



Acórdão 01106/2023-2 - Plenário

Processo: 09430/2022-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: PENHA DE SOUZA JAMARIQUELI COMERCIOS E SERVICOS DE TELECOMUNICACAO LTDA

Responsável: JORGE AUGUSTO BARCELOS MEIRELES, CARLOS RENATO MARTINS, WESLEY CARLOS BARBOSA DA SILVA MULLER

Terceiro interessado: DINAMICA TELECOMUNICACOES LTDA

Procurador: EMERSON DA COSTA LINHARES (OAB: 8988-ES)

PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIACICA – PREGÃO ELETRÔNICO Nº 112/2022 – RATIFICAR REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR – JULGAR PROCEDENTE – NÃO APLICAR MULTA PECUNIÁRIA INDIVIDUAL – DETERMINAR – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

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

1. RELATÓRIO

Trata-se de Representação apresentada em 03/11/2022, relatando fatos ocorridos no Pregão Eletrônico nº 112/2022, processo administrativo nº 20.793/2022, da Prefeitura Municipal de Cariacica, cujo objeto é [...] *o registro de preços para a provável contratação de empresa prestadora de serviços de transmissão de dados e telecomunicações, incluindo a instalação, manutenção de rede de fibra óptica e prestação de serviços técnicos de suporte [...].*

Em síntese, a Representante alega ter sido transgredido, no caso concreto, o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, bem como o princípio da economicidade e da supremacia do interesse público, em decorrência

de sua desclassificação, perpetrada, no seu entender, por razões de excesso de formalismo, violando-se, dessa forma, o procedimento licitatório.

Diante da suposta ocorrência de irregularidades apontadas na peça inaugural, a Representante requer o deferimento da medida cautelar nos seguintes termos:

[...] seja concedida medida cautelar determinando a imediata suspensão do andamento do Pregão Eletrônico nº 112/2022, que caminha a passos largos para a sua homologação e adjudicação, junto à Prefeitura Municipal de Cariacica/ES; [...]

Por meio da Decisão Monocrática 01159/2022-6, de 08/11/2022 (evento 16), foi determinada a notificação do Sr. Euclério de Azevedo Sampaio Júnior, Prefeito Municipal; do Sr. Jorge Augusto Barcelos Meireles, Pregoeiro, para que se manifestassem, sobre as supostas irregularidades apontadas, bem como fosse encaminhada cópia do processo administrativo nº 20.793/2022. Conforme as certidões que constam dos documentos 20 e 22, as notificações foram levadas a efeito em 11/11/2022.

Devidamente notificados, os responsáveis encaminharam, tempestivamente, suas justificativas (eventos 23 e 27), em 21/11/2022, acompanhadas da documentação solicitada.

Remetidos os autos para o Núcleo de Controle Externo de Edificações – NED, foi apresentada a Manifestação Técnica de Cautelar 167/2022-9, em 14/12/2022, na qual, em síntese, a área técnica opina nos seguintes termos:

[...]

6 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Presentes os requisitos de admissibilidade bem como os pressupostos para concessão de medida cautelar, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

- Em atenção ao artigo 376, caput e 377, inciso I do Regimento Interno desta Corte, **a determinação à autoridade competente para que suspenda cautelarmente** qualquer ato relacionado ou contrato decorrente do Pregão Eletrônico 112/2022 ou ato que dele se originar até ulterior decisão de mérito;

- Em atenção ao artigo 307, §3º, a **notificação à autoridade competente, para que se pronuncie**, no prazo de 10 dias;

[...]

Tal manifestação foi condutora para a Decisão Monocrática 1/2023-5 (evento 38), de 03/01/2023, que conheceu da representação e concedeu medida cautelar determinando aos “[...] responsáveis promoverem a imediata suspensão de qualquer ato ou eventual contrato decorrente do Pregão Eletrônico 112/2022, até posterior deliberação deste Tribunal de Contas nos autos deste processo”. Tal Decisão veio a ser ratificada em Plenário pela Decisão 11/2023-9 (evento 64), em 02/02/2023.

Adicionalmente, a Decisão Monocrática 00001/2023-5 (evento 38) pugnou por:

- b) Notificar** os responsáveis, para que cumpram a presente decisão, deem publicidade à suspensão, comprovem o cumprimento integral da determinação a esta Corte, **no prazo de 5 (cinco) dias**, nos termos do artigo 307, §4º do RITCEES, bem como encaminhem os esclarecimentos e documentos que julgarem necessários à elucidação dos indícios de irregularidade representados, **no prazo de 10 (dez) dias**, observando o disposto no art. 307, §3º, do RITCEES;
- c) Admitir** a empresa Dinâmica Telecomunicações LTDA. como terceira interessada, nos termos do art. 294, §1º da Resolução TC 261/2013, ofertando-lhe o prazo de **10 (dez) dias** para que, caso queira, se manifeste no presente processo, na forma do art. 294, §5º, também da Resolução TC 261/2013;

Conforme os documentos 42, 44 e 46, as partes, Dinâmica Telecom – terceira interessada e os Srs. Carlos Renato Martins – Secretário Municipal de Finanças e Jorge Augusto Barcelos Meireles – Pregoeiro, foram notificadas em 06/01/2023, vindo a encaminhar as suas justificativas em 18/01/2023 (eventos 53 e 54).

Anteriormente, porém, em 10/01/2023, o Procurador Geral do Município de Cariacica requereu “a *reconsideração da decisão concessiva da medida cautelar, a fim de se permitir a continuidade da execução dos contratos em curso, até o julgamento final de mérito*” (evento 48), informando que:

Respeitosamente, conforme será demonstrado, improcede a alegação de ocorrência de irregularidade, sendo que a paralisação do procedimento, no

caso concreto, trará prejuízos imensuráveis ao Município de Cariacica, uma vez que **a ata de registro de preços já se encontra com fornecimento em andamento e a sua rede de fibra ótica é o único pelo pelo (sic) qual pode se manter em funcionamento mais de 200 equipamentos públicos dotados de cerca de 5.000 componentes entre impressoras, scanners e computadores, os quais atendem, inclusive serviços essencialíssimos como saúde e educação.**

Tal requerimento veio a ser reiterado no evento 70, de 09/02/2023, invocando o perigo de dano inverso, pelo argumento de que a *“contratação discutida na presente via encontra-se em plena execução, atendendo o acesso por fibra ótica em serviços essenciais, notadamente saúde e execução”*. Seguiram-se novos documentos e pedido do Município de Cariacica pela reconsideração da decisão.

Após análise dos autos, a área técnica expediu a Instrução Técnica Inicial 00032/2023-1 (evento 74), pela qual identifica a inconsistência no parecer técnico que orientou a desclassificação da representante, uma vez que outra exigência de habilitação contida no termo de referência deixou de ser atendida por ambas as empresas, mas nem por isso houve qualquer ressalva no parecer do analista técnico consultado pelo pregoeiro. Pelo critério de observância estrita do edital, que orientou a decisão do pregoeiro, ambas deveriam ter sido inabilitadas, mas ao se valerem de critérios distintos para inabilitar uma empresa e manter outra no certame, afetou-se a competitividade da licitação.

Por conta de tal fato, foi proposta a citação do Pregoeiro e do Gerente de Tecnologia da Informação por afronta aos princípios do formalismo moderado e da competitividade.

Os responsáveis foram devidamente citados, enquanto a empresa terceira interessada foi notificada, vindo a apresentar as suas defesas e informações pelas Defesa/Justificativa 00480/2023-1 e Defesa/Justificativa 00524/2023-1 (evento 86 e 88).

Posteriormente, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Edificações – NED, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva 1703/2023-5, propondo o seguinte:

[...]

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

4.1. **REVOGAR** a medida cautelar concedida pela Decisão Monocrática 00001/2023- 5, referendada pela Decisão 00011/2023-9 – Plenário;

4.2. **REJEITAR** as razões de justificativas dos senhores Jorge Augusto Barcelos Meireles e Wesley Carlos Barbosa da Silva Muller, em razão do cometimento da infração disposta no item 3.1 da Instrução Técnica Inicial 00032-2023-1, aplicando-lhes multa, com base no art. 135, incisos II e III, LC 621/2012, na medida da sua culpabilidade; e

4.3. **REJEITAR** as razões de justificativas do Senhor Jorge Augusto Barcelos Meireles, em razão do cometimento da infração disposta no item 3.2 da Instrução Técnica Inicial 00032-2023-1, aplicando-lhe multa, com base no art. 135, incisos II e III, LC 621/2012, na medida da sua culpabilidade.

O Ministério Público de Contas manifestou-se por meio do Parecer 4763/2023-2, opinando nos seguintes termos:

[...]

3 – CONCLUSÃO

Ante o exposto, pugna o **Ministério Público de Contas**:

3.1 – pelo conhecimento da representação, nos termos dos arts. 94, 100 e 101, parágrafo único, da LC n. 621/2012;

3.2 – no mérito, comprovada a prática de graves infrações à norma legal, seja julgada procedente a representação, na forma do art. 95, inciso II, da LC n. 621/2012, com conseqüente aplicação de multa pecuniária a Jorge Augusto Barcelos Meireles e Wesley Carlos Barbosa da Silva Muller, nos termos do art. 135, inciso II, do indigitado estatuto legal;

3.3 – nos termos do art. 71, incisos X e XI, da Constituição Federal, seja assinalado prazo para que a prefeitura de Cariacica anule o contrato administrativo, bem como realize nova licitação, sob pena de, se não o fizer, sustar o ato e comunicar à Câmara Municipal.

Conclusos os autos, por meio da DECM 1563/2023-1, antes da apreciação meritória, em consonância com a ITC 1703/2023-5, foi proferida a seguinte decisão:

[...]

3. DECISÃO

Ante o exposto, **DECIDO** da seguinte forma:

- a) **Revogar** a medida cautelar concedida mediante a Decisão Monocrática 1/2023-5 e referendada pela Decisão 11/2023-9 – Plenário, na forma dos argumentos firmados na ITC 1703/2023-5;
- b) **Dar ciência** aos interessados e ao Ministério Público de Contas;
- c) Após, **retornar os autos** a este gabinete para julgamento do mérito.

Após, retornaram os autos ao gabinete.

É o breve relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DAS PRELIMINARES

2.1.1. DO INTERESSE SUBJETIVO

Alega a empresa Dinâmica Telecomunicações que a Representação proposta inicialmente pela Representante corresponderia a recurso impróprio para a defesa do seu interesse particular, o que atentaria contra a legislação de regência deste Tribunal de Contas, que veda a tutela de interesses privados.

Sobre isso, acompanho o entendimento da área técnica, contido na ITC 1703/2023-5, que reafirma a competência da Corte de Contas para apreciação do caso em tela, haja vista a existência e identificação do interesse público, consubstanciado na busca da obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública em meio a realização do Pregão Eletrônico nº 112/2022, processo administrativo nº 20.793/2022, da Prefeitura Municipal de Cariacica.

Logo, rejeito a preliminar arguida.

2.1.2. DA PRECLUSÃO CONSUMATIVA

A empresa Dinâmica Telecomunicações, preliminarmente, ainda indica a ocorrência de preclusão consumativa, por ausência de recurso administrativo da Representante junto às instâncias municipais de Cariacica, optando por se socorrer do Tribunal de Contas.

Também quanto a este ponto, não merece prosperar a argumentação trazida pela terceira interessada, porquanto na legislação que rege este Tribunal de Contas inexistente previsão sobre a necessidade de esgotamento da instância administrativa para ter matéria submetida à sua apreciação.

Ademais, conforme salientado na ITC 1703/2023-5, não há jurisprudência que sustente a alegação feita pela referida empresa.

Dessa maneira, rejeito a preliminar arguida.

2.2. DO MÉRITO

2.2.1. DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO

Analisando o acerto processual, verifico que no exame feito na ITI 32/2023-1 veio a se identificar a inconsistência no parecer técnico que orientou a desclassificação da representante, visto que a análise se deteve apenas sobre o item 9.2.10, não estando evidente a razão de ser desconsiderada a verificação de cumprimento do item 9.1, uma outra exigência de habilitação contida no termo de referência que deixou de ser atendida por ambas as empresas, mas nem por isso houve qualquer ressalva no parecer do analista técnico consultado pelo pregoeiro.

De acordo com a aludida ITI, pelo critério de observância estrita do edital, que foi seguido pelo pregoeiro, ambas as licitantes deveriam ter sido inabilitadas, mas os

responsáveis se valerem de critérios distintos para inabilitar uma empresa e manter a outra no certame.

Essa impressão inicial é confirmada, após a verificação das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, bem como pela terceira interessada.

De fato, não foram trazidos aos autos quaisquer elementos fáticos ou jurídicos essencialmente relevantes para justificar a postura adotada pelos responsáveis, que diante do não cumprimento de itens distintos do edital, mas com idênticas consequências em caso de não atendimento pelos licitantes (vale dizer, os itens 9.1 e 9.2.10), optaram por desclassificar a Representante, mas, de modo não igualitário, não desclassificar a empresa que não atendeu à exigência contida no item 9.1.

A meu ver, a conduta acima indicada afronta ao princípio da isonomia, preconizado no *caput*, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993.

Da mesma forma, há a violação ao princípio do formalismo moderado, pois a falha invocada para a desclassificação da Representante poderia ser suprida com a realização de diligência simples, voltada a oportunizar à licitante a apresentação do documento autodeclaratório demandado pelo edital.

Nesse sentido, é possível supor que a tomada da providência acima elevaria a possibilidade da realização de uma contratação mais vantajosa para a administração.

Não obstante, entendo que a conduta do pregoeiro e do gerente de tecnologia da informação não necessariamente tenha decorrido de um agir com dolo ou com culpa grave, também denominada de erro grosseiro, conforme aponta a ITI 32/2023-1, visto que a classificação da empresa Dinâmica Comunicações LTDA., em conformidade com as justificativas apresentadas, se deu em função do aparente atendimento da regra editalícia prevista no item 9.1, com base em documentos referentes a procedimento licitatório realizado no âmbito do município de Vila Velha que, mesmo de alguns anos atrás, indicavam o cumprimento da exigência.

Com efeito, pelas razões acima, mantenho a irregularidade, todavia, divergindo parcialmente da área técnica e do Ministério Público de Contas, deixo de aplicar multa aos responsáveis, por entender ser medida suficiente a determinação ao jurisdicionado para que em certames licitatórios futuros, diante da mera não

apresentação de documento de natureza autodeclaratória por quaisquer dos licitantes, promova as diligências necessárias para o seu suprimento, em atenção aos princípios da vantajosidade e da economicidade.

2.2.2. DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

Noto, ainda, que no exame feito na ITI 32/2023-1 veio a se identificar que a mesma irregularidade abordada no tópico anterior, concernente à classificação da empresa Dinâmica Telecomunicações Ltda. em certame licitatório, deixando de observar exigência contida no termo de Referência, de natureza idêntica à que foi considerada para desclassificar a primeira empresa, teria prejudicado a competitividade do prego.

A respeito disso, faço alusão à fundamentação erigida no item acima, para, de modo complementar, reafirmar que a conduta salientada pela área técnica, neste indicativo de irregularidade atribuído exclusivamente ao pregoeiro, de fato revela a irregularidade da conduta, já que inegável a majoração da possibilidade de o certame ter sido prejudicado em sua competitividade e, conseqüentemente, na vantajosidade da proposta vencedora.

No entanto, deve-se ressaltar que não estão demonstrados nos autos os elementos necessários para a conclusão de que a conduta perpetrada pelo responsável tenha decorrido de um agir doloso ou com culpa grave.

Por tais motivos, de modo coerente com a análise do indicativo de irregularidade inicialmente examinado, mantenho a irregularidade, submetendo o jurisdicionado à determinação exposta no item 2.2.1 deste voto, porém afasto a responsabilização proposta em desfavor do responsável.

Ante todo o exposto, acompanho parcialmente¹ o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

¹ Divergência em relação à aplicação de multa pecuniária individual.

1. ACÓRDÃO TC-01106/2023-2:

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

1.1 Ratificar a revogação da medida cautelar, conforme Decisão Monocrática 1563/2023-1, pelos seus próprios termos;

1.2. Julgar procedente a Representação, nos termos dos arts. 95, inciso II c/c art. 101, parágrafo único da LC 621/2012, e art.178, inciso II c/c art. 186 da Resolução TC 261/2013, no entanto **sem aplicar multa pecuniária individual** aos responsáveis, pelas razões expostas na fundamentação da decisão;

1.3. Determinar à Prefeitura Municipal de Cariacica que em procedimentos licitatórios futuros, diante da mera não apresentação de documento de natureza autodeclaratória por quaisquer dos licitantes, promova as diligências necessárias para o seu suprimento, em atenção aos princípios da vantajosidade e da economicidade;

1.4. Dar ciência à Representante acerca do teor desta decisão;

1.5. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 30/11/2023 - 59ª 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.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

Secretário-geral das Sessões