



Acórdão 00049/2023-6 - 1ª Câmara

Processo: 04929/2021-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: INCAPER - Instituto Capixaba de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: L M SOLUCAO EM IMPRESSAO EIRELI

Responsável: ABRAAO CARLOS VERDIN FILHO, MARISSOL PASSOS CORREA, SALIM SUHET MUSSI, FLAVIO EDUARDO BABILON MILANESI, FABRICIO ROZA VICTOR

Procuradores: ISABELLE ALBUQUERQUE RIBEIRO MARETO (OAB: 14017-ES), LUCAS PASSOS DE SOUSA (OAB: 24003-ES), EDUARDO SALES ROCHA AGUIAR (OAB: 32717-ES)

REPRESENTAÇÃO – FISCALIZAÇÃO – EDITAL EXCLUINDO TECNOLOGIA DE JATO DE TINTA NA CONTRATAÇÃO DE OUTSOURCING DE IMPRESSÃO – CLÁUSULA RESTRITIVA – PROCEDÊNCIA – AUSÊNCIA DA RESPONSABILIDADE DOS ELABORADORES DO EDITAL – ARQUIVAMENTO.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

1. RELATORIO

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO**, com pedido cautelar, formulada pela empresa **LM Soluções em Impressão EIRELI**, pessoa jurídica de direito privado, em face do **Pregão Presencial nº 16/2021**, realizado pela **INCAPER**, cujo objeto trata da contratação de serviço de outsourcing de impressão, **sob responsabilidade do senhor Abraão Carlos Verdin Filho, diretor-presidente e da senhora Marissol Passos Corrêa, pregoeira.**

O representante alega que o Edital contém exigência restritiva, a qual inviabilizou a competição e que a justificativa apresentada pela Administração para tal exigência não faz jus às necessidades do objeto a ser contratado.

Ante às alegações trazidas, requer as seguintes providências:

1. seja concedida Tutela de Urgência, inaudita altera parte, determinando em caráter de URGÊNCIA, a suspensão dos efeitos do certame, para que o INCAPER se abstenha de celebrar, assinar e publicar qualquer contrato proveniente do Pregão presencial n 016/2021.
2. Requer seja determinado ao INSTITUTO CAPIXABA DE PESQUISA, ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL que junte aos autos desta representação todo o processo administrativo referente ao Pregão 016/2021.
3. Por fim, seja julgada procedente a presente representação, confirmado a tutela de urgência concedida, tornando sem efeito jurídico o do Pregão 016/2021 do INCAPER e qualquer ato jurídico acessório em virtude dele praticado.
4. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial prova documental.

Foi proferida a **Decisão Monocrática 824/2021 (peça 12)**, na qual Exma. conselheira em substituição a sra. Márcia Jaccoud Freitas, **diferiu a análise da concessão cautelar e determinou a notificação dos responsáveis para apresentarem, no prazo de 5 dias, esclarecimentos** acerca das alegações da inicial, a fim de realizar uma análise completa.

A **INCAPER**, em atendimento à determinação monocrática, respondeu à notificação, anexando **manifestação e documentação às peças 19 a 23**.

Recebida a documentação, realizei juízo de admissibilidade e **conheci da representação por meio do Despacho 43796/2021 (peça 25)**, com encaminhamento dos autos à área técnica para instrução.

Remetidos os autos ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - NOF, foi elaborada a **Manifestação Técnica Cautelar nº 27 (peça 27)**, na qual o setor

técnico entende **não estarem configurados os requisitos para a concessão da medida cautelar.**

Devolvido a este Gabinete, realizei análise do posicionamento técnico e, em consonância com seu entendimento, proferi o **Voto 5707/2021 (peça 29), ratificado pela Decisão 3885/2021 – 1ª Câmara (peça 30)**, nos seguintes termos:

1. DECISÃO TC-3885/2021-3:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os senhores 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. INDEFERIR CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR, visto que não restou atendido o requisito autorizador para sua concessão no caso concreto, qual seja, o periculum in mora, expresso no inciso II do art. 376 da Resolução TC n. 261/2013, conforme fundamentação acima;

1.2. SUBMETER os presentes autos ao rito ordinário, face à ausência do pressuposto constante no art. 306 do RITCEES;

1.3. NOTIFICAR a autoridade competente para que se pronuncie no prazo de até 10 (dez) dias quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do art. 307, §3º, do RITCEES e encaminhe:

1.3.1. Cópia integral do processo veiculador do Pregão Eletrônico 19/2021;

1.4. DAR CIÊNCIA ao representante o teor da decisão, conforme comando previsto no art. 307, §7º do RITCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 03/12/2021 - 56ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Heron Carlos Gomes de Oliveira.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

Feita a notificação, a Incaper protocolou a documentação requisitada, que consta às peças 45 a 48. Assim sendo, o NOF elaborou a **Instrução Técnica Inicial 95/2022 (peça 53)**, na qual conclui como segue:

3. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Face ao exposto, e em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sugere-se a esta Corte de Contas:

1. A CITAÇÃO dos responsáveis indicados no quadro adiante, nos termos do art. 56, inc. II, da Lei Complementar Estadual 621/2012 e do artigo 157, inc. III, do RITCEES para que, no prazo a ser assinalado por este Tribunal, apresentem, individual ou coletivamente, razões de defesa que entenderem cabíveis quanto aos indicativos de irregularidades apontados:

Responsáveis	Subitem desta ITI
1. Salim Suhel Mussi (Analista de Suporte em Desenvolvimento Rural da Incaper)	
2. Flávio Eduardo Babilon Milanesi (Gerente – PRODEST GEOPE)	3.1 – Edital Contendo Cláusulas Restritivas à Competitividade
3. Fabricio Roza Victor (Coordenador II – CTIC - Incaper)	

A citação dos responsáveis foi realizada pela **Decisão SEGEX 461/2022 (peça 54)**, com **prazo improrrogável de 30 dias para resposta**. As manifestações referentes estão acostadas às peças 67-77; 78-88; e 89.

Após ciência acerca do cumprimento da citação (peça 92), devolvi os autos ao NOF que elaborou a **Instrução Técnica Conclusiva 4147/2022 (peça 94)** e apresentou a proposta de encaminhamento que segue:

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face do exposto, e de acordo com o art. 319, § 1º, inciso IV, do RITCEES, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1. Sugere-se considerar **procedente** a presente representação, na forma do art. 178, II, do RITCEES, tendo em vista a constatação da seguinte irregularidade:

a) **Edital Contendo Cláusulas Restritivas a Competitividade** (item 2.1 desta ITC) Base legal: Art.3º §1º da Lei 8.666/93, art. 3º, II da Lei nº 10.520/2002 e art. 37, inciso XXI, da CF;

4.2. **Acolher as razões de justificativa, excluindo a responsabilidade**, dos Srs. Fabricio Roza Victor, Salim Suhel Mussi e Flávio Eduardo Babilon Milanesi quanto a irregularidade disposta no item 2.1 desta Instrução Técnica Conclusiva, tendo em vista as alegações e documentações apresentadas;

4.3. **Cientificar os representantes** da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas;

Recebidos os autos no Ministério Público de Contas, o douto procurador Luis Henrique Anastácio da Silva proferiu o **Parecer Ministerial 5481/2022** (peça 98), **anuindo integralmente à proposta conclusiva da área técnica.**

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

A Representante afirma que exigência editalícia afetou a competitividade do procedimento licitatório ao incluir cláusula restritiva, em contrariedade as preceitos da Lei de Licitações (8.666/93):

3.4.1 Para os equipamentos de impressão, optou-se por utilizar equipamentos de impressão com tecnologia laser ou led, em detrimento a tecnologia à jato de tinta, dado que as tecnologias a laser e led apresentam maior velocidade de impressão, comparada à tecnologia à jato de tinta, além de possuírem custo por página impressa consideravelmente menor.

Apresenta fundamentação de fato na qual demonstra que a exclusão da possibilidade de participação de empresas que trabalhem com impressoras que utilizam a tecnologia de jato de tinta é descabida e desproporcional. Alega que não há prejuízo na utilização de impressoras de jato a tinta e que a justificativa utilizada pela INCAPER não é suficiente a embasar a cláusula restritiva; que tal cláusula obstou diversas empresas de participarem do certame, afetando assim a ampla concorrência.

Na análise conclusiva trazida pela **ITC 4147/2022 (peça 94)**, a área técnica confirma a irregularidade apontada, verificando ser restritiva, entendendo ser procedente a alegação trazida pelo Representante.

Quanto à responsabilidade dos agentes, a ITC entende pelo acolhimento das razões de justificativa dos responsáveis indicados na ITI. O NOF traz que as justificativas dos senhores Fabrício Roza Victor, Salim Suhel Mussi e Flávio Eduardo Babilon Milanesi, não obstante terem sido apresentadas individualmente, tem em seu contexto defesas semelhantes, e, por isto, realizou a análise conjunta das responsabilidades dos três agentes. Segue excerto:

- Que o edital se baseou em editais de outros órgãos e secretarias estaduais que apresentavam texto idêntico, tendo sido, diversos deles, verificados pelo PRODEST, o que agregaria maior credibilidade e confiabilidade a estes editais, justificando, assim, que tenham sido utilizados como modelos. Citam, nesta mesma linha, exemplos destes editais (peça 67, p. 02).

Para elaboração do termo de referência é razoável que a equipe técnica de qualquer entidade da administração direta e indireta consulte o Portal de Compras do Governo do Estado do Espírito Santo em procura a editais que já tiveram o pregão realizado com sucesso, além de outras referências. Ainda, considerando a necessidade de submissão para manifestação técnica do Prodest sobre o termo de referência, conforme Decretos Estaduais N°s 4.289-

R de 27/07/2018, Nº 2.458-R de 04/02/2010 e Nº 1.527-R de 31/08/2005, é natural que a consulta de termos de referência cuja elaboração contou com a participação de servidores do Prodest tenha mais peso. (g.n.)

É o caso do Edital de Pregão Eletrônico nº 0144/2018 da Secretaria SESA, processo 80903169, que teve seu resultado publicado no dia 21/03/2019, no site <https://compras.es.gov.br/>, no menu pesquisa de editais, onde o texto questionado aparece na íntegra no item 2.2.2. O texto do termo de referência indica a autoria e aprovação, na seção “9. ASSINATURAS E APROVAÇÕES”, por servidores da SESA e do Prodest.

- Que o termo de referência teria utilizado como base o manual “Boas práticas, orientações e vedações para contratação de serviços de outsourcing de impressão”, vinculado à Portaria MP/STI nº 20, de 14 de junho de 2016, que não admite, como boa prática, o uso de impressão jato de tinta.

Reconhecem, no entanto, que este documento já foi atualizado, mas em data posterior à da elaboração do termo de referência ora em análise, e que a inclusão de impressoras jato de tinta nos modelos de contratação do Governo do Estado ainda não teria sido orientada (peça 67, p. 04).

(..)No manual era explícito como boa prática o uso das tecnologias laser, LED ou equivalente, não sendo admitida como boa prática o uso de impressão jato de tinta:

(...)

De fato, a portaria foi atualizada pela Portaria SGD/ME nº 844, de 14 de fevereiro de 2022, em decorrência do Acórdão TCU 2.175/2021, cuja sessão ocorreu em 15/09/2021, data posterior à elaboração da última versão do termo de referência entranhado nos autos. (g.n.)

(...) Cabe mencionar que pode-se verificar no próprio Portal de Compras do Estado do Espírito Santo, <https://compras.es.gov.br/>, o Edital de Pregão Eletrônico nº 003/2022 da Secretaria de Estado de Direitos Humanos - SEDH, processo E-Docs nº 2021-Q3L4P, que a mesma cláusula questionada pela Representante, está presente no item 6.1 do Anexo I - Termo de referência. Assim, vislumbra-se que a inclusão de impressoras jato de tinta nos modelos de contratação do Governo do ES ainda não foi devidamente orientada.

Como complemento a este raciocínio que expus acima, cito os contratos, editais e similares de diversos órgãos, como TCE-ES, da Assembleia Legislativa do ES, Tribunal de Justiça do ES, do Senado Federal, Justiça Federal do DF, EMBRAPA, todos eles especificando uma tecnologia de impressão, alinhados com o que prevê a Portaria pertinente, e nem por isso, creio ter havido restrição à competição. O Senado Federal, como fez o INCAPER, também cita explicitamente ter feito uso da Portaria, como se pode visualizar a seguir dentre os exemplos: (g.n.)

- Que na elaboração do TR havia preocupação com a durabilidade dos documentos em papel classificados como de “guarda permanente”, e que o uso de impressões à Laser ou LED proporcionariam, à época, maior resistência à umidade (peça 67, p. 04):

(..) Muitos dos documentos produzidos nas unidades do Incaper, sejam da área fim ou meio, possuem tempo de guarda permanente. Neste sentido, nos atentamos ainda aos inúmeros convênios com instituições federais que são executados neste instituto, gerando também documentos de guarda permanente (...)

