



Decisão 00008/2023-7 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 10313/2022-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMI - Prefeitura Municipal de Iconha

Relator: Domingos Augusto Taufner

Interessado: RENATA VIEIRA ANHOLETTI MARCHIORI RODRIGUES

Representante: UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA.

Procuradores: RAFAEL PARODI FERRARESSO (OAB: 434463-SP), ANDREIA LOVIZARO (OAB: 189751-SP), PEDRO HENRIQUE FERREIRA RAMOS MARQUES (OAB: 261130-SP), PEDRO HOEHR (CPF: 008.105.340-10), ROGERO MONTEIRO MEVES (CPF: 118.029.128-00), PATRICIA BEATRIZ LANARI DRUMOND AMORIM (CPF: 044.635.006-05), THIAGO AMARAL DA SILVA (OAB: 19502-ES), KHELVIO MARTINS DE PAULA (CPF: 095.680.466-74), DANIELA DE MELO MARTINS (CPF: 417.695.568-69), DELAMARE DE OLIVEIRA BONFIM (OAB: 52393-PR), SULE CAROLINA HENRIQUES MESSIAS LEITE FERREIRA DE SOUZA (CPF: 946.957.921-68), APARECIDA NUNES DA SILVA (CPF: 078.333.598-90), TAIS PEREIRA DE ALMEIDA LANGE (CPF: 289.903.018-31), MELIZA CRISTINA DA SILVA (CPF: 052.149.176-27), IGOR LUCIO GOULART FERREIRA (CPF: 079.552.446-30), RODRIGO CAIADO PARONETTO (CPF: 947.213.606-06), MARCELO SIQUEIRA BENEVIDES (CPF: 423.927.303-00), ANDRESA ROCHA CROSARA DOMINGOS (OAB: 125198-MG)

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

Ausentes o fundado receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito a medida cautelar deve ser indeferida.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação com pedido de medida cautelar proposta por UP Brasil Administração e Serviços Ltda em face do **pregão presencial nº 025/2022**, para *“contratação de empresa especializada em administração e fornecimento de Cartão Eletrônico/Magnético para concessão de auxílio-alimentação aos servidores municipais”*, realizado pela **Prefeitura Municipal de Iconha**.

Alega o representante, em síntese, que constam inconsistências no edital no tocante à ausência de previsão para as licitantes (sem distinção de enquadramento) apresentarem balanço patrimonial e demonstrações contábeis, como condição de qualificação

econômico-financeira, conforme se verifica da leitura do Subitem 7.8.1 do Edital e à ausência de prazo concreto para que a adjudicatária apresente sua rede credenciada de estabelecimentos comerciais, conforme se verifica da leitura do Subitem

7.4.1 do Termo de Referência do Edital.

Aduz, ainda que há também que se atentar para algumas disposições despropositadas constantes do instrumento convocatório que contrariam o disposto

na recente LEI Nº 14.442/22 (Publicada no Diário Oficial da União em 02.09.2022 como resultado da conversão da MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.108/22) e no DECRETO Nº 10.854/21 (Publicado no Diário Oficial da União em 11.11.2021) que passaram

a disciplinar o fornecimento de auxílio-alimentação (objeto do processo licitatório) como benefício destinado aos funcionários, quais sejam:

1. aceitação de desconto na taxa de administração com o oferecimento de valores negativos, prevista no Subitem 17.10 do Termo de Referência do Edital; e
2. a forma pós-paga atribuída como procedimento para repasse dos créditos, prevista no Subitem 14.2 do Termo de Referência do Edital.

Ao final, requer liminarmente que seja suspenso o procedimento licitatório, bem como que seja reformulado o edital a fim de sanear as inconsistências apontadas.

A fim de melhor elucidar os fatos, por meio da Decisão Monocrática 1325/2022-2 (doc. 15), a representação foi conhecida e a interessada foi notificada, previamente, para no prazo de 05 (cinco) dias apresentar justificativas e documentos que julgasse necessários.

Devidamente notificada, por meio do Termo de Notificação 2413/2022-4 (doc. 14), a interessada apresentou sua justificativa conforme Defesa/Justificativa 1726/2022-8 (doc. 19).

Após apresentação das justificativas os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF.

Assim, o NOF, por meio da Manifestação Técnica nº 001/2023-5 (doc. 23), opinou pelo indeferimento da medida cautelar, rito ordinário e notificação dos responsáveis.

É o relatório, passo a fundamentar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 ADMISSIBILIDADE

Precipuamente, cumpre destacar que o presente processo encontra respaldo no art. 101¹ da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual 621/2012) e estão presentes as condições de admissibilidade, insertas no art. 177 c/c 186² do Regimento Interno desta Corte de Contas, estando, portanto, atendidos os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual ratifico a Decisão Monocrática 1325/2022-2 (doc. 15) e conheço a presente Representação.

Assim, passo à análise do pedido cautelar.

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

¹ 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

² **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..

