



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: A5E6C-AE7AB-244ED



Decisão 02152/2023-4 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processos: 03071/2023-1, 03075/2023-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PRODNORTE - Consórcio Público Prodnorte

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: FERNANDA SIQUEIRA SUSSAI MILANESE, WALYSON JOSE SANTOS VASCONCELOS, ELIAS DAL COL, MARCOS ANTONIO GUERRA WANDERMUREM, ATANAEL PASSOS WAGMACKER, ANDRE WILER SILVA FAGUNDES, DANIEL SANTANA BARBOSA, BRUNO TEOFILIO ARAUJO, JAIME SANTOS OLIVEIRA JUNIOR, UELIKSON BOONE, ARNOBIO PINHEIRO SILVA

Representante: LYGIA MARIA SOUZA RAMOS FIRMANI

Responsável: ANDRE DOS SANTOS SAMPAIO, MAXSUEL NOVAIS OLIVEIRA, EVANY PORTO DE LIRA, MARCELO OLIVEIRA ALMEIDA

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

CONTROLE EXTERNO – REPRESENTAÇÃO – FISCALIZAÇÃO – CONSÓRCIO PÚBLICO PRODNORTE – REPRESENTAÇÃO EM FACE DO PREGÃO ELETRÔNICO 005/2023 – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR – DEFERIMENTO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – SUSPENSÃO DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO 005/2023 DO CONSÓRCIO PÚBLICO PRODNORTE ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO DESTA CORTE DE CONTAS – RATIFICAÇÃO DA DECM 01122/2023.

Pedido de suspensão do edital do Pregão Eletrônico nº 005/2023, cujo objeto se refere ao Registro de Preços na forma de licitação compartilhada para a futura e eventual contratação de empresa especializada para o fornecimento de artefatos de mobília office para atender aos municípios que compõem o CONSÓRCIO PÚBLICO PRODNORTE.

Ratificar a decisão monocrática que concedeu a cautelar pleiteada.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Trata-se de Representação ofertada por pessoa física, com requerimento de medida cautelar, em face de possíveis irregularidades existentes no edital de Pregão Eletrônico nº 005/2023, do Consórcio Público PRODNORTE, cujo objeto se refere a: *“registro de preços na forma de licitação compartilhada para a futura e eventual contratação de empresa especializada para o fornecimento de artefatos de mobília office para atender aos municípios que compõem o consórcio público PRODNORTE, de acordo com as especificações e quantitativos previstos no termo de referência.”*

Conforme se extrai dos documentos acostados à inicial, a representante informa a existência de vícios que conduzem a necessidade da suspensão da sessão de

abertura do certame, alegando violação a preceitos constitucionais como o da legalidade e da transparência pelo CONSÓRCIO PÚBLICO PROD NORTE.

Em síntese, corrobora sua representação através de fundamentação distribuída entres os seguintes tópicos: A) *DESCRIÇÃO RESTRITIVA DOS ITENS*; B) *DA INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE PRIORIDADE NA AQUISIÇÃO DAS COTAS RESERVADAS*; C) *DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA E DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA SUA ACEITAÇÃO - SÚMULA 263 DO TCU*; D) *DA ILEGAL EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL MOBILIÁRIA E IMOBILIÁRIA PERANTE A FAZENDA MUNICIPAL*; E) *DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS ANÁLISE DA AMOSTRA*; F) *DO PRAZO EXÍGUO PARA A APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS*; G) *VEDAÇÃO INJUSTIFICADA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO*; H) *DA ILEGAL EXIGÊNCIA DE VALIDADE DOS LAUDOS DE CAPACIDADE TÉCNICA* e I) *DA EXCESSIVA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE LAUDO DE NÉVOA SALINA*.

Por meio da Decisão Monocrática 01122/2023, deferi o pedido cautelar pleiteado em sede de Representação, suspendendo o Pregão Eletrônico nº 005/2023, até ulterior deliberação desta corte de Contas.

É o relatório.

2. DA RATIFICAÇÃO DA DECISÃO CAUTELAR CONCEDIDA NA DECM 00928/2023

Atento ao que determina o art. 376, parágrafo único¹, do RITCEES, é necessário que se faça a ratificação da tutela cautelar concedida monocraticamente, em razão da urgência identificada à época de sua prolação.

¹ Art. 376. [...]. Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão.

A respeito da referida decisão monocrática, rememoro a sua fundamentação e decisão tomada, conforme trecho abaixo transcrito da Decisão Monocrática 01122/2023, *ad litteram*:

(...)

Como sobredito, tratam os autos de Representação, proposta em face de edital de licitação destinada ao Registro de Preços na forma de licitação compartilhada para a futura e eventual contratação de empresa especializada para o fornecimento de artefatos de mobília office para atender aos municípios que compõem o CONSÓRCIO PÚBLICO PROD NORTE, de acordo com as especificações e quantitativos previstos no termo de referência do Edital de Pregão Eletrônico 005/2023.

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

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

A) 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.

Cumprido 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.

Segundo CALAMANDREI, o objetivo último da providência cautelar, ínsito na medida liminar, é exatamente o de antecipar os efeitos da providência definitiva, com o propósito derradeiro de prevenir o dano que, em última instância, poderá advir com a demora natural da solução final do litígio.

Nesse passo, faz-se necessária a análise quanto à possibilidade de ser deferido o pedido e se estão atendidos, *in casu*, os pressupostos necessários para se alcançar providência de natureza cautelar, que são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Trata-se o *fumus boni juris*, em síntese, pela plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretende a segurança.

No que toca ao *periculum in mora*, há de se vislumbrar um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte.

CALAMANDREI, mestre italiano do direito processual, quando se reporta à natureza jurídica da medida liminar, deixa evidente que essa se encontra exatamente na medida cautelar como provimento provisório judicial, que antecipa a decisão da lide, ainda que carente de ratificação ou revogação subsequente dada pela sentença de mérito.

Destarte, passa-se ao juízo dos pressupostos da medida liminar pleiteada, com base na análise realizada pelos auditores deste Tribunal.

No presente caso, consoante se extrai das conclusões sopesadas através da **Manifestação Técnica de Cautelar nº. 00102/2023**, em acertada fundamentação, concluíram os técnicos desta Corte que os requisitos para sua autorização, quais sejam, aqueles previstos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Res. 261/13, teriam sido preenchidos, uma vez que, no caso dos autos, as provas juntadas teriam sido capazes de atender aos requisitos pertinentes ao instituto.

Dito isto, entendo pertinente transcrever parte dos fundamentos de fato e de direito delineados naquela peça técnica a fim de deixar evidente o preenchimento dos requisitos autorizadores, senão vejamos:

(....)

Alega que os Itens no Edital são demasiadamente descritivos o que os tornam restritivos. Que as descrições dos itens não devem ser excessivas a ponto de impossibilitar a competitividade. Alerta que o Edital (TR) não traz qualquer previsão de tolerância aceitável, tratando-se de medidas extremamente específicas, e, portanto, restritivas a competitividade. Registra que muito embora seja de notório conhecimento que o objeto licitado possui normas e diretrizes a serem seguidas quando de sua produção, o mesmo não pode ser dito acerca das medidas utilizadas pelas fabricantes. Nesse sentido, a determinação de medidas precisas, sem qualquer critério de tolerância, restringe, sobejamente, o universo de pretensos licitantes. Ainda no campo da Lei nº 8.666, o § 5º de seu art. 7º veda, expressamente, a realização de certames cujo objeto inclua bens sem similaridades:

(....)

Neste caso, o Edital desrespeita importantíssimo dispositivo da Lei de Licitações: o art. 3º, caput, §1º, II, que proíbe os agentes públicos de admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, motivo pelo qual uma vez mais, é imperiosa a alteração das especificações dos itens licitados, a fim de que seja determinado um critério de tolerância e aceitabilidade de produtos similares aos pretendidos pela Administração.

(....)

A tentativa de desqualificação da Representante se mostra inadequada e inoportuna. O que se reportou foi que os itens foram demasiadamente descritivos e não trazem tolerância aceitável. E, em tática de ataque, o jurisdicionado alega que a subscritora da peça de Representação, uma advogada, não teria conhecimento “jurídico” (sic) e de aplicação da lei de licitações. Com todas as vênias, se os documentos relacionados com o procedimento para licitação tratar-se de cópia dos autos administrativos (peças complementares 11 a 13) é preciso repensar as ações que têm sido praticadas no âmbito dos jurisdicionados. Aliás, cabe um registro que o PRODNORTE tem sido (ou tentado ser) titular de milionárias Atas de Registro de Preços. Com todo cuidado que se deve ter em relação aos consórcios e as atas de registro de preços, as quais, inclusive, devem ser incentivados, tratam-se de expedientes com potencial imenso para abarcar a nefasta corrupção. Não se afirma ser o caso deste procedimento, no entanto, não se pode fechar os olhos para as possibilidades. Trata-se, no caso concreto, de um procedimento licitatório envolvendo diversos municípios (refere-se à um consórcio), e que conforme estabelecido e demonstrado anteriormente, há uma gama de informações acerca do objeto, que se transmutam em seu detalhamento excessivo (ou sem as devidas motivações).

O primeiro passo de um procedimento licitatório, no geral (raras exceções) é o Estudo Técnico Preliminar - ETP, o que neste caso (tendo os eventos eletrônicos 11 a 13 como cópia do processo), não se demonstra existir.

A partir dele, ETP, origina-se o Termo de Referência, bem como os demais artefatos (Projeto básico, p.e.). Chega a ser impertinente, inclusive para procuradores dos diversos municípios envolvidos com o consórcio PRODNORTE, que este afirme desconhecimento por parte de advogada representante e apresente como Termo de referência o documento que se apresentou (fls. 13 a 79 do Evento 11). Em verdade, um documento que apresenta dados do objeto e nada mais. É obrigação do jurisdicionado (licitante), motivar e justificar todos os fatos relacionados ao procedimento. Alegação vazia e sem detalhamentos de suporte, sem avaliação das opções disponíveis, entre outros, não passam de narrativas.

É preciso demonstrar a vantajosidade para o caminho adotado e, principalmente, para as exigências. Não há um único documento originado de qualquer um dos consorciados amparando a “dita” necessidade específica daqueles. O jurisdicionado (consórcio) detalhou, descreveu pormenorizadamente os itens do edital, e entre as alegações traz ideia de estar no poder discricionário da administração, o que se deve rechaçar, haja vista que, antes de qualquer opção, deve estar o interesse público, sempre. Também a mensagem de que objeto deveria ser padronizado não é comprovada, visto que não existe nenhum documento originado de secretarias dos municípios consorciados demonstrando a necessidade daqueles.

Além disto, **há um potencial elevado de que se trate de registro inverídico, visto que, a realidade e necessidades dos jurisdicionados, por exemplo, São Mateus e Vila Pavão, em momento algum se demonstraram idênticas.**

Ou seja, como se trata de um consórcio público, para o registro de ARP em valores extremamente volumosos, que atende a diversos municípios participantes, é imperioso que os autos administrativos estejam formalizados com justificativas e demonstrações cabais da necessidade dos produtos e daquelas especificações, de forma individualizada. Portanto, aparentemente, há uma personalização do objeto que, inclusive, torna duvidoso tratar-se de um objeto comum, que a doutrina e jurisprudência vem nomeando de “produto de prateleira”.

Assim é que, por este aspecto, o Pregão Eletrônico em questão, relacionado à este subitem, deve-se reconhecer a fumaça do direito, e a suspensão ser determinada. Ou seja, reconhece-se o (imotivado) excesso de detalhamento do objeto, devendo, portanto, que, nos autos administrativo, haja justificativa e demonstração de que aqueles detalhes são necessários e pertinentes a todos os consorciados. Ademais, é uma prática tratada na legislação, e o excesso de detalhamento das especificações do objeto, por vezes tem o condão de limitar a competitividade do certame, infringindo o inciso II do art. 3º da Lei 10.520/02:

(...)

A equipe técnica desta Corte prossegue com a fundamentação através dos seguintes tópicos: 3.1.1.1 – AUSÊNCIA DE INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO (ETP, PROJETO BÁSICO, TERMO DE REFERÊNCIA); 3.1.1.2 – NÃO JUSTIFICATIVA PARA LICITAÇÃO POR LOTES CONTENDO VÁRIOS ITENS E SUA INCOMPATIBILIDADE COM REGISTRO DE PREÇOS; 3.1.2 – DA INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE PRIORIDADE NA AQUISIÇÃO DAS COTAS RESERVADAS; 3.1.3 – DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA E DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA SUA ACEITAÇÃO - SÚMULA 263 DO TCU; 3.1.4 – DA ILEGAL EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL MOBILIÁRIA E IMOBILIÁRIA PERANTE A FAZENDA MUNICIPAL; 3.1.5 – DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS - ANÁLISE DA AMOSTRA; 3.1.6 – DO PRAZO EXÍGUO PARA A APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS; 3.1.7 – VEDAÇÃO INJUSTIFICADA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO; 3.1.8 – DA ILEGAL EXIGÊNCIA DE VALIDADE DOS LAUDOS DE CAPACIDADE TÉCNICA; 3.1.9 – DA EXCESSIVA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE LAUDO DE NÉVOA SALINA.

Ao final, a análise de todos estes itens permitem antever que as alegações contidas na exordial demonstram o preenchimento dos requisitos autorizadores da cautelar pretendida, de modo que a verossimilhança das alegações e o perigo da demora restam, neste momento, devidamente caracterizados.

Ao final, concluem os auditores nos seguintes termos:

Os autos cuidam de Representação face ao Pregão Eletrônico 005/2023 do Consórcio Público PRODNORTE, em que é solicitado Medida Cautelar por sua suspensão face a notícias de irregularidades.

Antes de qualquer manifestação (alega, ter sido antes mesmo do recebimento da Representação nesta Corte), o Jurisdicionado procedeu e encaminhou documentação com informação que subsidiam a análise nesta peça.

Constatou-se a presença dos elementos ensejadores da Medida Cautelar, isto é, o perigo em demorar com decisão e, neste interim, o procedimento ser concluído e, especialmente, a probabilidade de ocorrência do direito relacionado com o excesso (imotivado) de detalhamento do objeto (descrição restritiva), ausência injustificada de cláusula de reserva de cotas para micro e pequenas empresas, inconsistências na exigência de atestados de capacidade técnica, exigência de certidão negativa de tributos imobiliários (municipal), ausência de critérios para análise amostral, prazo injustificado para apresentação de bens amostrais, vedação injustificada de participação de empresas em consórcio na licitação (registra-se, com base em precedente do Tribunal e não comungada pelo subscritor), exigência de laudos (certificados) facultativos e sem amparo legal e sem justificativas, agravado por ser em fase anterior ao certame (junto a

proposta comercial), além de, injustificada aglomeração de itens em lotes, e, principalmente, ausência de elementos de planejamento para o Pregão em discussão (contamina todos demais atos desde sua origem).

Ademais, há previsão de homologação da ARP em lotes, porém, admitindo-se adesão por não participantes do certame (caronas) em itens individualizados, potencializando risco de vir a ser realizada contratação de item com valor acima do apurado no próprio certame (item de menor valor, porém, suplantado pelo preço global do lote).

Portanto, entende-se presente todos os elementos necessários para expedição de medida cautelar pela suspensão do Pregão Eletrônico 005/2023 do consórcio PRODNORTE até Decisão derradeira desta Corte de Contas

Diante de tudo o que fora exposto, ao me debruçar sobre as supostas irregularidades suscitadas, contrapondo-se as justificativas dos responsáveis com a análise técnica, entendo que razão assiste a equipe técnica, de modo que decido pela concessão da medida cautelar pleiteada, sem a necessidade de maiores esclarecimentos a fim de evitar repetições desnecessárias.

Com efeito, em consonância com o dispositivo regimental citado, manifesto-me pela ratificação da Decisão Monocrática 01122/2023, resguardando-se, assim, a sua eficácia.

Ante o exposto, considerando presentes todos os requisitos necessários ao deferimento da medida cautelar, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Sérgio Manoel Nader Borges

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-2152/2023-4

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. RATIFICAR o deferimento da medida cautelar, constante da Decisão Monocrática nº.01122/2023, pelos seus próprios termos, frente ao estabelecido no do art. 124, parágrafo único da LC 621/2012 na forma do art. 376, parágrafo único do RITCEES.

1.2. CIENTIFICAR o Representante acerca desta decisão, nos termos do artigo 307, § 7º do RITCEES;

2. Unânime

3. Data da Sessão: 02/08/2023 – 29ª 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