Apesar de não estar descrito no termo de referência, dada as justificativas supramencionadas já inclusas no termo, ainda havia na época de elaboração do termo de referência a preocupação de durabilidade na produção de documentos em suporte em papel com guarda permanente. O uso de impressões à Laser ou Led proporcionavam na época maior resistência aos documentos à umidade, não havendo notícias no mercado sobre cartuchos para impressoras jato de tinta com resistência à água. (g.n.)

A área técnica, antes de fundamentar seu posicionamento, aborda a questão da utilização do manual “*boas práticas, orientações e vedações para contratação de serviços de outsourcing de impressão*”, vinculado à Portaria MP/STI nº 20, de 14 de junho de 2016. Em síntese, havia uma ambiguidade na interpretação acerca da possibilidade ou não de incluir tecnologia de jato de tinta nas contratações. Os responsáveis aqui citados utilizaram tal manual como direcionamento na elaboração dos documentos do certame.

Diante desta polêmica na interpretação do supracitado manual, a Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia (SGD/ME) publicou a Portaria SGD/ME nº 844/2022, cuja redação expressamente possibilita a utilização de equipamentos com tecnologia de jato de tinta, encerrando assim as divergências interpretativas.

O NOF entende que a irregularidade deve ser mantida, pois não há justificativa suficiente a embasar a restrição da contratação a um ou outro tipo de tecnologia, se tal restrição não irá afetar o custo ou qualidade dos serviços, acarretando prejuízo à Administração.

Quanto à responsabilidade dos agentes, não houve elementos caracterizadores de comprovação de dolo ou erro grosseiro, pois vislumbra-se que se ampararam no Manual acima mencionado, bem como em outras contratações realizadas por outros órgãos. Ademais, à época em que o Edital foi elaborado, o Manual ainda não havia sido alterado. A mera interpretação do Manual em conjunto com a análise de outros editais não configura conduta ensejadora de responsabilidade.

Sendo assim, a área técnica entendeu estar presente a irregularidade alegada pelo representante, vez que tem o condão de restringir a concorrência.

Entende, no entanto, por afastar a responsabilidades por ausência de demonstração de erro grosseiro ou dolo, conforme segue:

Isso porque esta cláusula, agora considerada restritiva, vem sendo reproduzida em diversos editais, e apresenta-se como cópia de parte do texto contido no manual de boas práticas para este tipo de contratação, usado por inúmeros órgãos em todas as esferas administrativas.

O Ministério Público de Contas anuiu integralmente ao posicionamento técnico, conforme Parecer (peça 98).

Sendo assim, acompanho a análise técnica e o Parecer Ministerial e dou **procedência à esta Representação**, vez que demonstrada a presença de

irregularidade apta a frustrar o caráter competitivo do certame, em desconformidade com o ordenamento pátrio e os princípios da Administração Pública.

Entendo, ainda, pelo **acolhimento das justificativas trazidas pelos senhores Fabrício Roza Victor, Salim Suhel Mussi e Flávio Eduardo Babilon Milanesi**, entendendo, pela análise realizada, que a responsabilidade da irregularidade não é afeta às suas pessoas.

3. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Diante do exposto, acompanho o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, e **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de Acórdão que segue, a qual submeto para consideração.

Sergio Aboudib Ferreira Pinto

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-049/2023:

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, em:

1.1. JULGAR PROCEDENTE a representação nos termos do art. 178, I do RITCEES, vez que demonstrada a presença de irregularidade no item 3.4.1 do Pregão 19/2021 da INCAPER:

Edital Contendo Cláusulas Restritivas à Competitividade (item 2.1 da ITC)

Base legal: Art.3º §1º da Lei 8.666/93, art. 3º, II da Lei nº 10.520/2002 e art. 37, inciso XXI, da CF;

1.2. ACOLHER as razões de justificativas dos senhores Fabrício Roza Victor, Salim Suhel Mussi e Flávio Eduardo Babilon Milanesi, **afastando destes a responsabilidade pela irregularidade.**

1.3. DAR CIÊNCIA às partes do inteiro teor desta decisão, conforme art. 307, §7º¹, da Resolução TC 261/2013;

1.4. ARQUIVAMENTO dos autos, nos termos do art. 330, I ², da Resolução TC 261/2013, em razão do exaurimento do objeto;

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 03/02/2023 – 2ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

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.

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

² **Art. 330.** O processo será arquivado nos seguintes casos:

I - decisões definitivas ou terminativas, após a adoção das providências nelas determinadas e da expedição das comunicações;

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões