENTE, GILBERTO JOSE DE SANTANA JUNIOR, OSIRIS COMERCIO E SERVICOS LTDA, CARLOS MAURICIO JANES

Procurador: IZABELLA DAYANNA BUENO CAVALCANTI (OAB: 20640-ES)

**PROCESSUAL – PRESENTES REQUISITOS DE
ADMISSIBILIDADE – CONHECER A
REPRESENTAÇÃO – AUSÊNCIA DE REQUISITOS
AUTORIZADORES DE MEDIDA CAUTELAR –
INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR – RITO
ORDINÁRIO – OITIVA DAS PARTES.**

1. A interrupção de serviços essenciais pode gerar grave dano aos estudantes da rede pública municipal de ensino e, por consequência ocasionar o chamado *periculum in mora reverso*, o que impede a concessão da medida cautelar, quando o dano resultante da concessão da medida cautelar for superior ao que se deseja evitar.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1. RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Representação, com pedido cautelar, protocolizada Cleibiander Bermudes Bahiense, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do procedimento licitatório Pregão Eletrônico nº. 246/2021 promovido pelo Município de Serra, cujo objeto é a contratação de serviços de outsourcing de impressão, com fornecimento de equipamentos, suprimentos, software, manutenção de peças, inclusive papel, para atendimento das demandas da Secretaria Municipal de Educação.

Argui o representante que o certame possui vícios graves e flagrantes ilegalidades, que inviabilizam seu prosseguimento, quais sejam:

1. Existência de histórico em que a empresa OSIRIS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. ME teria, supostamente, atuado com as empresas LUXOR COMÉRCIO E SERVIÇOS DE EQUIPAMENTOS DE ESCRITÓRIO LTDA – ME e ESCOTA ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS DE ESCRITÓRIO – ME, do mesmo grupo, para participar de licitações e de formação de preços. Fato este que já é objeto de processo de responsabilização pela SECONT-ES, por terem utilizado o mesmo *Internet Protocol – IP* ao participarem de pregões. Além disso, as referidas empresas atuam no mesmo endereço, o que também comprovaria o conluio entre elas para participar de licitações.
2. As respostas às impugnações feitas ao Edital se ativeram a repetir o teor das normas do texto, sem apresentar as justificativas que embasaram as exigências formuladas.
3. Questiona a classificação da empresa OSIRIS COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA. EPP, tendo em vista que não observou as exigências que constam, no Termo de Referência, especialmente o item: “4.5. DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS MÍNIMAS DOS EQUIPAMENTOS” e, nas Tabelas 5-A, 5-B e 6, que estabelecem as quantidades de equipamentos de impressão, de umidificadores e a estimativa de impressão por equipamento.
4. A exigência de desumidificadores é incompatível para o contrato de outsourcing, tendo em vista que não é possível sua medição.
5. Ausência de planejamento da Administração, pois a contratação de valores desarrazoados que causarão “locupletamento ilícito desta, em detrimento do particular”, tendo em vista que para a aquisição do equipamento MULTIFUNCIONAL MONO A3 – GRANDE PORTE TIPO III seria necessário

o investimento de aproximadamente R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) para um retorno anual de R\$ 18.900,00 (dezoito mil e novecentos reais) e para o equipamento MULTIFUNCIONAL COLORIDA A3 MÉDIA TIPO IV, investiria aproximadamente R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para o retorno anual de R\$ 720,00 (setecentos e vinte reais).

Ao final, requer adoção de providência legais cabíveis, bem como que seja concedida medida cautelar, para que seja anulado o Pregão Eletrônico 246/2021, e suspenso os atos decorrentes dele, bem como do Processo Administrativo nº. 40287/2021 – SEDU.

A presente representação foi conhecida por meio da Decisão Monocrática 38/2022-1 (doc. 09), momento que foi determinada a notificação dos responsáveis para apresentarem justificativas e documentos que julgassem necessários.

Os responsáveis foram devidamente notificados, por meio dos Termos de Notificação 119/2022-1¹, 120/2022-2², 121/2022-1³, 122/2022-1⁴, 123/2022-6⁵, 124/2022-1⁶ (docs. 14 a 19) e apresentaram suas justificativas, por meio das Defesa/Justificativas 81/2022-6⁷, 75/2022-1⁸, e Resposta de Comunicação 114/2022-7⁹ e 108/2022-1¹⁰ (docs. 28, 30, 41 e 45 respectivamente) e documentos complementares, (docs. 29, 32/38, 42 e 46, respectivamente), à exceção do responsável Alessandro Bermudes Gomes que deixou de apresentar justificativas conforme dispõe o Despacho 13517/2022-8 (doc. 47) da Secretaria Geral das Sessões – SGS.

Ante as justificativas e documentos encaminhados pelo responsável, os autos foram remetidos para Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, que se

¹ Termo de Notificação de Alessandro Bermudes Gomes – Secretário Municipal de Educação

² Termo de Notificação de Karla Vianna Gomes – Pregoeira Oficial

³ Termo de Notificação de Andria Carla Nascimento Pesente – Responsável pela Confecção do Termo de Referência

⁴ Termo de Notificação Carlos Maurício Janes – Gerente de Gestão de Contratos

⁵ Termo de Notificação de Gilberto José de Santana Júnior – Procurador Municipal

⁶ Termo de Notificação de Osíris Comércio e Serviços LTDA – Empresa Contratada

⁷ Justificativas de Gilberto José de Santana Júnior – Procurador Municipal

⁸ Justificativas de Osíris Comércio e Serviços LTDA – Empresa Contratada

⁹ Justificativas de Andria Carla Nascimento Pesente – Responsável pela Confecção do Termo de Referência e Carlos Maurício Janes – Gerente de Gestão de Contratos

¹⁰ Justificativas de Karla Vianna Gomes – Pregoeira Oficial

manifestou por meio da Manifestação Técnica 69/2022-5 (doc. 49), opinando pelo indeferimento da medida cautelar em razão da ausência dos requisitos autorizadores.

É o sucinto relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ADMISSIBILIDADE

Precipuamente, cumpre destacar que o presente processo encontra respaldo no art. 101¹¹ da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual 621/2012) e estão presentes as condições de admissibilidade, inseridas no art. 177 c/c 186¹² do Regimento Interno desta Corte de Contas, estando, portanto, atendidos os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual ratifico a Decisão Monocrática nº 38/2022-1 (doc. 09) e conheço o presente Representação .

2.2. DA MEDIDA CAUTELAR

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no inciso X, do art. 71 que o Tribunal de Contas tem o poder de sustar a execução de atos. Assim também estabelece o inciso XI da CE/89.

Nesse sentido, o Regimento Interno deste tribunal de Contas determina no art. 376, que são requisitos autorizadores para a concessão de medida cautelar o fundado

¹¹ Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, visando a resguardar o interesse público, sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante

¹² **Art. 177.** São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

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.

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

§ 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.

§ 3º Na hipótese de não conhecimento, a decisão deverá ser submetida ao Plenário.

[...]

Art. 186. Aplicam-se às representações previstas nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito, vejamos:

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**;

II – **risco de ineficácia da decisão de mérito**.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão. (grifo nosso)

Assim, no caso em tela deve-se verificar no Pregão Eletrônico nº. 246/2021 promovido pelo Município de Serra, cujo objeto é a contratação de serviços de outsourcing de impressão, com fornecimento de equipamentos, suprimentos, software, manutenção de peças, inclusive papel, para atendimento das demandas da Secretaria Municipal de Educação, e seus atos subsequentes, configuram grave ofensa ao interesse público e, sendo o caso, se há risco de ineficácia da decisão de mérito.

Registra-se, que embora haja um tópico destinado à necessidade de concessão de cautelar, o representante fundamentou seu pedido expondo a presença dos requisitos autorizadores, todavia, passo a analisar os fundamentos trazidos pelo representante.

Do fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou *fumus boni iuris*

O fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou *fumus boni iuris* consiste na plausibilidade do direito alegado, ou seja, deve-se verificar se há indícios de grave ofensa ao interesse público, não havendo necessidade, neste momento, de se provar a existência da irregularidade.

Inicialmente, como dito alhures, o representante não fundamentou seu pedido expondo a presença do fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou *fumus boni iuris*, entretanto, passo a analisar os fundamentos trazidos pelo representante.

Pois bem.

Da análise perfunctória dos autos, verifico que o representante narra vícios no certame licitatório, dentre eles conluio entre empresas do mesmo grupo para participar de licitações e formação de preços, respostas a impugnações rasas, alega a classificação da empresa Osiris Comércio e Serviços LTDA EPP, mesmo esta tendo inobservado as exigências contidas no Termo de Referência, bem como que a exigência de desumidificadores é incompatível para o contrato de outsourcing, tendo em vista que não é possível sua medição e por fim, que procedimento licitatório acarretaria locupletamento ilícito da Administração Pública em detrimento do particular.

Inicialmente, acerca do primeiro ponto alegado “**conluio entre empresas do mesmo grupo para participar de licitações e formação de preços**” o representante afirma que tal fato está sob investigação da SECONT, por terem utilizado o mesmo *Internet Protocol – IP* ao participarem de pregões, como bem expôs o corpo técnico, este fato é objeto de investigação e apuração de responsabilidade pela SECONT e até o momento a empresa se encontra apta a participar de processos licitatórios, não sendo declarada inidônea.

Registra-se que a deflagração de uma investigação, seja ela administrativa, policial ou judicial, não pode imputar ao investigado os efeitos de uma condenação, visto que à luz dos princípios do contraditório e ampla defesa, postulados pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988, ninguém poderá ser processado, sem que lhe seja dado a oportunidade de defesa.

E, neste momento processual, de cognição sumária, não cabe a esta Corte de Contas adentrar no mérito a fim de verificar se a empresa agiu de forma irregular ao participar do certame.

Quanto a alegação que “**respostas a impugnações rasas, sem apresentação de justificativas para embasar as exigências formuladas**”, verifica-se, conforme exposto pela equipe técnica, que tal alegação foi embasa nos autos e numa análise inicial da impugnação apresentada pela empresa 3S Informática LTDA (representante pelo Sr. Cleibander Bermudes, ora representante), observa-se que a administração esclareceu os pontos ventilados na impugnação, o que sugere mero inconformismo do representante.

Sobre a alegação de que **a classificação da empresa OSIRIS COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA. EPP, não observou as exigências que constam, no Termo de Referência**, não há elementos nos autos que indiquem tal fato, e como dito anteriormente este momento processo é de cognição sumária, não cabendo análise de requisitos técnicos, bem como do próprio mérito da representação.

Acerca da **exigência de desumidificadores é incompatível para o contrato de outsourcing, tendo em vista que não é possível sua medição**, após apresentação de justificativas dos responsáveis observa-se que a administração de Serra considerou tecnicamente ser item necessário o desumidificador de papel para a própria manutenção do pleno funcionamento do equipamento licitado, evitando o desgaste do sistema rolante e o excesso de paradas por atolamento de papel.

E, no tocante à medição, segundo o corpo *técnico o contrato de outsourcing tem uma métrica clara de apuração de consumo, que é a quantidade de impressões produzidas, e apresenta diversos itens a título de obrigação da contratada, como o software de gestão, os requisitos das máquinas, e os umidificadores, em quantidades e especificações definidas no edital, não sendo vislumbrado qualquer descumprimento legal.*

Por fim, quanto a alegação que **procedimento licitatório acarretaria locupletamento ilícito da Administração Pública em detrimento do particular**, observa-se que não há nos autos indícios de irregularidade quanto ao possível direcionamento na compra das máquinas no valor afirmado pelo representante, bem como elementos que neste momento processo indiquem a possível existência de locupletamento da Administração Pública em detrimento do particular com a presente licitação

Assim, entendo que não se encontra presente o requisito fundado receio de grave ofensa ao interesse público, explícito no artigo 376, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

2.2.1. Do risco de ineficácia da decisão de mérito ou *periculum in mora*

Acerca do risco de ineficácia da decisão de mérito, deve-se avaliar os possíveis efeitos da demora de agir, podendo, ao final, a decisão de mérito ser ineficaz.

E, como dito anteriormente, o representante não fundamentou seu pedido demonstrando a existência do risco de ineficácia da decisão de mérito ou *periculum in mora*, no entanto, analisarei se o requisito encontra-se presente.

No caso em tela, tem-se que o contrato que se pretende interromper envolve a contratação de serviços de outsourcing de impressão, com fornecimento de equipamentos, suprimentos, software, manutenção de peças, inclusive papel, para atendimento das demandas da Secretaria Municipal de Educação.

E, a interrupção desses serviços poderia gerar grave dano aos estudantes da rede pública de ensino da cidade de Serra, visto que, conforme registrado pelo corpo técnico, é de senso comum que as unidades de ensino dependem dos serviços ora licitados para o adequado desenvolvimento das atividades escolares, e, poderá ocasionar o chamado *periculum in mora reverso*, quando o dano resultante da medida adotada é superior ao que se deseja evitar.

E, restando configurado o *periculum in mora reverso*, que abrange o dano irreparável à parte contrária, ou seja, quando o dano resultante da concessão da medida cautelar for superior ao que se deseja evitar, não se deve conceder a tutelar de urgência.

Logo, entendo que não há risco de ineficácia da decisão de mérito, disposto no artigo 376, inciso II, do RITCEES.

Assim, ante a ausência dos requisitos autorizadores da medida cautelar entendo que a mesma deve ser indeferida.

Todavia, importante ressaltar que o fato de não ser concedida ou mantida uma medida cautelar não representa automaticamente concordância desta Corte de Contas com procedimentos realizados pelos gestores, pois a análise neste momento é superficial e sem todos os aprofundamentos necessários. O TCE-ES vai continuar aprofundando a instrução processual, e ao final, se posicionará sobre as possíveis irregularidades levantadas. Caso ao final do processo sejam confirmadas as irregularidades, os responsáveis serão alcançados pelas sanções legais.

Ante todo o exposto, acompanhando do entendimento da Área Técnica, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Relator

1. DECISÃO TC-1601/2022-5

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:

1.1. CONHECER a presente representação, na forma do artigo 99, §1º, II c/c artigo 94 ambos da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas;

1.2. INDEFERIR a medida cautelar, em razão da ausência dos requisitos autorizadores, dispostos no artigo 376, incisos I e II, do RITCES;

1.3. DETERMINAR o prosseguimento do feito no rito ordinário;

1.4. DETERMINAR a OITIVA DAS PARTES, preferencialmente por meio eletrônico, Alessandro Bermudes Gomes – Secretário municipal de Educação, **Karla Vianna Gomes** – Pregoeira Oficial/SEAD, **Andria Carla Nascimento Pesente** – Gerente de Gestão de Contratos, **Carlos Maurício Janes** – Assessor na Gerência de Gestão de Contratos, **Gilberto José de Santana Júnior** – Procurador municipal e **Osiris Comércio e Serviços Ltda – ME** – Empresa contratada, para que no prazo de 10 (dez) dias, se manifestem sobre o teor da Representação, observando o disposto no art. 307, §3º, do RITCEES;

1.5. ENCAMINHAR cópia da Petição Inicial juntamente com os Termos de Notificação;

1.6. DAR CIÊNCIA aos interessados e ao representante.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 17/05/2022 – 22ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (no exercício da presidência), Domingos Augusto Taufner (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-geral Luis Henrique Anastácio de Oliveira

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

No exercício da Presidência