



Acórdão 00633/2023-1 - 1ª Câmara

Processo: 10263/2022-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PRODNORTE - Consórcio Público Prodnorte

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Interessado: ANDRE DOS SANTOS SAMPAIO, MAXSUEL NOVAIS OLIVEIRA

Representante: CRR COMERCIO VAREJ.DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA

Procurador: WANDERSON DE OLIVEIRA LOURENCO (OAB: 18333-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – PREGÃO PRESENCIAL Nº
02/2022 – PERICULUM IN MORA REVERSO –
PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – AUSENTES
IRREGULARIDADES - IMPROCEDENTE –
CIENTIFICAR — ARQUIVAR.**

1. Quando ausentes elementos comprobatórios de ilegalidade e irregularidade no Edital, bem como a presença do *periculum in mora* reverso que impede a concessão de medida cautelar pleiteada por ficar explícito o severo prejuízo a Administração Pública, assim, o feito não deve prosperar sendo determinado sua improcedência.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I – RELATÓRIO

Tratam-se os presentes autos de uma **Representação**, com pedido de medida cautelar, apresentada pela empresa **CRR Comércio Varej. de Artigos Esportivos**

Ltda - ME, em face de possíveis irregularidades existentes no âmbito do **Pregão Presencial nº02/2022**, que tem como objeto a “*contratação de empresa especializada para o fornecimento de uniformes e tênis escolares para atender aos municípios que compõem consórcio público PRODNORTE*”.

Vale ressaltar que o referido certame fora objeto de análise em outra representação nesta Corte de Contas, também interposta pela representante em tela, conforme informações constantes nos autos do **Processo TC 9386/2022-9**, que se encontra na presente data em tramitação.

Na sequência, o Conselheiro Relator **conheceu** de forma preliminar os requisitos de admissibilidade da representação por meio do Despacho nº 49344/2022-3 (evento 07) e em ato posterior, encaminhou os autos por intermédio do Despacho nº 49428/2022-7 (eventos 08) ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF) para a devida instrução, onde foi elaborado a Manifestação Técnica de Cautelar 00169/2022-8 (evento 09) opinando pelo indeferimento da medida cautelar, determinando que os autos caminhem sob o rito ordinário e determinando a oitiva da parte, nos seguintes termos:

3. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

- a) Indeferir a medida cautelar, tendo em vista a iminente possibilidade de ocorrência do *periculum in mora* reverso, no caso concreto;
- b) Determinar que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES;
- c) Determinar a oitiva da parte representada, nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES.

Assim, o Conselheiro Relator acompanhou o entendimento da área técnica e proferiu Decisão Monocrática 01332/2022-2 (evento 12), determinando a oitiva das partes, preferencialmente por meio eletrônico, do **Sr. André dos Santos Sampaio** – Presidente do Consórcio PRODNORTE e do **Sr. Maxsuel Novaes Oliveira** –

Pregoeiro, para manifestação quanto a representação no prazo de 10 (dez) dias, conforme disposto no art. 307, §3º do RITCEES¹.

Após serem devidamente notificados nos autos, por meio de Termo de Notificação nº 00028/2023-4 e nº 00029/2023-9 (eventos 14 e 15), os agentes públicos apresentaram seus esclarecimentos, conforme consta nos eventos 16, 18 e 30.

Seguindo os tramites regimentais, através dos Despachos nº 05438/2023-8 e nº 05444/2023-4 (eventos 28 e 29), foi encaminhado ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF) para a devida instrução; onde foi elaborado a Manifestação Técnica 00431/2023-7 (evento 33) opinando por **notificar** a parte representada para que apresentasse aos autos cópia integral do procedimento licitatório veiculador do Pregão Presencial 02/2022.

Após as devidas considerações, os autos retornaram ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF) para a devida instrução, através dos Despachos nº 11705/2023-5 e nº 16364/2023-1 (eventos 133 e 134), assim, foi elaborada a Instrução Técnica Conclusiva 01846/2023-6 (evento 135) opinando pela **improcedência** por não encontrar evidências de irregularidades no certame, nos termos a seguir:

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

3.1 Considerar improcedente a representação, na forma do inciso I, do artigo 95, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES)¹, tendo em vista a não constatação de irregularidade.

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

3.3. Arquivar os autos, na forma do art.176, §3º, inciso II, c/c art. 182, Parágrafo Único do RITCEES.

¹ **Art. 307.** Atuado 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.

