



Decisão 00558/2023-9 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 10134/2022-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PRODNORTE - Consórcio Público Prodnorte

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: WORKPLACE MOBILIARIO CORPORATIVO LTDA

Responsável: ANDRE DOS SANTOS SAMPAIO, MAXSUEL NOVAIS OLIVEIRA

**REPRESENTAÇÃO – CONSÓRCIO PÚBLICO
PRODNORTE – INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR –
DETERMINAR A TRAMITAÇÃO SOB O RITO
ORDINÁRIO – DAR CIÊNCIA.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada no âmbito deste Tribunal de Contas do Espírito Santo, com pedido cautelar, proposta em face do Consórcio Público PRODNORTE, em virtude de suposta irregularidade no Pregão Presencial 001/2022, que tem como objeto o registro de preços para a futura “contratação de empresa especializada para o fornecimento de kits escolares para todos os municípios que compõem o referido consórcio”.

Conforme se extrai da narrativa contida na inicial 01496/2022-5, em síntese, a Representante informa que o edital publicado foi amplamente criticado por inúmeros concorrentes por supostamente conter:

- i) descritivo extremamente restritivo e tendencioso para vários materiais escolares cotados;

- ii) exigir laudos demasiadamente específicos que suplantam as necessidades básicas do certame, premissas que, em tese, ofendem aos princípios da vantajosidade e da isonomia entre os licitantes.

Alega ainda que os referidos apontamentos levaram as empresas interessadas à impugnações específicas do referido edital, contudo essas impugnações foram intempestivas e, desse modo, não foram ponderadas pela Administração Pública, posto que se limitou a afirmar “após longa pesquisa de mercado para elaboração do material descritivo, pode concluir que os laudos serviriam para garantir que os produtos em questão atendem às normas do INMETRO, quanto aos quais se submete”.

Diante da suposta irregularidade apontada na peça inaugural, a Representante requer o deferimento da medida cautelar, para imediata suspensão do Pregão Presencial nº 001/2022, impedindo que ocorra a homologação e a adjudicação do objeto até análise final da Representação.

Com vistas a subsidiar suas alegações, a Representante juntou aos autos em sua peça inicial 01496/2022-5 os documentos pessoais do sócio administrador da Representante e cartão do CNPJ da empresa autora, a convocação e ata de realização do Pregão Presencial nº 001/2022 e, por fim, resposta por ela obtida acerca de sua impugnação intempestiva do edital.

Por intermédio da Decisão Monocrática 1237/2022-2 (ev. 04) os responsáveis foram notificados para que prestassem as informações necessárias ante as supostas irregularidades apontadas.

Em atendimento aos Termos de Notificação, o Consórcio Público PROD NORTE, por intermédio de seu Presidente, o senhor André dos Santos Sampaio, bem como do senhor Maxsuel Novais Oliveira, Pregoeiro apresentaram suas justificativas constantes dos eventos eletrônicos 09 e 18 e demais peças complementares.

Ato contínuo, foi verificado o atendimento dos requisitos de admissibilidade da representação e conheceu o presente feito, conforme despacho 00116/2023-4.

Encaminhados os autos para o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, foi elaborada a Manifestação Técnica de Cautelar MTC 11/2023-9, na qual, em síntese, a área técnica opina pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada.

Após, vieram os autos conclusos.

É o breve relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O art. 124 da Lei 621/2012, ao tratar das medidas cautelares no âmbito deste Tribunal de Contas, preceitua que:

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave ofensa ao interesse público 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.

Nesse mesmo contexto, vale citar o art. 376 do RITCEES, que assim diz:

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.

Na mesma linha, o art. 306 do RITCEES, ao tratar do rito sumário no âmbito deste Tribunal de Contas estabelece o seguinte:

Art. 306. Os processos em que houver fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou de ineficácia das suas decisões observarão o rito sumário previsto neste Regimento.

Nota-se que em todos os dispositivos supracitados identificam-se os requisitos que necessariamente deverão ser ponderados e analisados para a eventual concessão de medida cautelar, vale dizer, o *fumus boni iuris* consubstanciado no fundado

receio de grave ofensa ao interesse público; e o *periculum in mora*, identificado no risco de ineficácia da decisão de mérito ao final.

Urge frisar que a presença de ambos os requisitos deve, concomitantemente, e de fato, evidenciar a existência inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações em conjunto com o risco irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito, em decorrência da demora na prestação da medida pretendida.

No caso vertente, conforme já destacado no relatório deste voto, a Representante aponta que o edital publicado foi amplamente criticado por inúmeros concorrentes por supostamente conter:

- i) descritivo extremamente restritivo e tendencioso para vários materiais escolares cotados;
- ii) exigir laudos demasiadamente específicos que suplantam as necessidades básicas do certame, premissas que, em tese, ofendem aos princípios da vantajosidade e da isonomia entre os licitantes.

Alega ainda que os referidos apontamentos levaram as empresas interessadas à impugnações específicas do referido edital, contudo essas impugnações foram intempestivas e, desse modo, não foram ponderadas pela Administração Pública, posto que se limitou a afirmar “após longa pesquisa de mercado para elaboração do material descritivo, pode concluir que os laudos serviriam para garantir que os produtos em questão atendem às normas do INMETRO, quanto aos quais se submete”.

Diante da suposta irregularidade apontada na peça inaugural, a Representante requer o deferimento da medida cautelar, para imediata suspensão do Pregão Presencial nº 001/2022, impedindo que ocorra a homologação e a adjudicação do objeto até análise final da Representação.

Quando à referida análise, esta resultou na **Manifestação Técnica de Cautelar 11/2023-9, cujo conteúdo opinativo acolho integralmente para fins de motivação da presente decisão**, destacando o seguinte trecho:

[...]

2.1. FUNDADO RECEIO DE GRAVE OFENSA AO INTERESSE PÚBLICO

Impende frisar que a Representante se insurgiu contra as especificações do objeto e exigência de laudos laboratoriais emitidos por laboratórios acreditados no Inmetro no que concerne a determinados itens constantes do Termo de Referência 001/2022. Em seus argumentos afirmou que determinadas características exigidas pelo Consórcio Público PRODNORT eram demasiadas e que somente uma empresa seria capaz de fornecer esses produtos.

Contudo do que se depreende dos autos ficou constatado que houve a participação de 6 (seis) empresas do ramo, conforme se verifica na Ata de Realização do Pregão Presencial nº 001/2022 (ev.02, folhas 24 a 28) , não se confirmando, a princípio, a impossibilidade de competição do certame.

Conforme consta da Ata de Sessão Pública de Continuidade do Certame, lavrada na sessão pública realizada em 10/11/2022, o Consórcio de Municípios PRODNORTE **oportunizou a possibilidade de apresentação das amostras** (disponibilizadas no site www.prodnorte.es.gov.br) **à qualquer empresa no certame ou interessado em fornecer os materiais constantes no edital 001-2022, e nenhuma empresa compareceu, sequer a ora Representante.**

[...]

Os responsáveis justificam as exigências argumentando que essas não vão além do estritamente necessário para garantir a seleção de produtos que atendam às necessidades da Administração e dos estudantes beneficiados, e que agiram corretamente de forma a afastar restrições indevidas à competitividade.

Verifica-se que o procedimento foi antecedido de pesquisa de mercado como se evidencia na Peça Complementar 62832/2022-3 folhas 42 a 45.

Das propostas encaminhadas pelas empresas nos envelopes 1, constantes das peças complementares 62835/2022-7 (ev. 13 folha 3 a 80), se verifica, outrossim, que marcas diversas foram ofertadas pelos proponentes, o que comprova, em princípio, que vários produtos/fornecedores são capazes de atender aos requisitos estabelecidos, não se afigurando, em uma análise sumaria, serem demasiadas as descrições dos objetos.

De acordo com a Representante grandes marcas do ramo como Faber Castell, Acrilex, Tramontina, Mundial, CIS, Compactor, Leonora e BRW ficaram impossibilitadas de participar da concorrência para itens como Giz de Cera, Lápis de Cor, Tesoura, Guache, por não cumprirem com as descrições requeridas no certame.

Ocorre que, apesar das alegações da Representante essa não logrou êxito em demonstrar a veracidade de suas informações pois, ao oposto do que afirma, não juntou aos autos a comprovação de que as descrições técnicas eram incompatíveis com as de mercado, o que impossibilita a aferição de cada especificação em sede de cautelar.

No que concerne aos laudos exigidos, impende ressaltar que a jurisprudência do TCU – Tribunal de Contas da União - em seu Acórdão 538/2015 – Plenário autoriza que laudos e amostras sejam solicitados ainda na fase de análise das propostas, ou seja, antes que seja declarado o vencedor, nesses termos:

“Na fase de habilitação, é ilegal a exigência de apresentação de laudos de ensaios técnicos para comprovação de qualidade de insumo ou produto. Desde que previsto no instrumento convocatório, **na fase de propostas a Administração pode exigir, do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, em prazo razoável e suficiente para tal, a apresentação de amostra do produto ou insumo, acompanhada dos laudos técnicos necessários a comprovar a qualidade do bem a ser fornecido.**¹ (Grifo nosso)

Do mesmo modo, em recente publicação do Informativo de Licitações e Contratos nº 408 – TCU -, publicado em 18/03/2021, verifica-se que o entendimento não mudou com relação aos casos de certificação compulsória, sendo a exigência de laudos laboratoriais emitidos por laboratórios acreditados no Inmetro, e exigidas somente do vencedor do certame, como foi o caso, perfeitamente legítima, senão vejamos:

1. Nas licitações para compra de produto de **certificação voluntária**, é irregular a exigência de que a certificação seja fornecida exclusivamente por instituição acreditada pelo Inmetro, devendo ser aceitas certificações equivalentes, como as emitidas por entidades com as quais o Inmetro mantém acordo de reconhecimento mútuo, cuja apresentação só pode ser exigida no momento da celebração do contrato ou do fornecimento, evitando-se, assim, onerar desnecessariamente os licitantes.

Importante frisar que a Certificação de artigos escolares é compulsória e foi regulamentada pela Portaria 423/2021, nela se encontram detalhadas todas as etapas e procedimentos para segurança e obtenção do selo e certificado Inmetro dos artigos escolares considerados obrigatórios, atendendo aos requisitos de ensaios da norma ABNT NBR 15236.

A mencionada regulamentação se presta a minimizar a possibilidade de ocorrerem acidentes de consumo de artigos escolares que coloquem em risco a saúde e segurança das crianças com idade inferior a 14 anos com relação aos seguintes produtos:

¹ Brasília. TCU – Tribunal de Contas da União. Acórdão 538/2015 – Plenário. Relator Min. Augusto Sherman. Data da sessão: 18/03/2015

Apontadores;

Borrachas;

Canetas esferográficas e rollers, com corpo e carga manufaturados em resinas plásticas (polímeros);

Canetas hidrográficas (hidrocor);

Colas (líquidas ou sólidas);

Compassos;

Corretores (adesivos ou em tinta);

Curvas francesas;

Esquadros;

Estojos que apresentem motivos ou personagens infantis;

Giz de cera, exceto giz para quadro-negro;

Lápis (preto, grafite ou de cor), exceto aqueles claramente definidos pelo fabricante na embalagem expositora como de uso artístico ou profissional;

Lapiseiras, exceto aquelas com grafite com diâmetro superior a 1.6 mm;

Marcadores de texto;

Massas plásticas, exceto argilas de modelar ou aquelas claramente definidas pelo fabricante na embalagem do produto como de uso artístico ou profissional;

Merendeiras e seus acessórios (porta-sanduíche, garrafa térmica, dentre outros, desde que vendidos junto à merendeira);

Normógrafos;

Pastas com aba elástica, confeccionadas em plástico ou papel cartão;

Réguas;

Tesouras de ponta redonda;

Tintas (guache, nanquim, plástica, aquarela, pintura a dedo), exceto aquelas claramente definidas pelo fabricante na embalagem do produto como de uso artístico ou profissional;

Transferidores;

Ponteira de borracha.

Também é esse o entendimento dessa Corte de Contas exarado no ACÓRDÃO 01434/2019-4 – SEGUNDA CÂMARA.

No presente caso, ante os breves esclarecimentos prestados pelas responsáveis somados à ausência, nesses autos, de documentação que comprove que a descrição dos objetos pretendidos seja restritiva à competitividade do certame, não foi possível identificar o fundado receio de grave ofensa ao interesse público.

Entretanto, trata-se de um apontamento que pode ser detalhadamente avaliado na análise do mérito.

2.2-RISCO DE INEFICÁCIA DA DECISÃO DE MÉRITO

O segundo requisito necessário para a concessão da medida cautelar pleiteada é o citado *periculum in mora*, que está previsto no Regimento Interno desta Corte no art. 376, inciso II, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito.

Em verificação ao site <http://www.prod norte.es.gov.br/noticia> constata-se que o referido certame já foi finalizado em 11 de novembro de 2022 e foi publicado seu resultado do no Diário Oficial em 16 de novembro de 2022 (ev. 16 folha 92), conforme se segue:

<p style="text-align: center;">ATA DE REGISTRO DE PREÇOS Nº 001/2022</p> <p>Órgão Licitante/Gerenciador: CONSÓRCIO PÚBLICO PRODNORTE</p> <p>Pregão Presencial nº 001/2022</p> <p>Objeto: Registro de Preços para Futura e Eventual Aquisição de Kits Escolares.</p> <p>Valor total do Lote 1: R\$ 16.936.500,00 (dezesesseis milhões e novecentos e trinta e seis mil e quinhentos reais).</p> <p>Empresa Vencedora/Detentora: Futura Comércio de Materiais Educacionais LTDA (CNPJ: 68.858.539/0001-10).</p> <p>Prazo de vigência da Ata de Registro de Preços: 12 meses, a contar de 11 de novembro de 2022.</p> <p>Pinheiros/ES, 11 de novembro de 2022.</p> <p style="text-align: center;">André dos Santos Sampaio Presidente CONSÓRCIO PRODNORTE CNPJ: 10.820.775/0001-67</p>
--

No caso concreto, onde já foram percorridas todas as fases da Ata de Registro de Preços 001/2022, que culminou na contratação da empresa Futura Comércio de Materiais Escolares, não se vislumbra, em uma análise sumária própria das cautelares, o *periculum in mora*.

Destaque-se que existe, contudo, o *periculum in mora* inverso, ou seja, caso haja a concessão da medida cautelar requerida pela representante, a princípio, e em sede de cognição sumária,

haveria severo prejuízo à Administração Pública e à comunidade de estudantes. Isso porque o objeto da contratação do certame em apreço é “contratação de pessoa jurídica para a prestação dos serviços de fornecimento de kits de materiais escolares para uso **no ano letivo de 2023**, para os todos os municípios integrantes do consórcio.

Assim sendo, em razão do exposto, em sede de Manifestação Técnica de Cautelar, restou caracterizado o *periculum in mora* reverso, que impede, no caso, a concessão da medida cautelar.

Impende registrar, novamente, que os requisitos para a concessão de cautelar são cumulativos, ou seja, a falta de um deles já desautoriza a concessão da medida pleiteada.

Por todo o exposto, sugere-se a não concessão da medida cautelar pleiteada.

[...]

(g. n.)

Ante todo o exposto, por anuir os termos da análise técnica contida na Manifestação Técnica de Cautelar 11/2023-9, e, portanto, estando em conformidade com o entendimento da área técnica, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-0558/2023-9

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. INDEFERIR a medida cautelar, nos termos do art. 307, §3º do RITCEES, porquanto não demonstrados os requisitos autorizadores para a sua concessão;

1.2. NOTIFICAR os responsáveis para que nos termos do art. 307, §3º, do RITCEES, prestem as informações quanto aos itens questionados na Representação, no prazo de 10 (dez) dias;

1.3. DETERMINAR a tramitação do feito sob o rito ordinário, assim que escoado o prazo de 10 (dez) dias para a prestação de informações pelos responsáveis, a fim de que esta Corte de Contas proceda à devida análise de mérito;

1.4. CIENTIFICAR a Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, §7º do RITCEES.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 03/03/2023 – 6ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara

4. Especificação do quórum:

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

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

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

