



Decisão 01970/2023-2 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 01179/2023-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: PMS - Prefeitura Municipal de Serra, SEGEPLAN - Secretaria Municipal de Gestão e Planejamento

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: ROCHA TECNOLOGIA E SERVICOS LTDA

Responsável: KARLA VIANNA GOMES, POLLYANA ESTEVAM LEAO SANTOS, ALEXANDRE CAMILO FERNANDES VIANA, FABIANA MIRANDA DO NASCIMENTO MACHADO

Terceiro interessado: SPEED SERV - COMERCIO, PRESTACAO DE SERVICOS E LIMPEZA LTDA

Procuradores: BRUNO AVILA GUEDES KLIPPEL (OAB: 11099-ES), ANDREOTTE NORBIM LANES (OAB: 10420-ES), MARCELO DE AVILA CAIAFFA (OAB: 17852-ES)

REPRESENTAÇÃO OFERTADA EM FACE DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 205/2021 – PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – INDEFERIMENTO – NOTIFICAR OS RESPONSÁVEIS PARA PRESTAR INFORMAÇÕES NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS – DETERMINAR A TRAMITAÇÃO SOB O RITO ORDINÁRIO – CIENTIFICAR O REPRESENTANTE ACERCA DA DECISÃO.

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

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação com pedido cautelar, formulada pela empresa ROCHA TECNOLOGIA E SERVIÇOS EIRELI, em face do Edital do Pregão Eletrônico nº.205/2021, Processo Administrativo nº. 29188/2021, cujo objeto se refere a contratação de Pessoa Jurídica especializada na prestação de serviços contínuos de controle, operação e fiscalização de Portarias e Edifícios, no âmbito da Secretaria Municipal de Educação da Serra.

O representante alega, em síntese, que o certame possui flagrantes irregularidades, suposto descumprimento e violação das normas básicas da administração pública e latente lesão a direitos fundamentais.

Pugna, ao final, para que seja concedida medida liminar a fim de suspender os efeitos do ato administrativo da denunciada e seus decorrentes, a qual teria desclassificado a empresa ROCHA TECNOLOGIA E SERVIÇOS EIRELI, ora representante, ante a justificativa de não possuir atestados compatíveis para participação do certame, bem como que seja anulado o ato administrativo que desclassificou a representante do certame juntamente com a anulação dos atos decorrentes de tal decisão, em observância ao princípio da Legalidade e Ampla competitividade.

Em juízo de admissibilidade, conheci a Representação, uma vez satisfeitas as exigências legais e regulamentares para a sua admissão, e entendi prudente, antes de analisar o pleito cautelar, promover a oitiva dos responsáveis.

Nesse sentido, por meio da **Decisão Monocrática (DECM) nº. 00343/2023-7** (evento 06), determinei a notificação prévia da Sra. Karla Vianna Gomes (Pregoeira), Sra. Fabiana Miranda Nascimento Machado (equipe de apoio); Sra. Pollyana Estevam Leão Santos (equipe de apoio) e o Sr. Alexandre Camilo Fernandes Viana (Secretário da Secretaria de Administração e Recursos Humanos - Sead), para que, no prazo de 5 (cinco) dias improrrogáveis, nos termos do art. 125, §3º, da LC 621/2012, se pronunciassem sobre as irregularidades apontadas.

Em resposta, as partes apresentaram seus esclarecimentos, conforme eventos 20 a 30 dos autos.

A documentação em questão foi submetida ao crivo da área técnica, tendo sido elaborada a **Manifestação Técnica de Cautelar nº. 00049/2023**, a qual propôs a não

concessão da cautelar pleiteada, nos seguintes termos:

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

3.1. Indeferir à medida cautelar pleiteada, nos termos do art. 3064 do RITCEES, visto que não foram demonstrados os requisitos autorizadores;

3.2. Determinar à Prefeitura Municipal de Serra que junte aos autos cópia integral do processo administrativo, onde se materializou o Edital de Pregão Eletrônico nº 205/2021;

3.3. Determinar que os autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES.

3.4. Cientificar a representante da decisão a ser proferida, conforme mandamento do §7º, do art. 307, do RITCEES.

Em seguida, através da DECM nº 823/2023, determinei a notificação prévia, como terceiro interessado, da empresa que se sagrou vencedora no certame, SPEED SERV. COMÉRCIO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E LIMPEZA EIRELI, a fim de oportunizar o contraditório.

Por fim, o feito veio ao gabinete para elaboração de voto.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Como dito anteriormente, tratam os autos de Representação, com pedido cautelar, formulada pela empresa ROCHA TECNOLOGIA E SERVIÇOS EIRELI, em face do Edital do Pregão Eletrônico nº.205/2021, Processo Administrativo nº. 29188/2021, cujo objeto se refere a contratação de Pessoa Jurídica especializada na prestação de serviços contínuos de controle, operação e fiscalização de Portarias e Edifícios, no âmbito da Secretaria Municipal de Educação da Serra.