Na sequência, o *Parquet* de Contas se manifestou por meio do Parecer do Ministério Público de Contas 02633/2023-5 (evento 138), pugnando pelo acolhimento, *in totum*, da manifestação da Equipe Técnica, de forma a **conhecer** da representação e, no mérito, julgar **improcedente**, consoante argumentação fática e jurídica adotada na Manifestação Técnica de Cautelar 00169/2022-8 e na Instrução Técnica Conclusiva 01846/2023-6.

Através da Remessa 10029/2023-1 (evento 139) os autos foram encaminhados a este gabinete.

É o que importa relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Como já exposto, tratam-se os presentes autos de uma Representação, com pedido de medida cautelar, apresentada pela empresa CRR Comércio Varej. de Artigos Esportivos Ltda - ME, em face de possíveis irregularidades relacionadas ao Pregão Presencial nº02/2022, que tem como objeto a “*contratação de empresa especializada para o fornecimento de uniformes e tênis escolares para atender aos municípios que compõem consórcio público PRODNORTE*”, dentre os quais pontuaremos a seguir.

Em síntese a empresa Representante, por meio de sua Petição Inicial 01543/2022-6 (evento 02), pleiteou a suspensão do certame - já em análise no Processo TC 09386/2022-9 - em decorrência de novas e gravíssimas irregularidades que afetariam diretamente a busca pela ampla competitividade, além de não ter sido respeitado o Princípio da Publicidade, impedindo que as empresas tomassem conhecimento do início do prazo para interposição de recurso.

Nesse sentido, afirmou que na sessão pública realizada em 28/10/2022, foi consignado que a interposição de recurso seria oportunizada após três dias úteis da declaração da empresa vencedora, o que alega não ter sido respeitado, uma vez que:

- a) o aviso de resultado parcial publicado convocou apenas as empresas habilitadas para apresentação das amostras e laudos em sete dias úteis;
- b) nessa sessão de julgamento das amostras, que ocorreu em 10/11/2022, foi declarada a empresa vencedora, sem que fosse dada publicidade às demais empresas acerca do início do prazo para interposição de recurso.

Pois bem. Diante dos fatos noticiados pela empresa CRR Comércio Varej. de Artigos Esportivos Ltda - ME, passa-se a analisar a seguir, quanto da possível existência de novos indícios de irregularidades presentes no Pregão Presencial nº 02/2022 para esse caso concreto.

II.1 Pressupostos Cautelares

Notadamente, compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de medidas para o fiel cumprimento da lei, bem como a sustação de ato impugnado. Nesse passo, nas hipóteses de comprovada urgência, poderá o Relator decidir pela concessão de cautelar, conforme se extrai do teor do art. 124 da Lei Complementar 621/2012:

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.**

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.

A análise do substrato conceitual para o deferimento da medida cautelar está relacionada à existência dos requisitos que a doutrina denomina de *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento, na forma prescrita no art. 376, do RITCEES².

² 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:

O primeiro requisito é constituído pelo *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito, definido pelos doutrinadores como juízo de probabilidade da existência do direito perseguido. Para obter a tutela cautelar, deve-se convencer o julgador de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da conseqüente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.

O outro requisito é traduzido pelo *periculum in mora* ou o risco de ineficácia da decisão de mérito, conceituado como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. Nesse contexto, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente este requisito.

Portanto, passa-se a análise quanto a presença dos pressupostos cautelares em decorrência das supostas irregularidades apontadas no Pregão Presencial nº02/2022 pela empresa representante, no que tange ao requisito *fumus boni iuris*.

Rememorando os fatos, a Representante alega, de forma subjetiva, que o Edital se encontra eivado de irregularidades e que afronta diretamente a busca da ampla competitividade por conter exigências injustificadas e, como consequência, visam direcionar o certame, bem como, a violação ao Princípio da Publicidade que impossibilitou as empresas a tomar conhecimento do início do prazo para interposição de recurso. No entanto, **a empresa representante não evidenciou quais seriam essas “exigências injustificadas”**, logo, não sendo possível a sua análise por falta de informações nos autos.

Quanto ao possível direcionamento noticiado pela empresa representante, não há elementos comprobatórios para sustentar essa irregularidade, uma vez que, a

I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e
II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

desclassificação da empresa LT Global Comercio e Serviços Ltda foi justificada com a reprovação das amostras, conforme ata da sessão de julgamento, restando e sendo declarada como a empresa vencedora Vestisul Indústria e Comércio Ltda. Portanto, não há elementos suficientes nos autos que corroborem o suposto direcionamento do certame em apreço, assim, afastando a presença do *fumus boni iuris*, quanto a esse apontamento.

No entanto, quanto a falta de conhecimento para interposição de recurso, consta nos autos, através da Peça Complementar 63137/2022-9 (evento 05), a informação que o aviso foi disponibilizado no site da Prodnorte, no período exigido pelo edital e ata anterior, tornando pública a participação de qualquer licitante que tenha participado do certame, bem como de qualquer interessado. Porém, a área técnica não conseguiu confirmar a informação no site da Prodnorte por estar desatualizado, dessa forma, fica inconcluso a efetiva publicidade necessária para que os interessados pudessem ingressar com recurso, se assim o desejassem.

Nesse sentido, com base nos documentos constantes nos autos e sem a oitiva das partes nessa fase processual, aplica-se o juízo de possibilidade, próprio da fase cautelar, assim, acompanhando o entendimento da área técnica pelo preenchimento do requisito autorizador da concessão da tutela cautelar, no que tange a este apontamento, tendo em vista que resta demonstrada a possível ilegalidade do ato, o que pode ocasionar grave lesão ao erário ou a direito alheio.

Entretanto, quanto ao requisito *periculum in mora* para concessão da medida cautelar pleiteada, cabe o entendimento que existe de forma inverso, ou seja, “caso haja a concessão da medida cautelar requerida pela representante, a princípio e em sede de cognição sumária, haveria severo prejuízo a Administração Pública dos diversos municípios integrantes do Prodnorte e à comunidade de estudantes”, uma vez que, a contratação do certame está direcionada especificamente ao fornecimento de uniformes e tênis escolares para atender os municípios que compõem consórcio público Prodnorte.

Assim, a área técnica concluiu nesta primeira análise, por meio da Manifestação Técnica de Cautelar, que está preenchido o requisito *fomus boni iuris*, restou caracterizado ainda o *periculum in mora* reverso, que impede, no caso concreto, a concessão da medida cautelar.

II.2 Análise do Mérito

Rememorando em síntese os fatos noticiados pela empresa representante, de que possivelmente não ocorreu a devida publicidade as demais empresas acerca do início do prazo para interposição de recurso. Sendo essa análise realizada preliminarmente pela área técnica por ocasião da Manifestação Técnica de Cautelar 00169/2022-8, concluindo-se por uma possível ilegalidade do ato, no entanto, nessa fase inicial, estava ausente a oitiva das partes.

Nesse sentido, por meio da Manifestação Técnica 00431/2023-7, foi requerido a notificação dos responsáveis para que apresentassem cópia integral do procedimento licitatório, bem como indicando as páginas em que ocorreram a publicação dos atos convocatórios, para comprovar se ocorreu ou não a violação do Princípio da Publicidade do certame em apreço, já que as justificativas apresentadas nos autos pelos representados não demonstraram de forma esclarecedora que de fato houve a observância necessária de tal Princípio.

Pois bem. Para melhor entendimento e análise do ocorrido, transcrevo a seguir parte do Edital Presencial nº 02/2022, quanto as regras para interposição de recurso, nos seguintes termos:

DO RECEBIMENTO DOS ENVELOPOES E DA SESSÃO PÚBLICA DE PREGÃO

7.1. Na hora e local indicado serão observados os seguintes procedimentos pertinentes a este PREGÃO:

7.1.1. Credenciamento dos representantes legais das empresas interessadas em participar do certame;

7.1.2. Recebimento dos envelopes “Proposta Comercial”;

7.1.3. Abertura dos Envelopes “Proposta Comercial”;

7.1.4. Desclassificação das propostas que não atenderem às exigências essenciais deste Edital e classificação provisória das demais em ordem crescente de preços;

7.1.5. Abertura de oportunidade de oferecimento de lances verbais aos representantes das empresas cujas propostas estejam classificadas no intervalo compreendido entre o menor preço e o preço superior àquele em até 10% (dez por cento);

7.1.6. Em não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no subitem anterior, poderão as empresas autoras das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos.

7.1.7. Condução de rodadas de lances verbais, sempre a partir do representante da empresa com proposta de maior preço global por lote, em ordem decrescente de valor, respeitadas as sucessivas ordens de classificação provisória, até o momento em que não haja novos lances de preços menores aos já ofertados.

7.1.8. Na fase de lances verbais, não serão aceitos lances de valor igual ou maior ao do último, e os sucessivos lances deverão ser feitos em valores decrescentes;

7.1.9. Classificação definitiva das propostas em ordem crescente de preço;

7.1.10. Abertura do envelope “documentação” apenas da empresa cuja proposta tenha sido classificada em primeiro lugar.

7.1.11. Habilitação ou inabilitação da primeira colocada, prosseguindo-se, se for o caso, com a abertura do envelope “documentação” da segunda classificada.

7.1.12. Proclamação da empresa vencedora pelo critério de menor preço global (por lote).

7.1.13. Abertura de oportunidade aos presentes para que manifestem sua eventual intenção de interpor recurso, registrando-se em ata a síntese das razões de recorrer. (g.n)

7.1.14. Adjudicação do objeto e encaminhamento dos autos do processo à autoridade competente para homologação do certame, na hipótese de não ter havido interposição de recursos.

(...)

11.26. Proclamada(s) a(s) vencedora(s), qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias úteis para a apresentação das razões do recurso, ficando as demais licitantes desde logo intimadas para apresentar às contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr a partir do término do prazo da recorrente, sendo-lhes assegurada imediata vista dos autos do processo. (g.n)

De acordo com as peças complementares nº 08491/2023-3 e nº 08492/2023-8 (eventos 84 e 85) apresentadas aos autos, fica compreendido que a abertura do

Julgamento ocorreu em 28/10/2022, conforme Ata de Realização do Pregão Presencial 02/2022, além de conter a realização dos procedimentos de praxe até o encerramento da sessão, no qual todas as empresas credenciadas no ato deram o seu aval com a respectiva assinatura do representante.

Quanto as empresas habilitadas (LT Global Comercio e Serviços Ltda; Vestisul Industria e Comercio Eireli), foram convocadas para apresentarem as amostras e laudos, por meio de publicação no sítio eletrônico do Prodnorte, além de mencionar que a interposição do recurso poderá ser feita conforme edital na sessão, após 3 (três) dias úteis, quando declarada e empresa vencedora. Dessa forma, as amostras foram apresentadas e analisadas em 10/11/2022, ocorrendo nesse momento a elaboração da Ata da Sessão Pública de Continuidade do Certame Licitatório de Apresentação de Amostras – Referente ao Pregão Presencial 002/2022 (fl. 13, evento 85)

No entanto, a Ata de Sessão de Continuidade informou que foi *”aguardado o tempo necessário, nenhuma empresa compareceu na sessão pública de apresentação das amostras. O Pregoeiro decidiu encerrar a sessão e renovou cientificando que os relatórios com a análise das amostras e laudos, estarão anexos ao processo, e que o resultado será disponibilizado no site www.prodnorte.es.gov.br na aba transparência, e (DIO-ES) imprensa oficial do Espírito Santo”*.

Momento esse que foi declarada a vencedora do certame, bem como era o momento adequado para a interposição do recurso, conforme as cláusulas 7.1.13 e 11.26 do edital. Entretanto, nenhuma licitante estava presente, o que não impede de ser um procedimento legal, de acordo o entendimento do STJ mencionado na Manifestação Técnica de Cautelar 169/2022: “não é obrigatória a presença dos licitantes interessados na sessão pública para análise das amostras, contudo, cabe ao gestor a divulgação de seu resultado para assegurar tanto o direito à contraprova ao licitante vencedor quanto os recursos pelos demais concorrentes”

Nesse sentido, a divulgação do resultado final da licitação ocorreu por via da imprensa oficial, no dia 16/11/2022, DOM/ES – Edição nº 2.144, conforme comprovação através de Peça Complementar 08493/2023-2 (evento 86, fl. 10), portanto, atendendo as necessidades exigidas no Princípio da Publicidade.

Assim sendo, acompanho o entendimento da equipe técnica no sentido que os supostos indicativos de irregularidade noticiados pela empresa representante não podem prosperar, tendo em vista que a sessão de continuidade do julgamento foi devidamente publicada e o prazo para recurso foi dado após a declaração da vencedora, ao passo que não compareceram nenhum interessado na sessão para manifestar a sua intenção de recorrer, como determina o edital, portanto, apreendo pela **improcedência** da Representação em decorrência da não constatação de ilegalidade ou irregularidade no Edital em apreço, na forma do art. 178³, inciso I do RITCEES.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **acompanhando os entendimentos técnico e ministerial**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-633/2023:

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. Conhecer a Representação, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade;

1.2. Indeferir o pedido cautelar, tendo em vista a iminente possibilidade de ocorrência do *periculum in mora* reverso, no caso concreto;

³ Art. 178. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá:
I – pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

1.3. Julgar improcedente a Representação, nos termos do art. 178, inciso I do RITCEES, tendo em vista a não constatação de irregularidade;

1.4. Dar ciência ao representante do teor desta decisão e ao Ministério Público de Contas nos termos regimentais do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012.

1.5. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 07/07/2023 – 25ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões