



## **Decisão 02832/2022-8 - 1ª Câmara**

Produzido em fase anterior ao julgamento

**Processo:** 05261/2022-9

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMPK - Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy

**Relator:** Sebastião Carlos Ranna de Macedo

**Interessado:** DORLEI FONTOA DA CRUZ, MEZAQUE DA SILVA JOSE RODRIGUES,  
CARLOS ANTONIO SANTIAGO

**Representante:** BRASIL RADIOWAVE LTDA

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

**REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – PREGÃO  
ELETRÔNICO Nº 058/2021 – CONTRATAÇÃO DE  
EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS DE  
TELECOMUNICAÇÕES INCLUINDO A  
INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO E PRESTAÇÃO DE  
SERVIÇOS TÉCNICOS DE SUPORTE –  
DENEGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR – RITO  
ORDINÁRIO.**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE  
MACEDO:**

### **1 RELATÓRIO**

Versam os presentes autos sobre petição apresentada pela sociedade empresária Brasil Radiowave Ltda.-EPP, com pedido de medida cautelar, em face do **Município de Presidente Kennedy** por supostas irregularidades no **Pregão Eletrônico Nº 058/2021**, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de telecomunicações incluindo a instalação, manutenção e prestação de serviços

técnicos de suporte para interligar o edifício sede da prefeitura municipal de Presidente Kennedy e suas unidades e secretarias descentralizadas.

Informa a peticionante que o procedimento seria realizado na modalidade ABERTO E FECHADO, contudo, não foi proporcionado aos licitantes a fase FECHADO, interferindo na modalidade do Pregão, por isso, a representante não conseguiu colocar o valor do lance final, que era bem menor e mais vantajoso para a administração pública. A Representante alega que houve um *bug* da página BLL.

A homologação do certame ocorreu na data de 14/06/2022.

Registra a Representante que também foi impedida de apresentar Recurso tempestivo, tendo tentado diversas comunicações infrutíferas com os responsáveis.

Alega a representante que o procedimento violou o Princípio da Isonomia por não cumprir o item 14.1 do edital, da Vantajosidade e da Economicidade por impedir a apresentação da proposta final da Representante.

Por fim, requer a Representante, liminarmente, a suspensão do Pregão Eletrônico Nº 058/2021, a notificação dos responsáveis para cumprir a medida, e, quando do julgamento, seja a representação considerada procedente de modo a anular o ato da empresa vencedora no lote 1, com o consequente retorno do processo licitatório a partir da fase FECHADO, dando-lhe o curso compatível em favor das empresas que foram classificadas para a aludida etapa e, se for o caso de ter ocorrido a contratação, seja o ato declarado nulo e retomado o certame.

Por meio da **Decisão Monocrática 00720/2022-9** (doc. 122), procedi ao exame dos requisitos de admissibilidade e decidi pelo **conhecimento da representação**, e determinei, ainda, a notificação dos interessados para se manifestarem sobre as supostas irregularidades apontadas. Os representados apresentaram justificativas conforme Respostas de Comunicação 00998/2022-6 (doc. 129), 00999/2022-1 (doc. 132) e 01000/2022-4 (doc.137), e Peças Complementares que se seguiram.

Foram os autos então encaminhados ao NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - para análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar, o

que foi implementado na **Manifestação Técnica de Cautelar 00125/2022-5** (doc. 143).

É o relatório.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

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.

O art. 124, caput e o parágrafo único da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo descreve que no início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, esta Corte de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares. Inclusive, em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator.

A análise do substrato conceitual do deferimento da medida cautelar está relacionada aos requisitos que a doutrina denomina como *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento.

Neste sentido opina a **Manifestação Técnica de Cautelar 00125/2022-5**, exarada pelo NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, nos seguintes termos:

“[...]”

Em resposta ao Termo de Notificação 01506/2022-5, o Prefeito Municipal esclarece que vigora a Lei Municipal nº 1.356/2017 que estabelece a desconcentração administrativa, estando a contratação objurgada vinculada à Secretaria Municipal de Administração. Assim, por meio do ofício SEMAD/PMPK 015/2022 (eventos 132 e 138) o responsável encaminha as justificativas prestadas pelo Pregoeiro, conjuntamente com o Secretário de Administração.

[...]

## 2. DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

A presente análise restringe-se à verificação quanto à presença dos requisitos para a concessão da medida cautelar estampados no artigo 376 do RITCEES, ou seja, se na presente situação restam caracterizados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013:

*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.*

Embora haja previsão para que este Tribunal determine cautelares diante de justo receio de que os responsáveis possam agravar a lesão ou tornar difícil, ou impossível a sua reparação, é necessário que o pleito trazido a lume venha calçado em dois requisitos legais, impreteríveis para plausibilidade de tal medida, quais sejam: a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Sobre esses requisitos, HELY LOPES MEIRELLES, o mais conceituado administrativista brasileiro, in sua obra “*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*”, 16ª Edição, Malheiros, 1995, preleciona o seguinte:

*Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito - fumus boni iuris e periculum in mora. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por*

*isso mesmo, não importa prejudgamento; não afirma direitos, nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado. (...)*

*Portanto, pode-se dizer que os pressupostos da concessão da liminar estão apostos em duas bases, necessitando, pois, a ocorrência de relevante fundamento, ou seja, a parte deve ter direito líquido e certo, que é aquele que deve ser comprovado, como se viu, de plano por meio de prova documental, ressaltando-se, outrossim, que tal requisito é mais do que o *fumus boni juris*; terá, também, de demonstrar que haverá ineficácia da medida, que do ato impugnado possa resultar, se não atendido, pressuposto este que é precisamente o *periculum in mora*.*

O mesmo prestigiado mestre, em sua aludida obra, assim arremata:

*“A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do Impetrante, que não pode ser negada quando ocorrer seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade”.*

Nesse passo, a medida cautelar não deverá se confundir com a satisfação do objeto da Representação e nem mesmo deverá possuir o escopo de antecipar a tutela cognitiva de caráter meritório, mas tão somente deverá servir como uma garantia de efetividade do pronunciamento jurisdicional.

E é nesse sentido que passamos à análise do pleito cautelar pretendido.

Conforme já mencionado, a representante alega que ao participar do Pregão Eletrônico 58/2021, realizado na modalidade de disputa no modo Aberto e Fechado, o sistema teria permanecido no modo randômico, sem avançar para o modo Fechado, por motivo de instabilidade na plataforma BLL que intermediou o pregão eletrônico, o que impediu de registrar o valor do lance final de sua empresa, que, conforme afirma, seria o de menor preço do certame, o que seria uma violação dos princípios da isonomia, economicidade e vantajosidade para a Administração.

Alega ainda, que durante o procedimento buscou esclarecimentos junto à plataforma BLL e ao pregoeiro, por meio de telefone e seguidamente por e-mail.

Ressalta, ainda, que não teria conseguido manifestar sua intenção de recurso no tempo oportuno, por problemas no sistema. E mesmo diante desses problemas, o certame foi adjudicado e homologado.

Doutro lado, os responsáveis afirmam que a disputa no modo aberto e fechado foi realizada conforme previsão do edital e do Decreto Municipal nº 94 de 17/12/2020 que regulamenta a licitação na modalidade de Pregão Eletrônico no âmbito do Município de Presidente Kennedy, editado em conformidade com as disposições contidas no Decreto Federal 10.024/2019 que regulamentou o pregão eletrônico na esfera federal.

Afirma que, diferentemente do que alega o representante, a plataforma não só avançou para o modo de disputa fechado, como permitiu que o licitante de menor proposta e os demais licitantes com ofertas de valores até dez por cento superior àquela, pudessem apresentar um lance final e fechado em até cinco minutos, sigiloso, até o encerramento desse prazo, conforme regulamento.

Aduz que às 9:32:28 teria começado o “modo FECHADO 1” e às 9:32:34 o representante teria ofertado o lance final no valor de R\$ 778.000,00 (setecentos e setenta e oito mil reais).

Esclarece que, quando o representante alega que o sistema não teria registrado o envio do lance de menor preço, teria sido pelo fato da tentativa de apresentação de novo lance após o lance final já apresentado, o que é proibido por lei.

Quanto à negativa da intenção de recorrer, alega os responsáveis que a empresa buscou apresentar sua intenção de recurso através do chat, quando, o certo deveria fazê-lo por meio do campo “manifestação de recurso”, conforme estabelece o art. 44 e conforme § 3º a ausência de manifestação importará na decadência desse direito, na forma do Decreto Municipal 94/2020. E conclui afirmando que o representante teve suas intenções frustradas por falha na interpretação do Edital e no manuseio da plataforma de pregão eletrônico.

Ressalta o pregoeiro, ainda, que enviou e-mail à Plataforma de Pregão Eletrônico BLL solicitando esclarecimentos acerca do alegado pelo licitante, que em resposta esclareceu: “(...) ao analisar a ata de disputa,

*verifica-se que houve a notificação no sistema dando o direito as empresas a darem o lance na fase fechado 1, e verifica-se ainda na ata que a referida empresa conseguiu ofertar o lance na fase fechado 1. Ou seja, não ocorreu nenhum erro na plataforma para realizar algum respaldo ao órgão.”* Após teria encaminhado a resposta ao representante, o que demonstraria sua diligência no sentido de buscar esclarecimentos.

E conclui que não há provas da existência de defeitos no gerenciador do programa utilizado para a participação no Pregão Eletrônico em questão, restando claro que não houve qualquer irregularidade no procedimento.

Pois bem. Cumpre, inicialmente, ressaltar que o Modo de Disputa nas licitações é algo relativamente novo, tanto para os operadores das licitações na Administração Pública, quanto para os fornecedores e prestações de serviços.

Em 23/09/2019 foi publicado o Decreto nº 10.024/2019 que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito federal e trouxe a inovação da criação do modo de disputa aberto e o modo de disputa aberto e fechado. Inclusive a nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21), no seu artigo 56 também traz essa novidade. Já na esfera do município de Presidente Kennedy vigora o Decreto 94 de 17/12/2020 que, ao regulamentar a modalidade pregão na forma eletrônica, também estabeleceu os dois modos de disputa (a partir do artigo 31).

Sua aplicação, contudo, decorre do mérito administrativo e dentro do juízo de conveniência e oportunidade da Administração que definirá o modo de disputa mais adequado para a licitação a ser promovida.

Dito isso e tratando especificamente do Pregão Eletrônico 58/2021, impende ressaltar que, na conformidade do edital, a licitação está regida de acordo com a Lei nº 10.520/2002, a Lei Complementar nº 123/2006 e a Lei nº 8.666/1993 e suas alterações e pelo Decreto Municipal nº 094/2020. E ainda, o item 1.2 estabelece que o modo de disputa para o envio de lances é o Aberto e Fechado, portanto, em consonância com o previsto no Decreto Municipal nº 94/2020.

O item 7 do edital detalha as regras do modo de disputa escolhido (aberto e fechado) na forma da legislação regente e aplicada ao pregão eletrônico, assim:

#### **7 - DO MODO DE DISPUTA**

*7.1 - Será adotado para o envio de lances no pregão eletrônico o modo de disputa aberto e fechado, no qual os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.*

*7.2 - A etapa de envio de lances da sessão pública terá duração de quinze minutos.*

*7.3. - Encerrado o prazo previsto no item anterior, o sistema encaminhará o aviso de fechamento iminente dos lances e, transcorrido o período de até dez minutos, aleatoriamente determinado, a recepção de lances será automaticamente encerrada.*

*7.4 - Encerrado o prazo de que trata o item anterior, o sistema abrirá a oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo.*

*7.5 - Na ausência de, no mínimo, três ofertas nas condições de que trata o item anterior, os autores dos melhores lances subsequentes, na ordem de classificação, até o máximo de três, poderão oferecer um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento do prazo.*

*7.6 - Encerrados os prazos estabelecidos nos itens 7.3 e 7.4, o sistema ordenará os lances em ordem crescente de vantajosidade.*

*7.7 - Na ausência de lance final e fechado classificado nos termos dos itens 7.3 e 7.4, haverá o reinício da etapa fechada para que os demais licitantes, até o máximo de três, na ordem de classificação, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo, observado, após esta etapa, o disposto no item anterior.*

*7.8 - Na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências para habilitação, o pregoeiro poderá, mediante justificativa, admitir o reinício da etapa fechada, nos termos do disposto no item anterior.*



Resumidamente, no modo de disputa aberto e fechado os licitantes apresentam lances públicos e sucessivos, com um lance final fechado. Nesse caso, a etapa de lance tem duração de 15 minutos (fixo). Decorrido esse período, o sistema acusará mensagem de fechamento. Após, é iniciado o período aleatório, que pode durar até 10 minutos. Encerrado esse período, também se encerra a fase dos lances.

Na sequência, o licitante com o melhor lance se juntará com as demais propostas vantajosas, de no máximo 10% superior ao primeiro. Então, os licitantes são convocados pelo sistema para apresentação de lance final e fechado, em um prazo de 5 minutos. Nessa fase, as propostas são sigilosas até o término desse período.

Em análise à Ata da Sessão de Disputa (evento 130), é possível verificar pormenorizada e cronologicamente cada etapa de lances do modo de disputa aberto e fechado do Pregão Eletrônico 58/2021, senão vejamos:

25/05/2022 às **09:11:28 foi iniciada a DISPUTA** com a participação de 4 (quatro) empresa que iniciaram seus lances com as seguintes propostas:

LANCE ROTACIONAL ENGENHARIA EIRELI (PARTICIPANTE 009)  
R\$ 813.000,00;

PENHA DE SOUZA JAMARIQUELI EPP (PARTICIPANTE 067)  
786.000,00

BRASIL RADIOWAVE LTDA - EPP (PARTICIPANTE 004) 818.400,00

PKNET PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET (PARTICIPANTE 077)  
818.400,00

Durante os 15 minutos iniciais novos lances foram realizados, tendo se **encerrado às 09:26:07**. Nessa fase os lances foram os seguintes:

25/05/2022 **09:12:44** - LANCE BRASIL RADIOWAVE LTDA - EPP - R\$ 785.000,00;

25/05/2022 **09:14:42** LANCE PKNET PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET – R\$ 784.000,00;

25/05/2022 **09:25:23** LANCE PENHA DE SOUZA JAMARIQUELI EPP - R\$ 783.000,00;

Logo em seguida, na fase final da licitação, iniciou-se o tempo randômico ou aleatório de até 10 minutos quando novos lances puderam ser ofertados, ficando assim as propostas:

25/05/2022 **09:27:59** LANCE PENHA DE SOUZA JAMARIQUELI EPP – R\$ 781.900,00

25/05/2022 **09:31:25** LANCE BRASIL RADIOWAVE LTDA - EPP – R\$ 779.000,00

25/05/2022 **09:31:36** LANCE PKNET PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET – R\$ 778.999,00.

Às **09:31:57** foi encerrado o tempo randômico e seguidamente, às **09:32:28** o sistema notificou quais participantes teriam o direito de efetuar o lance final e fechado, quando então foi cientificado a todos os 4 participantes que estariam autorizados.

Assim, às **09:32:28** iniciou-se o modo de disputa **Fechado com duração de 5 minutos**, onde as empresas autorizadas a participar dessa etapa puderam fazer o lance final. Nesse momento, mais precisamente às **09:32:34** a empresa representante (**BRASIL RADIOWAVE LTDA – EPP (Participante 04)**), fez seu lance final ao valor de **R\$ 778.000,00** (setecentos e setenta e oito mil reais).

|   |             |   |
|---|-------------|---|
| Por favor, ofertem seus lances com responsabilidade observando as regras do Edital, sob pena dos prejuízos legais.                                  |             |   |
| 25/05/2022 09:30:48   | MENSAGEM    | PREGOEIRO   |
| Prezados, o pregão pode se encerrar a qualquer momento, é possível melhorar suas propostas?   |             |   |
| 25/05/2022 09:31:05   | MENSAGEM    | PREGOEIRO   |
| Prezados, este é o momento de realizar seu melhor lance sob pena de não ser possível devido ao encerramento do tempo aleatório.                     |             |   |
| 25/05/2022 09:31:25   | LANCE       | BRASIL RADIOWAVE LTDA - EPP (PARTICIPANTE 004) 779.000,00         |
| 25/05/2022 09:31:30   | MENSAGEM    | PREGOEIRO   |
| Este é o momento de realizar seu melhor lance!  |             |   |
| 25/05/2022 09:31:36   | LANCE       | PKNET PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET (PARTICIPANTE 077) 778.999,00 |
| 25/05/2022 09:31:57   | MENSAGEM    | PREGOEIRO   |
| Agradeço os lances ofertados, contudo, podemos conseguir melhores preços?   |             |   |
| 25/05/2022 09:32:28   | NOTIFICAÇÃO | SISTEMA   |
| Os seguintes participantes possuem direito de efetuar lance final e fechado: PARTICIPANTE 077, PARTICIPANTE 004, PARTICIPANTE 067, PARTICIPANTE 009 |             |   |
| 25/05/2022 09:32:28   | FECHADO 1   |   |
| 25/05/2022 09:32:34   | LANCE       | BRASIL RADIOWAVE LTDA - EPP (PARTICIPANTE 004) 778.000,00         |
| 25/05/2022 09:32:54   | MENSAGEM    | PREGOEIRO   |
| Por favor, ofertem seus lances com responsabilidade observando as regras do Edital, sob pena dos prejuízos legais.                                  |             |   |
| 25/05/2022 09:33:20   | LANCE       | PENHA DE SOUZA JAMARIQUELI EPP (PARTICIPANTE 067) 777.000,00      |

Gerado em: 25/05/2022 09:37:29

4 de 5

Seguidamente, outra participante registrou seu lance às 09:33:20 - PENHA DE SOUZA JAMARIQUELI EPP (PARTICIPANTE 067) no valor de R\$ 777.000,00.

Finalmente, às 09:34:04 a empresa PKNET PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET (PARTICIPANTE 077) registrou seu lance final no valor de R\$ 694.000,00, sagrando-se vencedora, conforme critério de menor preço estabelecido no item 11.1 do edital de PE 58/2021.

Nessa fase do modo de disputa fechado, apesar de autorizada a participação de 4 (quatro) empresas, apenas 3 (três) realizaram lances finais.

Portanto, a *prima facie*, não procede o questionamento do representante de que finalizado o tempo randômico e iniciado o modo de disputa fechado não teria conseguido realizar o lance final, alegando instabilidade do sistema da BLL, visto que o registro do lance final da representante se deu logo nos segundos iniciais do modo fechado (às **09:32:34**), tendo o prazo de 5 minutos do modo fechado se iniciado às **09:32:28** e finalizado às **09:37:28** quando o sistema emitiu a seguinte notificação: “O detentor da melhor oferta da etapa de lances é PKNET PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET”.

Como também não procede a alegação de que a empresa PENHA DE SOUZA JAMARIQUELI EPP teria tido os mesmos problemas em prosseguir no certame por causa de bug da página do BLLCompras (fls.4 da petição inicial), isso porque também há o registro do lance final da referida empresa, conforme lançamento às 09:33:20 na Ata da sessão de Disputa do PE 58/2021.

Cumprе ressaltar que a nova lei de licitações, bem como as normas que regulamentam o pregão na forma eletrônico ([Decreto Federal Nº 10.024/2019](#) e Decreto Municipal 94/2020), ao estabelecer esse novo modelo de disputa, trouxe a regra de que encerrada a fase o período aleatório de ofertas seria facultado aos licitantes convocados a ofertar **um lance final** e fechado, portanto o último e único lance final.

*Decreto Federal 10.024/2019 e Decreto Municipal 94/2020:*

*Art. 33. No modo de disputa aberto e fechado, de que trata o inciso II do caput do art. 31, a etapa de envio de lances da sessão pública terá duração de quinze minutos.*

*§ 1º Encerrado o prazo previsto no caput, o sistema encaminhará o aviso de fechamento iminente dos lances e, transcorrido o período de até dez minutos, aleatoriamente determinado, a recepção de lances será automaticamente encerrada.*

*§ 2º Encerrado o prazo de que trata o § 1º, o sistema abrirá a oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela **possam ofertar um lance final e fechado***

**em até cinco minutos**, que será sigiloso até o encerramento deste prazo.

(...)

Portanto, nessa fase do modo fechado os licitantes convocados conforme critério da lei, somente podem realizar um único lance e no PE 58/2021 3 (três) empresas, inclusive a representante, puderam realizar o seu lance final, conforme registrado em ata.

Consta dos autos ainda, que diante da suposta instabilidade do sistema e impossibilidade da oferta do lance final, o representante teria entrado em contato telefônico com a empresa BLL Compras detentora da plataforma do Pregão Eletrônico, tendo ainda, feito contato com o pregoeiro que o informou, conforme relato do próprio representante, que havia solicitado relatório à BLLCompras, mas que não constava erro, orientando-o a formalizar por e-mail a reclamação, tendo assim procedido, conforme e-mail datado de 26/05/2022 (evento 131).

Diante disso, o Sr. Mezaque da S.J. Rodrigues – pregoeiro, no mesmo dia, encaminhou à empresa BLLCompras solicitação de esclarecimentos sobre questionamento de suposta falha do sistema apresentado pela representante, tendo em 20/06/2022 recebido a seguinte resposta: (...) *No entanto, ao analisar a ata de disputa, verifica-se que houve a notificação no sistema dando o direito as empresas a darem o lance na fase fechado 1, e verifica-se ainda na ata que a referida empresa conseguiu ofertar o lance na fase fechado 1. Ou seja, não ocorreu nenhum erro na plataforma para realizar algum respaldo ao órgão.*”

A resposta foi encaminhada à empresa representante em 28/06/2022 (evento 131).

Alega ainda o representante que, na fase de apresentação de recursos, não teria conseguido apresentar sua intenção de recurso nos 30 minutos disponibilizados pelo pregoeiro na sessão do dia 07/06/2022.

Por outro lado, os responsáveis afirmam que a empresa do representante buscou apresentar sua intenção de recurso em campo impróprio da plataforma, através do chat, quando deveria ter feito por meio do campo “manifestação de recurso”. E conclui: (...) *a Representante teve suas intenções frustradas possivelmente por falha na interpretação do Edital e no manuseio da plataforma de Pregão Eletrônico*”.

Conforme print constante às fls. 7 da petição inicial, é possível verificar que a manifestação de intenção de recurso proposta pelo representante foi realizada através de mensagem de chat onde declara: “Manifesto intenção de recurso em face da vencedora, haja vista desconformidade com exigências do edital, que serão demonstradas nas razões Recursais”.

Com isso, como ele próprio afirma, apareceram as mensagens: “somente vencedores podem enviar mensagem após a disputa” e “a ação não pode ser realizada por este usuário ou na fase atual”. Ou seja, da simples leitura das mensagens fica evidenciado que o representante, possivelmente, tenha utilizado o campo de mensagens por chat equivocadamente para manifestar sua intenção de recorrer, só que exclusivo para uso dos vencedores da disputa, tendo o sistema, com isso, acusado o erro.

Sobre esse ponto, assim estabelece o item 13.6 do edital de PE 58/2021: “*Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, **em campo próprio do sistema**, manifestar sua intenção de recorrer.*”, o que aparentemente não tenha sido observado pelo representante, em possível descumprimento às regras do edital.

Por todo exposto, considerando que, *in casu*, não se encontram presentes os requisitos para adoção de medida acautelatória, quais sejam: a fumaça do bom direito - *fumus boni juris* - e o perigo da demora - *periculum in mora* e, tendo em vista que os serviços em questão já se encontram contratados e empenhados, conforme eventos 133 e 135, **opina-se pelo indeferimento da medida cautelar** pleiteada.

### **3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

Ante ao exposto, submeto a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 **Indeferir a medida cautelar pleiteada**, diante da ausência dos seus pressupostos autorizadores, com a consequente submissão dos presentes autos ao rito ordinário, por não preenchimento dos requisitos constantes dos artigos 306 e 376, incisos I e II do RITCEES (Resolução TC nº 261, de 4 de junho de 2013);

3.2 Determinar a oitiva das partes quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do 307, § 3º do RITCEES;

3.3 Cientificar o representante da decisão deste Tribunal, nos termos do artigo 307, § 7º do RITCEES;

Vitória, 05 de agosto de 2022.

[...]

”

Pois bem.

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC 261/2013:

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* ou fumaça do bom direito. Cuida-se de juízo de probabilidade da existência do direito, admitido em razão da urgência apresentada no caso concreto, não havendo aprofundamento do contraditório. Para que se possibilite a concessão da medida acautelatória, é necessário que se demonstre também outro requisito, qual seja, o *periculum in mora*: perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, que se apresenta em razão do tempo necessário para que haja decisão definitiva de mérito.

Nesse passo, a medida cautelar não deverá se confundir com a satisfação do objeto da Representação e nem mesmo deverá possuir o escopo de antecipar a tutela cognitiva de caráter meritório, mas tão somente deverá servir como uma garantia de efetividade do pronunciamento decisório final.

Tem-se, conforme anotou a equipe técnica, em uma primeira fase da análise, a inexistência de indicativo do *fumus boni iuris* quanto ao indício de irregularidade, haja vista a demonstração de que foi oportunizado à representante a realização de lance na fase FECHADO do procedimento, por este fato não se encontra presente o

primeiro requisito da medida cautelar, afastando-se a hipótese de concessão desta medida aos presentes autos.

Assim, diante do permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria e tomados os fundamentos fáticos e de direito até aqui apresentados, em consonância com o posicionamento exarado pelo NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, entendo que inexistente, no caso concreto, o *fumus boni juris*.

Pelo exposto, entendo que devam os autos tramitar sob o rito ordinário, e sejam remetidos à equipe técnica para regular instrução com tramitação preferencial, de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES.

Obedecidos todos os trâmites processuais e legais, em consonância com o entendimento da equipe técnica, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto a sua consideração.

### **SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**

Conselheiro Relator.

#### **1. DECISÃO TC-2832/2022-8**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** 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 A MEDIDA CAUTELAR** requerida, em razão da ausência de “*fumus boni juris*”;

**1.2. DETERMINAR que os autos passem a tramitar sob o rito ordinário**, a fim de que esta Corte possa analisar o mérito, e sejam remetidos à área técnica para regular instrução, com tramitação preferencial de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES;

**1.3. NOTIFICAR** os Srs. **Dorlei Fontão da Cruz** – Prefeito Municipal, **Mezaque da Silva José Rodrigues** – Pregoeiro e **Carlos Antônio Santiago** – Secretário Municipal de Administração, para que se pronunciem no prazo de até **10 dias** quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do artigo 307, §3º, do Regimento Interno;

**1.4. NOTIFICAR** a Representante na forma do art. 307, §7º do RITCEES.

**2. Unânime**

**3. Data da Sessão:** 02/09/2022 – 35ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara

**4. Especificação do quórum:**

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

**5. Membro do Ministério Público de Contas:** procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, em substituição ao procurador-geral.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

**Presidente**