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 **025/2022** promovido pelo Município de Iconha, cujo objeto é a “*contratação de empresa especializada em administração e fornecimento de Cartão Eletrônico/Magnético para concessão de auxílio-alimentação aos servidores municipais*”, se há possíveis inconsistências que 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 a 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 ausência de previsão de apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis como condição para qualificação econômico-

financeira (Subitem 7.8.1 do Edital); ausência de prazo para apresentação sua rede credenciada de estabelecimentos comerciais (subitem 7.4.1 do Termo de Referência do Edital); possibilidade de apresentação de proposta de preço (taxa de administração) em percentual negativo (Subitem 17.10 do Termo de Referência do Edital); e, repasse dos créditos em desacordo com a Lei nº 14.442/2022 (Subitem 14.2 do Termo de Referência do Edital).

Quanto ao primeiro ponto abordado pelo representante “Ausência de previsão de apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis como condição para qualificação econômico-financeira (Subitem 7.8.1 do Edital)”.

Numa análise inicial, observa-se que o edital aparenta estar em conformidade com o entendimento majoritário da jurisprudência. O STJ, já decidiu sobre a validade de edital no qual contenha exigência de apenas parte dos documentos arrolados pelo artigo 31 da Lei nº 8.666/93 como comprovantes da qualificação econômico-financeira, assim como esta Corte de Contas em diversos julgamentos, tais como, Decisões TCEES 03080/2021-9 - 1ª Câmara e 00475/2021-3 e os Acórdãos TCEES 01066/2021-5 - 1ª Câmara e 00284/2022-5 – 1ª Câmara.

No tocante à ausência de prazo para apresentação sua rede credenciada de estabelecimentos comerciais (subitem 7.4.1 do Termo de Referência do Edital), verifica-se que de fato, o edital não estipulou prazo para a apresentação da rede credenciada. Consta do edital apenas que *a autoridade competente homologará o resultado da licitação, convocando o classificado com melhor preço a assinar o Contrato dentro do prazo de, no máximo, 05 (cinco) dias consecutivos, a contar da data em que o mesmo for convocado para fazê-lo junto ao PMI/ES* (subitem 10.2 do edital do PP 025/2022), o que demonstra, à princípio, falha no edital e tal fato que poderia prejudicar a competitividade do certame.

Todavia, em consulta ao site da Prefeitura Municipal de Iconha, verifica-se que, conforme expõe o corpo técnico, a referida irregularidade não representou fundado receio de grave ofensa a interesse público, tendo

em vista que, o processo licitatório já fora concluído, tendo participado do certame quatro empresas interessadas.

O representante aponta ainda que o edital previu a possibilidade de apresentação de proposta de preço (taxa de administração) em percentual negativo (Subitem 17.10 do Termo de Referência do Edital);

Sobre este ponto, conforme dispõe o corpo técnico, não é possível afirmar, de antemão, em qual medida o deságio praticado na taxa de administração negativa é repassado, de forma indireta, para os trabalhadores, que utilizam o auxílio alimentação, por meio da majoração do preço dos alimentos no varejo. Na verdade, tal situação dependerá do nível de concorrência de cada mercado, dentre outros fatores. Porém, é certo que não pode ser cobrado preços diferenciados aos trabalhadores, que utilizam o auxílio alimentação, em relação aos demais consumidores finais, assim, numa análise sumária, não há indícios de grave ofensa ao interesse público.

Por fim, quanto ao repasse dos créditos em desacordo com a Lei nº 14.442/2022 (Subitem 14.2 do Termo de Referência do Edital), conforme exposto pelo corpo técnico *os Entes Públicos da Administração Pública Direta, Autárquica ou Fundacional não são destinatários do benefício tributário previsto no art. 1º, caput, da Lei 6.321/1976, já que não são contribuintes do imposto de renda, não há razão para a submissão destes Entes às vedações introduzidas no § 4º, inciso II, do art. 1º da Lei 6.321/1976, pois não resta configurada a fruição de um duplo benefício por parte destas pessoas jurídicas de direito público, que a nova vedação legal visa coibir, mas sim a fruição de apenas 01 (um) benefício, consistente na prática de prazos de repasse ou pagamento que confira natureza pós-paga ao auxílio alimentação.*

Dessa forma, neste momento, não se vislumbra empecilho para tais pessoas jurídicas de direito público estipularem, em editais de licitação, a prática de prazos de repasse ou pagamento que confira natureza pós-paga ao auxílio alimentação, pois não resta caracterizada a fruição de um “duplo benefício” pelos Entes Públicos, situação que as vedações, criadas pela Medida Provisória nº 1.108/2022, atualmente convertida na Lei 14.442/2022, visaram combater.

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.

1.1.1. 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.

No caso em tela, tem-se que o processo licitatório já fora concluído, tendo participado do certame quatro empresas interessadas, ou seja, aparentemente não houve prejuízo a competitividade, assim como, não há necessidade de cautela 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 para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Relator

1. DECISÃO TC-008/2023-7

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 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, da Sr^a **RENATA VIEIRA ANHOLETTI MARCHIORI RODRIGUES – Pregoeira Municipal**, 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. DAR CIÊNCIA aos interessados e ao representante.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 01/02/2023 – 1ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara

4. Especificação do quórum:

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

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador de contas em substituição ao procurador-geral Luciano Vieira.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente