



Decisão 01653/2023-1 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processos: 01174/2023-4, 01330/2023-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: VEROCHIQUE REFEICOES LTDA

Responsável: SHYMENNE BENEVICTO DE CASTRO, ELIZA COELHO DE OLIVEIRA VALVASSORI

Procurador: PAULO ANDRE SIMOES POCH (OAB: 181402-SP)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE
CARIACICA – INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR –
DETERMINAR A TRAMITAÇÃO SOB O RITO
ORDINÁRIO – CIENTIFICAR.**

Para deferimento de medida cautelar, indispensável a existência dos requisitos de fundado receio de ofensa ao interesse público e risco de ineficácia de decisão de mérito, além de inexistência de *periculum in mora* reverso, características não atendidas no caso em debate.

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 da Prefeitura Municipal de Cariacica, em virtude de supostas irregularidades no Edital de Credenciamento nº

001/2023, cujo objeto versa sobre o credenciamento de empresa(s) especializada(s) para prestação de serviços de gerenciamento, implementação, administração e disponibilização de créditos em cartões eletrônicos/magnéticos ou meios correlatos, na modalidade alimentação, aos servidores municipais, que possibilitem a aquisição de gêneros alimentícios *“in natura”* em rede de estabelecimentos credenciados.

Em síntese, a Representante alega que o procedimento adotado pela Prefeitura Municipal de Cariacica apresenta *“(...) uma séria de irregularidades, exigências abusivas, distorções legais entre outras irregularidades, tais como (i) pagamento “mensal”, (ii) a escolha da empresa será feita pelo usuário; (iii) a credenciada poderá apresentar programas de melhorias para os usuários; (iv) haverá pesquisa para verificação do atendimento das exigências técnicas; (v) há ainda uma série de exigências referentes ao sistema sem o menor propósito vinculativo com o objeto da contratação, haja vista que não estão contratando software e sim cartões, porém, existem poucas exigências para o cartão e muitas para o sistema”*.

Aduz, ainda, que a alegada irregularidade viola os princípios que sustentam e norteiam os procedimentos licitatórios, como o da competitividade, da proposta mais vantajosa, da legalidade, razão pela qual requer a intervenção desta Corte de Contas para que, assim, seja, de modo mais amplo, resguardado o interesse público inerente ao processo de licitação.

Diante da suposta irregularidade apontada na peça inaugural, pugna a Representante pelo deferimento da medida cautelar, a fim de que seja determinada a suspensão e do Edital de Credenciamento nº001/2023, da Prefeitura Municipal de Cariacica e, no mérito, que seja o referido anulado.

Além disso, com vistas a subsidiar a Representação, o Representante junta aos autos os documentos compreendidos entre os eventos 03 e 08 dos autos.

Recebidos os autos neste gabinete, por meio da Decisão Monocrática 00372/2023-3 (evento 10), determinei a notificação da Sr.^a Shymenne Benevicto de Castro, Secretária Municipal de Governo, e da Sr.^a Eliza Coelho de Oliveira Valvassori, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, para que no prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 125, §3º, da LC621/2012, se manifestassem nos autos e apresentassem suas justificativas e documentos pertinentes. Além disso, determinei

que a Prefeitura Municipal encaminhasse à esta Corte de Contas cópia do processo nº 4322/2023 – SEMGO.

Devidamente notificadas, a Secretaria Municipal de Governo e Recurso Humanos, assim como a Presidente da Comissão Permanente de Licitação, apresentaram conjuntamente a resposta de comunicação nº 0041/2023-1 (evento 17), instruída pelas Peças Complementares de eventos 18 a 52.

Com supedâneo no art. 177, §2º c/c art. 186 do RITCEES, realizei o juízo de admissibilidade, conheci da presente representação e recebi a defesa, pelas razões lá expostas, conforme despacho 17181/2023-1 (evento 54).

Em seguida, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - NOF, para instruir nos termos regimentais, tendo sido elaborada a Manifestação Técnica de Cautelar 00062/2023-1, na qual apresentou a seguinte proposta de encaminhamento, vejamos:

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1 - **Indeferir a medida cautelar pleiteada**, diante da presença do *periculum in mora* reverso, 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).

4.2 - Cientificar a Representante do teor da decisão a ser proferida, nos termos do artigo 307, § 7º do RITCEES.

Após os autos foram encaminhados a este Gabinete.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – DA ADMISSIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO

Como sobredito, a análise dos requisitos de admissibilidade foi realizada no exercício da competência monocrática estabelecida pelo art. 94, §2º c/c art. 101, § único da LC 621/2012 e art. 177, §2º c/c art. 186 do RITCEES, de modo que a presente representação restou **conhecida** no momento oportuno.

II.2 – DA MEDIDA CAUTELAR

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 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.

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

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.

Nota-se, com isso, que esta Corte de Contas dispõe de instrumentos legais que a permitem determinar medidas cautelares que, necessariamente, estarem presentes os requisitos que a doutrina denomina como *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento.

Ademais, ainda sobre as medidas cautelares, a norma de reenvio elencada no art. 129 da LC 621/2012¹ permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que no caso, sugerem as tutelas de urgência tratadas no art. 300 do CPC. O aludido dispositivo expõe que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo, tratados pela doutrina e jurisprudência como *fumus boni iurus* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora).

A esse respeito, manifestou o corpo técnico, por meio da MTC 00032/2022-2:

(...)

¹ LC 621/2021 - Art. 129. As medidas cautelares previstas neste Título serão regulamentadas no Regimento Interno, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

Nesse ponto, quando elenca possíveis irregularidades no Edital de Credenciamento, o faz de forma genérica, sem clareza e devida identificação e caracterização do fato. Emprega expressões genéricas, como “*exigências abusivas...*”, “*série de exigências...*” “*pagamento mensal*”(?), que dificultam o entendimento do que entende por irregular, deixando, assim, de cumprir alguns requisitos de admissibilidade da representação, como, *ser redigida com clareza* (inc. I do art. 177 do RITCEES), além da ausência de *elementos de convicção* (inc.II) nos autos, inviabilizando, portanto, uma análise acerca desses apontamentos.

- 1) Existência de outras formas de desempate previstas na legislação, além do sorteio, como forma de se manter a competitividade do certame.

O representante, sem explicitar quais formas seriam aplicáveis ao caso, afirma existirem outras formas de desempate, além do sorteio.

Para melhor elucidar essa questão, a própria Lei nº 8.666/1993 ainda vigente, estabelece que, para o caso de empate, se aplica:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...)

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§ 3º No caso da licitação do tipo “menor preço”, entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior.
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

...

As regras de desempate estão dispostas nos incisos do parágrafo 2º, do artigo 3º; e no parágrafo 3º, do artigo 45, todos da Lei n.º 8.666/93, ou seja: a) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa de capital nacional; b) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa instalada no país; c) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa brasileira; d) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa que incentive o desenvolvimento tecnológico no país; e, d) em último caso, o sorteio.

Vale ainda mencionar que, com o advento da Lei Complementar (LC) n.º 123/2006, que institui o Estatuto da Micro Empresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP), surgiu um novo critério, quando verificada a participação no certame de ME ou EPP, com o seguinte delineamento normativo:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Portanto, para o tipo de licitação menor preço, como o usualmente realizado, o critério de desempate, após observância às regras dispostas nos incisos do parágrafo 2º, do artigo 3º, será, obrigatoriamente, o sorteio. E quando verificada a participação no certame de ME ou EPP, os critérios são os estabelecidos na Lei Complementar (LC) n.º. 123/2006, conforme demonstrado. Portanto, não há plausibilidade nas alegações do representante.

- 2) Sendo a prestação dos serviços bem comum, possui padrões de desempenho e qualidade que podem ser definidos por meio de especificações usuais de mercado, inclusive como critérios de julgamento das propostas.

A Lei nº 8.666/1993 chama o **critério de julgamento** de “tipo de licitação”. Nela está previsto em seu art. 45, quatro tipos de licitação, ou seja, os critérios de julgamento: *menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.*

Quando o representante menciona em “*padrões de desempenho e qualidade*” e *especificações usuais de mercado*” para a prestação dos serviços, como critério de julgamento, possivelmente esteja sugerindo que o julgamento seja pela melhor técnica ou técnica e preço, quando tais critérios poderiam ser utilizados para diferenciação das propostas. Mas, como definir “*os padrões de desempenho e qualidade usuais de mercado para o seguimento de alimentação de forma objetiva, sem subjetividade?*” Como parametrizá-los para fins de comparação e avaliação numa licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço? Como avaliá-los?

O fato é que com esse cenário construído a partir da vedação da utilização de deságio ou taxa negativa como critério de seleção ou julgamento (menor preço/sorteio) e da dificuldade, senão impossibilidade, de se equalizar o que seriam os parâmetros de diferenciação entre as empresas (melhor técnica),

é que tem impelido os entes da administração a recorrerem ao credenciamento como forma de contratação. O que tem se mostrado uma solução viável diante de tal cenário.

De modo que as empresas que atenderem aos requisitos quanto à rede credenciada e a outros critérios estabelecidos em edital são consideradas aptas para serem contratadas pela administração. Quanto às particularidades e os serviços extras que as diferenciam, transfere-se a escolha para o usuário dos serviços, de acordo com suas necessidades individuais.

- 3) Múltiplos fornecedores, como se pretende pelo credenciamento, implicaria em dificuldades gerenciais, aumento de custos, com possível comprometimento da qualidade e eficiência dos serviços.

Decerto que o modelo credenciamento, por suas particularidades, requererá da Administração, possivelmente, a necessidade do gerenciamento de múltiplos contratos, o que de fato se mostra como uma desvantagem. Porém, trata-se de uma obrigação decorrente dos procedimentos legais, da qual não se pode afastar. Entretanto, a existência ou não de vantagem na seleção de vários fornecedores não deve ser vista sob a ótica do interesse privado, mas do interesse público, revestido na escolha dos beneficiários/usuários que integram a administração, como no caso do fornecimento de vale-alimentação.

Ademais, no credenciamento, além da ampla divulgação, da definição do objeto, das condições e critérios de habilitação e participação, dentre outras exigências, o edital deverá conter, ainda, cláusulas referentes à fiscalização da execução dos serviços por parte da administração, prever as hipóteses de descredenciamento e a aplicação de sanções aos contratados em casos de irregularidades, como forma de salvaguardar os interesses da Administração.

Desse modo, incumbirá à Administração a fiscalização da atuação dos contratados, verificando de forma contínua a correta execução dos serviços, conforme previsto no edital e nos contratos a fim de garantir a qualidade e a eficiência dos serviços prestados.

- 4) A inexigibilidade da licitação via credenciamento não se viabiliza diante da competitividade do objeto, além de direcionar o certame, exigindo-se a licitação na busca da proposta mais vantajosa (CF, art. 37, XXI)

De fato, a regra nas contratações públicas é licitar, conforme estabelece o art. 37, inciso XXI² da Constituição da República. Contudo, a própria lei expressamente prevê exceções para os casos em que o procedimento licitatório for inexigível (artigos 25 da Lei n° 8.666/93) ou dispensável (incisos I a XXXV do artigo 24 da Lei n° 8.666/93 – rol taxativo). Nestes casos admite-se a contratação direta, isto é, sem licitação.

Nesse contexto, embora não explicitamente prevista no art. 25, uma hipótese de inexigibilidade de licitação, que tem sido amplamente utilizada e reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, é o credenciamento. Sob esse prisma, a ilustre Raquel Melo Urbano de Carvalho³ lembra essa hipótese de inexigibilidade, em que a Administração aceita como colaborador todos aqueles que, atendendo as motivadas exigências da Administração, manifestem interesse em firmar contrato ou acordo administrativo (credenciamento).