O representante alega, em síntese, que o certame possui flagrantes irregularidades, suposto descumprimento e violação das normas básicas da administração pública e latente lesão a direitos fundamentais, pugnando, ao final, pelo deferimento de medida cautelar a fim de suspender o andamento do certame.

Em se tratando, neste momento processual, de análise quanto ao preenchimento dos requisitos autorizadores da medida cautelar pleiteada, passo ao seu exame.

DOS PRESSUPOSTOS DA 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 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 lesão ao erário ou a direito alheio; 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 lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão 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 lesão ao erário ou a direito alheio; e o *periculum in mora*, identificado no risco de ineficácia da decisão de mérito ao final.

Cumprir registrar que a presença de ambos os requisitos deve, concomitantemente, e de fato, evidenciar o real indício de irregularidade em conjunto com o risco de dano ao erário ou a direito alheio em decorrência da demora na prestação da medida pretendida.

No presente caso, consoante se extrai das conclusões sopesadas através da **Manifestação Técnica nº. 00049/2023**, em acertada fundamentação, concluíram os auditores desta Corte que os requisitos para sua autorização, quais sejam, aqueles

previstos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Res. 261/13, não teriam sido preenchidos, uma vez que, no caso dos autos, as provas juntadas não teriam sido capazes de atender aos requisitos pertinentes ao fumus boni iuris.

Quanto ao periculum in mora, entenderam os técnicos que a análise restou prejudicada diante da ausência do fumus boni iuris, considerando que ambos os requisitos devam estar presentes para que eventual cautelar seja deferida, que tornou inócua a análise da presença de eventual “perigo da demora”.

Pois bem.

Ao se debruçar sobre as supostas irregularidades suscitadas, nota-se que a representante pontuou duas possíveis irregularidades, sendo a primeira quanto a ausência de exigência mínima de percentual quantitativo no edital, e a segunda, referente a suposto descumprimento do Princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei nº 8.666/93), em razão de interpretação subjetiva a regra posta no *item 17.11.1* do edital.

Verifica-se quanto a estas alegações, da análise sumária realizada pela área técnica deste Tribunal de Contas, consoante trecho extraído da Manifestação Técnica 00049/2023, esta teria entendido no seguinte sentido:

Inicialmente cabe esclarecer que a Lei de Licitações divide a qualificação técnica em duas espécies: capacitação técnico-operacional, nos termos de seu art. 30, inc. II, e a comprovação da capacitação técnico-profissional, de acordo com seu art. 30, § 1º, inc. I.

No primeiro caso (capacitação técnico-operacional), a exigência a ser verificada é a da pessoa licitante, devendo comprovar, enquanto organização empresarial, sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Quanto à capacitação técnico-profissional, o foco da exigência é a demonstração da experiência do profissional indicado pelo licitante para atuar como seu responsável técnico.

Isto posto, a representante alega que o procedimento licitatório foi flagrantemente ilegal em razão da violação do princípio constitucional da reserva legal e do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao ser dada interpretação subjetiva a regra posta na cláusula 17.11.1 do edital de Pregão Eletrônico 205/2021, conforme segue:

(...)

Extrai-se do item 17.11.1 do edital do Pregão Eletrônico 205/2021 (que a capacidade técnica a qual o edital se refere é a OPERACIONAL. Sendo assim, os participantes do certame deverão comprovar, segundo Acórdão do TCU:

(...)

Portanto, é possível a exigência de quantitativos mínimos no atestado de capacidade técnico-operacional em edital de licitação desde que a comprovação seja compatível em características, quantidades e prazos com o objeto licitado, com observância ao princípio da razoabilidade, e que esse apresente grau de complexidade significativo, o que deve ser motivado pela Administração, conforme jurisprudência do TCEES e TCU, conforme segue:

(...)

Cabe apontar que o item 17.11.1 do edital, ao usar a expressão “atestado(s)”, no plural, possibilitou que as empresas licitantes apresentassem um ou mais de um atestado para participar do certame, não implicando restrição à competitividade do certame. E mais, o sentido da expressão atestado(s) visa a comprovação pelo licitante de já ter realizado o serviço e, assim, poder demonstrar garantia mínima de que possuirá, ao ser contratado, capacidade para executá-lo, de forma compatível com as dimensões e peculiaridades do serviço a ser contratado. Ainda, a exigência de atestados de capacidade técnica operacional visa demonstrar que a empresa licitante já executou, previamente, objeto compatível em características, prazos e quantidades com aquele definido pela licitação. Tal exigência técnica tem por finalidade garantir que a futura contratação da empresa reúna condições de executar objeto similar ao licitado pela Administração Pública.

Dito isto, a representante pontuou duas possíveis irregularidades. A primeira, quanto a ausência de exigência mínima de percentual quantitativo no edital:

(...)

Para tanto, é preciso chamar o feito à ordem, visto que o instrumento convocatório NÃO estabelece qualquer exigência mínima de percentual quantitativo acerca de atestados de capacidade técnica entre as empresas licitantes, mas tão somente que sejam PERTINENTES e COMPATÍVEIS”. Reforçou seu entendimento ao transcrever parte do Parecer Técnico proferido pelo Procurador Municipal da Prefeitura de Serra, que ao tecer comentários sobre tema (de exigência mínima de atestados de capacidade técnica em ARP) aduziu que “NÃO HÁ DISPOSITIVO LEGAL para tal exigência habilitatória, além de lembrar que tal condição fere de morte premissas fundamentais da licitação pública, ou seja, cerceamento da COMPETITIVIDADE entre os licitantes e a busca da PROPOSTA MAIS VANTAJOSA”.

Neste sentido, segue trecho do parecer em que o Procurador Municipal ressalta que não há dispositivo legal no edital que fixe percentual mínimo para comprovação de aptidão dos serviços licitados: “(...) Neste contexto, em que pese, não haver dispositivo legal ou editalício, fixando um percentual mínimo a ser exigido para comprovação para aptidão para desempenho dos serviços licitados, tem-se que tal ausência não dispensa o gestor público de aferir tal qualificação, nos termos do suso citado art.30, com base no tríplex aspecto ali citado, qual seja: características, quantidades e prazo”.

Isto posto, embora não haja no edital sob análise exigência quanto quantitativos mínimos dos serviços, tal ausência editalícia não pode ser considerada desarrazoada, pois não contraria a finalidade da Lei nº 8.666/93, mais especificamente seu art. 30, inciso II, já que o item 17.11.1.1 do certame deixa claro que a capacidade técnica operacional será comprovada pela empresa licitante através de atestado(s) que possuam natureza semelhante e compatível com características, quantidades e prazos com o objeto licitado, bem como não restringe a competitividade do certame, não se sustentando o argumento do representante.

O segundo apontamento do representante diz respeito ao descumprimento do Princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei nº 8.666/93), em razão de interpretação subjetiva a regra posta no item 17.11.1 do edital. A Lei Federal 8666/93 apresenta a qualificação técnica como requisito expresso de habilitação a ser preenchido pelos licitantes, o que deve

ser feito mediante apresentação de documentação válida para tal objetivo, conforme segue:

(...)

a questão da compatibilidade e pertinência das atividades para fins de comprovação de aptidão não exige que tais atividades sejam idênticas aos do objeto licitado, porém tal exigência deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado, conforme entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União:

(...)

Sendo assim, acerca da qualificação técnica, entende-se que a administração deve levar em conta a apresentação de atestado de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, avaliando tanto a complexidade dos serviços, quanto a quantidades de postos de trabalho e os prazos em que estes serão requisitados da futura contratada.

Do exposto, diante dos entendimentos do TCU, bem como de jurisprudência desta própria Corte de Contas, entende-se não estar caracterizada afronta à legislação vigente, ausente, portanto, o *fumus boni iuris*. No que tange ao *periculum in mora*, uma vez que os requisitos são cumulativos e ausente o *fumus boni iuris*, resta prejudicada sua análise.

De certo que, em se tratando da Representação ora analisada, na forma como veio elaborada, bem como levando-se em consideração a narrativa contida na peça técnica contraposta a existência da legislação pertinente e a jurisprudência desta Corte e do TCU, não há que se falar, de fato, em concessão da cautelar pleiteada pelo motivo acima proposto, razão pela qual acolho a sugestão da peça técnica, neste sentido, passando a mesma a fazer parte integrante do presente voto.

Em consonância com a referida Manifestação Técnica, portanto, entendo ser inapropriado o deferimento da medida cautelar pleiteada, pelo menos por agora, haja vista a inexistência dos respectivos requisitos legais autorizadores.

Ante todo o exposto, acompanhando 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-1970/2023-2

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, em:

1.1. INDEFERIR a medida cautelar, nos termos do art. 306 do RITCEES, visto que não foram demonstrados os requisitos autorizadores, nos termos deste Voto;

1.2. DETERMINAR ao Sr. Alexandre Camilo Fernandes Viana (Secretário da Secretaria de Administração e Recursos Humanos - SEAD), que junte aos autos cópia integral do processo administrativo, onde se materializou o Edital de Pregão Eletrônico nº 205/2021;

1.3. 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;

1.4. DETERMINAR que os autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES;

1.5. CIENTIFICAR a representante da decisão a ser proferida, conforme mandamento do §7º, do art. 307, do RITCEES.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 13/072023 – 33ª 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, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha;

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição).

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREITAS FARIAS CHAMOUN

Presidente