



Decisão 04215/2022-1 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 10076/2022-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMM - Prefeitura Municipal de Mucurici

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: AURORA E-COMERCE LTDA

Responsável: DALYANE DA SILVA MOREIRA COSTA

**FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO -
CONHECER - INDEFERIR CAUTELAR -
SUBMETER AO RITO ORDINÁRIO - DETERMINAR
A OITIVA DO RESPONSÁVEL - DAR CIÊNCIA -
ENCAMINHAR À ÁREA TÉCNICA.**

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

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada por **AURORA E-COMERCE LTDA**, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face de cláusulas do **Pregão Presencial 004/2022** do Fundo Municipal de Assistência Social de Mucuri, objetivando a aquisição eventual e futura de pneus novos de primeira linha com selo de qualidade do INMETRO para serem usados na frota de veículos do referido Fundo Municipal.

Alega a Representante, em síntese, a ilegalidade de fabricação do pneu inferior a 06 (seis) meses, argumenta, também, restrição relativa ao prazo de entrega do produto pela licitante vencedora.

Por fim, requer:

Assim, submete à consideração de Vossa Excelência os fatos acima articulados requerendo a instauração da competente representação, com a concessão **da medida liminar de suspensão**, e conseqüentemente do competente procedimento para apurar os fatos que, como expostos, se comprovados, constituem não só atos contrários e atentatórios aos princípios da Administração Pública, como também à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, garantindo assim, o princípio da igualdade constitucionalmente estabelecido e fazendo valer os dispositivos legais contidos na Lei Federal nº 8.666/93.

É o relatório.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. DA ADMISSIBILIDADE:

Necessário se faz avaliar o atendimento aos requisitos de admissibilidade para posterior processamento da presente representação, notadamente os constantes no artigo 177 c/c 182 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013, que são os seguintes, *litteris*:

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. 182. São legitimados para representar ao Tribunal:

I - Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

II - Magistrados e membros do Ministério Público;

III - responsáveis pelos órgãos de controle interno, em cumprimento ao art. 76, § 1º da Constituição Estadual;

IV - Senadores da República, Deputados Federais, Estaduais e Vereadores;

V - os Tribunais de Contas dos entes da Federação;

VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

VII - unidades técnicas deste Tribunal;

VIII - as equipes no exercício do controle externo, nos termos do art. 37, inciso II, da Lei Orgânica do Tribunal;

IX - servidores públicos e outras autoridades que tenham conhecimento de irregularidades em virtude do exercício do cargo ou de função que ocupem;

X - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de suas atribuições legais.

Parágrafo único. Aplicam-se às representações, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Destaque-se que o artigo 177 acima transcrito é reprodução do artigo 94 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

Na presente situação verificamos o preenchimento desses requisitos. A representação é redigida com clareza, contém informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção, e está acompanhada de indício de prova.

Verifico, ainda, que o representante possui interesse e legitimidade, motivo pelo qual a presente representação atende aos requisitos de admissibilidade elencados no art. 177 c/c art. 182 do Regimento Interno

Preenchidos, portanto, os requisitos de admissibilidade.

É preciso ressaltar que essa análise se atém aos pressupostos de admissibilidade da representação, não adentrando nos critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, que segundo o artigo 177-A do Regimento Interno, é de competência da Área Técnica.

2.2. DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR:

A Representante formulou o pedido de suspensão do certame licitatório Pregão Presencial 04/2022 trazendo aos autos as seguintes alegações: a) impossibilidade de exigência de fabricação dos pneus não superior a seis meses a contar da data do recebimento pelo ente licitante; b) exíguo prazo de entrega da mercadoria (três dias úteis).

Acerca do tema cautelar, a Lei Complementar Estadual 621/2012, em seu artigo 124 estabelece, *verbis*:

[...]

Art. 124. 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**, 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. – g.n.

Outrossim, o Regimento Interno desta Corte de Contas, Resolução TC 261/2013, tratando da competência do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, assim preceitua em seu artigo 1º, *verbis*:

[...]

Art. 1º **Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo**, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e da Constituição Estadual e na forma estabelecida na sua Lei Orgânica, **competete**:

XV - **expedir medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao Erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões**;

(...)

XXXV - **expedir medidas cautelares nos processos de sua competência**; - g.n.

O Regimento Interno do TCEES, ainda estabelece que:

Art. 377. O Tribunal, dentre outras medidas cautelares previstas em sua Lei Orgânica, poderá determinar à autoridade competente:

I - a suspensão de ato ou procedimento administrativo, em quaisquer de suas fases;

II - a suspensão de execução de contrato administrativo, bem como os pagamentos dele decorrentes;

III - a abstenção da prática de ato administrativo, de modo a evitar a ocorrência de lesão ao erário ou ao interesse público;

IV - a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada qualquer ilegalidade.

Dois requisitos são necessários para que haja a concessão de medida cautelar: o perigo da demora e a fumaça do bom direito.

Na presente situação entendo não estar presente este último requisito, isto porque o Acórdão TC-1295/2021 da Segunda Câmara, de processo de minha relatoria (Processo TC 4230/2021), fundamentou não ser restritiva a exigência de fabricação dos pneus não superior a seis meses a contar da data do recebimento pelo ente licitante. Vejamos trecho:

O entendimento desta Corte de Contas no Acórdão 00112/2020-Primeira Câmara, prolatado no Processo 4833/2019 foi no sentido de não haver ilegalidade na exigência do tempo máximo 06 (seis) meses de fabricação dos pneus, sendo considerada improcedente a representação, vejamos:

[...]

2.2 - Exigência de que os pneus possuam, no momento da entrega à Administração, data de fabricação igual ou inferior à 06 (seis) meses:

O representante também trouxe através de sua petição inicial a exigência de que os pneus deveriam possuir, no momento da entrega, data de fabricação igual ou inferior a seis meses, o que inibiria a participação de participantes que trabalham com marcas importadas, afirmando que “para as empresas que licitam com produtos importados essa data é inviável, uma vez que só para chegar ao Brasil e haver o desembaraço na Receita Federal leva mais ou menos o prazo de 4 (quatro) meses. Não bastasse este lapso temporal, é importante frisar que o contrato a ser firmado é para fornecimento em um período de 1 ano, ou seja, a licitante deverá ter os produtos em estoque para suprir as necessidades dos órgãos requisitantes na vigência do contrato, tornando incoerente a exigência de 06 meses da fabricação, já que os produtos deverão estar em estoque no transcurso do contrato. Ademais, essas mercadorias têm prazo de validade de 05 anos, sendo desnecessário exigir que a fabricação seja inferior a 06 (seis) meses”.

Afirmou ainda que tal exigência seria um “privilegio concebido aos revendedores de marcas nacionais”.

Como justificativa, os responsáveis afirmaram que a exigência referente a data de fabricação dos produtos deriva do questionamento quanto à qualidade e durabilidade dos produtos, tendo em vista que em procedimentos anteriores foram adquiridos pneus “que utilizados nos ônibus de Transporte Escolar “rodaram” apenas 8.500 km (oito mil e quinhentos quilômetros), isso devido à data de fabricação na data de entrega, ou seja, se deterioram rapidamente e colocam em risco as vidas de funcionários e usuários do Município.”

Ademais, reafirma que houveram quatro empresas participantes, e que as mesmas assumiram compromisso de entregar os pneus com data inferior ao período de seis meses, o que demonstra a ampla concorrência.

Diante das afirmações restou entendido que à primeira vista tal cláusula restringe a participação de empresas que vendem pneus fabricados fora do

Brasil, e, para completar seus argumentos o autor da representação trouxe entendimento do TCE/SP, conforme segue:

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas,

Assim como o Ministério Público de Contas, considero a Representação procedente, mesmo porque a matéria restou incontroversa.

Como reconheceu a própria Representada, o prazo de fabricação de 6 meses se mostra desarrazoado e excludente de empresas que comercializam pneus não produzidos no país, propondo-se a fixar tal prazo em 1 ano.

Os responsáveis apresentaram entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em sentido contrário ao anteriormente apresentado:

Exigências válidas

Segundo o TCE-PR, são válidas as exigências de certificação do Instituto Nacional de Metrologia Qualidade e Tecnologia (Inmetro), obrigatória àqueles pneus produzidos no Brasil ou oriundos do exterior, para motocicletas, motonetas, ciclomotores, automóveis de passageiros e veículos comerciais; prazo de garantia de cinco anos, assegurando conforto, estabilidade e segurança; prazo de fabricação igual ou inferior a seis meses no momento da entrega; certificação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), para atestar e efetivar a preservação do meio ambiente o desenvolvimento sustentável; e apresentação de informativo, catálogo, cartilha ou qualquer outro documento, em língua portuguesa, que demonstre especificações técnicas e instruções de uso do produto, privilegiando o direito à informação no processo licitatório.

Diante dos entendimentos contrários de outros Tribunais de Contas, e tendo em vista a participação de quatro empresas licitantes, entende-se não estar caracterizada afronta à legislação vigente.

Pelo exposto, **acompanhando o entendimento técnico e ministerial**, entende-se não assistir razão ao representante, e, portanto, **afasto a presente irregularidade**.

[...]

1. ACÓRDÃO

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 pelo Relator, em:

1.1. Considerar improcedente a representação, na forma do inciso I, do artigo 95, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), tendo em vista a não constatação de irregularidade.

1.2. Recomendar a Prefeitura de Águia Branca que elabore os próximos editais de acordo com as condições estabelecidas por esta Corte de Contas no Parecer Consulta TC 8/2015.

1.3. Cientificar o representante da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas.

- 1.4. Arquivar** os autos, na forma do art. 331, inciso I, do RITCEES.
2. Unânime.
3. Data da Sessão: 12/02/2020 – 3ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.
4. Especificação do quórum:
 - 4.1. Conselheiros:** Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator) e Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

Ressalta-se ainda que o pneu tem vida útil e com o tempo e a ação dos agentes climáticos (pressão, temperatura, umidade, etc) seus componentes gradualmente vão se deteriorando. Assim, após sua fabricação, embora permaneça no estoque de um estabelecimento comercial já inicia certo desgaste, seja este pela desagregação das cintas de aço por motivo de oxidação e/ou por ressecamento natural da borracha.

Penso não estar presente a fumaça do bom direito, também, em relação à segunda argumentação do representante de exíguo prazo de entrega da mercadoria (três dias úteis).

De início, cabe ressaltar que a jurisprudência mencionada pelo Representante do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais faz menção a não ser razoável o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para fornecimento de bens licitados, sendo que no edital de licitação questionado o prazo foi de 03 (três) dias úteis.

É importante ponderar quanto tempo o ente licitante pode aguardar pelo bem sem afetar a prestação do serviço público.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná encaminhou recomendação a 52 (cinquenta e dois) municípios sobre editais de licitação para a compra de pneus em que considerou ser necessário um prazo mínimo de 2 (dois) dias úteis após a ordem de fornecimento (<https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-faz-recomendacoes-sobre-compras-de-pneus-a-52-municipios/3957/N>).

Dessa forma, não estando presente o *fumus boni iuris*, entendo pelo não deferimento da liminar solicitada de suspensão do certame licitatório. Cabe ressaltar que não se trata aqui de uma análise aprofundada do mérito, mas apenas para fins de exame do pedido cautelar.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de que os Eminentes Conselheiros aprovem a seguinte proposta de Decisão que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-4215/2022-1

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

1.1 CONHECER A REPRESENTAÇÃO por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, na forma do artigo 177, da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES;

1.2. INDEFERIR a medida cautelar requerida, considerando a ausência dos pressupostos para a sua concessão previstos no artigo 376 da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES, conforme razões expendidas no item 2.2 do voto;

1.3. SUBMETER a presente representação ao **RITO ORDINÁRIO**;

1.4. DETERMINAR a oitiva da responsável, Senhora **DALYANE DA SILVA MOREIRA COSTA** (Gestora do Fundo Municipal de Assistência Social de Mucurici), para que se pronuncie em até 10 (dez) dias, em observância ao artigo 307, § 3º¹, da Resolução TC 261/2013 – RITCEES, bem como para que apresente, no mesmo prazo, cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Pregão Presencial 004/2022/FMAS;

¹ Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

(...)

§ 3º A decisão que deferir ou indeferir a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até dez dias

1.5. DAR CIÊNCIA ao Representante, conforme mandamento do § 7º, art. 307², da Resolução TC 261/2013 – RITCEES (através do e-mail mencionado na petição inicial), com posterior encaminhamento dos autos à Secretaria Geral das Sessões, na forma do de Controle Externo – SEGEX, na forma do artigo 309 da Resolução TC 261/2013 – RITCEES.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 07/12/2022 – 49ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator)

4.2. Conselheiro Substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição)

5. Membro do Ministério Público de Contas: Luciano Vieira

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

² Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

(...)

§ 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.