O Tribunal de Contas da União reiterou que o credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/93 (cujos incisos são meramente exemplificativos), sendo adotado quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Segundo o TCU (Acórdão 3567/2014-Plenário), nesta situação, *“a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados”*.

Diante do atual cenário de mudanças normativas e jurisprudenciais que envolvem as contratações do seguimento alimentício e os efeitos práticos delas decorrentes, como já analisado, não há sentido em se exigir submissão do negócio ao procedimento licitatório se este não é apto (ou é prejudicial) ao atendimento do interesse público (objetivo pretendido com determinada contratação), pois, a finalidade do formalismo licitatório, é a seleção da melhor proposta. Nessa feita, competição inviável, para fins de aplicação das hipóteses de inexigibilidade licitatória, não ocorreria apenas nas situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a **disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica (o interesse público)**, como bem ensina o Professor Ronny Charles⁴.

Em síntese, a inviabilidade de competição é uma consequência, que poderá ser resultado de diferentes causas consistentes nas inúmeras hipóteses de ausência dos pressupostos básicos da licitação.⁵

Portanto, percebe-se, que o credenciamento pode ser utilizado em várias pretensões contratuais, notadamente nas prestações de serviço em que, para o atendimento do interesse público, é mais vantajosa a contratação simultânea de vários particulares ao invés da seleção excludente de um ou poucos vencedores de um certame, como a que se aplica ao presente caso, em especial pela situação que decorre do atual cenário de mudanças.

Por fim, conquanto não seja o resultado esperado de um credenciamento, não se pode afastar a possibilidade de que apenas uma empresa venha a

² XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *O Sistema de Registro de Preços: um reforço à obrigatoriedade de licitar*. In. Direito do Estado: questões atuais. Salvador: Jus Podivm, 2009. P. 70.

⁴ CHARLES, Ronny. *Lei de Licitações Públicas Comentada. 5ª ed. rev. e ampl. e atual.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 252.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 483.

ser habilitada e considerada apta para ser contratada pela Administração. Entretanto, quando o representante fala em possível direcionamento, não aponta quais critérios e regras do Edital de Credenciamento 001/2023 que, eventualmente, poderiam estar favorecendo o direcionamento do certame, razão pela qual não merece procedência tal questionamento.

Diante do exposto, propõe-se o **indeferimento do pedido de medida cautelar**, uma vez ausente os pressupostos necessários para sua adoção.

Entende-se, ainda, que a adoção da medida cautelar solicitada pela representante, pelos motivos então expostos, poderia causar **periculum in mora reverso**, ou seja, tornar-se-ia medida com potencial risco de prejuízo à Administração, nesse caso, personificado na necessidade de prover os servidores dos serviços de alimentação/refeição.

Assim, corroborando com a referida Manifestação Técnica, entendo ser inapropriado o deferimento da medida cautelar pleiteada, e ainda, destaco a nova linha de entendimento desta Corte de Contas, exarada no Parecer em Consulta 00009/2023-1, Processo Consulta 03942/2022-1, no qual se definiu por considerar possível a vedação de taxas negativas de administração, nos contratos administrativos de fornecimento de auxílio-alimentação.

Para a concessão de medida cautelar, se faz necessário o preenchimento cumulativo de dois requisitos, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, que se traduzem, em síntese, como a probabilidade do direito alegado e o prejuízo da demora quando não deferido o direito pleiteado, não verificados no caso em destaque. Por outro lado, percebe-se a existência do *periculum in mora* reverso, haja vista que, eventual deferimento cautelar poderia trazer risco à Administração Pública

Assim sendo, não restam verificados os requisitos necessários ao deferimento cautelar do pedido do Representante, e o *periculum in mora* reverso, entendo pelo indeferimento do pleito.

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica, cuja fundamentação integra este voto independente de transcrição, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1653/2023-1

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas por:

1.1. INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR, nos termos do art. 307, §3º do RITCEES, porquanto não verificado o *fumus boni iuris* no caso em comento;

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, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES, 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 o Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 15/06/2023 – 27ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador-geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREITAS FARIAS CHAMOUN

Presidente