



Decisão 00567/2024-6 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 07432/2023-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Serra

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: SHELBY ASSESSORIA E SERVICOS TERCEIRIZADOS LTDA

Responsável: FERNANDA COIMBRA MOTA DA SILVA, ENIVALDO DIAS PEREIRA,
ANTONIO SERGIO ALVES VIDIGAL, EMILIANO COUTINHO RICAS

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO CAUTELAR – POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO – NÃO EXISTÊNCIA DO PERICULUM IN MORA E DO FUMUS BONI IURIS – INDEFERIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR – CONTINUAÇÃO EM RITO ORDINÁRIO – DAR CIÊNCIA

Para a concessão de qualquer pedido cautelar, é necessário a comprovação, em conjunto, dos requisitos previstos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Res. 261/13, quais sejam, inciso I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio (fumus boni iuris); e inciso II - risco de ineficácia da decisão de mérito (periculum in mora).

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

1. RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Representação, com pedido de concessão de medida cautelar, formulada pela SHELBY ASSESSORIA E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 21.870.897/0001-84, narrando possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 072/2023, realizado pela Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura Municipal de Serra – SESA/PMS,

cujo o objeto é a “contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviço de Transporte Sanitário e remoções para atender os serviços de urgência sendo ambulâncias tipo A, tipo 8, Vans e Veículos de 7 lugares para atender aos pacientes do município da Serra.”

Na peça exordial, o Representante aponta possíveis ilegalidades no edital que se consubstanciarão em direcionamento do certame, violando princípios constitucionais e administrativos e a Lei nº 8.666/93, na medida em que restringiriam a competitividade do certame.

Pelos fatos trazidos à discussão, a empresa ora representante, ao final, pugna , pela suspensão do processo licitatório regido pelo Edital de Pregão Eletrônico nº 072/2023, pelo reconhecimento da nulidade total do edital e pela condenação dos responsáveis nas cominações legais.

Os presentes autos foram autuados em 23/11/2023, e movimentados para este gabinete que deliberou, consoante Decisão Monocrática nº 01695/2023-4 (evento eletrônico 05) por conhecer e notificar os agentes públicos responsáveis para se manifestarem sobre os fatos representados.

Após competente notificação, em resposta, os agentes públicos encaminharam a este TCEES suas justificativas, consoante documentação acostada aos presentes autos (eventos eletrônicos nº 12 a 19).

Sendo a referida documentação juntada aos autos, os mesmos foram movimentados ao Núcleo de Outras Fiscalizações para análise e manifestação, a qual foi feita por meio da Manifestação Técnica n. 04184/2023-8 (evento eletrônico 25), concluindo o que segue:

- 4.1 – Indeferir a medida cautelar, visto que não restaram demonstrados os requisitos gerais autorizadores para sua concessão;
- 4.2 – Determinar que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES.
- 4.3 – Notificar a Secretária de Saúde do Município da Serra, Sra. Fernanda Coimbra Mota da Silva, para que, no prazo a ser estipulado, informe quais

providências foram adotadas quanto às contestações ao edital, encaminhando, ainda, a esta Corte de Contas, o edital republicado com as alterações que forem promovidas.

Conclusão que foi ratificada pelo Ministério Público de Contas por meio da Manifestação n. 00026/2024-3 (evento eletrônico 28).

É o Relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Passo agora à fundamentação jurídica, principalmente no que diz respeito ao pedido cautelar feito pela empresa ora representante.

O artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Res. 261/13, traz em seu bojo os pressupostos para a concessão de cautelar, senão vejamos:

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 (Redação dada pela Emenda Regimental n° 010, de 26.3.2019)

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

O referido inciso I trata do juízo de probabilidade de existência do direito, o também chamado “fumus boni iuris” ou fumaça do bom direito.

Já o inciso II, trata da impossibilidade de espera para o julgamento quanto a procedência ou improcedência da representação, conhecido como “periculum in mora” ou perigo da demora.

Os dois são pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada: I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio (fumus boni iuris); e II - risco de ineficácia da decisão de mérito (periculum in mora).

Portanto, para o deferimento da medida ora pleiteada, é preciso o preenchimento simultâneo dos dois requisitos.

Dessa forma, inicialmente se faz necessário análise do fumus boni iuris para cada uma das contestações trazidas pela empresa ora representante.

Inicialmente, cumpre destacar que as contestações da Representante se referem ao primeiro edital (publicado em 31/08/2023), em parte já sanadas pela administração com nova publicação do documento (republicado em 01/11/2023). Assim dispõe a Secretaria de Saúde, senão vejamos:

Da análise dos fatos narrados na denúncia [representação], observa-se que a empresa denunciante [representante] traz informações equivocadas no que diz respeito ao Edital do Pregão Eletrônico nº 072/2023. De fato, o Edital publicado em 21/09/2023, traz as exigências de 'G1 a G7', no entanto tal instrumento foi retificado e republicado em 01/11/2023, sendo os itens em questão devidamente suprimidos, passando a constar 'G1 a G5'.

Com relação aos itens acima transcritos, a representante alegou ilegalidade nas alíneas G.1 a G.7 do item 16.36 (Qualificação Técnica) do edital. Porém, os itens G.3 e G.4 foram retirados na nova publicação, o que afasta a análise sobre esses itens. Por outro lado, ao contrário do alegado pela Secretaria, os demais itens não sofreram alteração, apesar de renumerados. Desse modo, devem ser analisados os itens G.1 a G.5 da nova publicação, que dispõem o seguinte:

G) Para que a Prefeitura Municipal da Serra se resguarde da garantia e qualidade dos veículos a serem fornecidos para a prestação dos serviços, Ambulâncias tipo B, a empresa proponente deverá anexar, junto com a proposta comercial, os seguintes documentos:

- G.1) Laudo de empresa fabricante regulamentada, vinculada também com a empresa fornecedora e a licitante, que os materiais da composição da cabine e carroceria das ambulâncias estão em conformidade com a Resolução nº 498, de 29 de julho de 2014 do Contran e a norma JIZ 2801 :2000 (antimicrobiano) em sua composição;
- G.2) Laudo de ensaio em nome da empresa que irá fazer a transformação nos bancos da ambulância;
- G.3) Certidão de adequação e legislação do trânsito (CAT), emitida pelo DENATRAN, referente a marca e modelo do veículo ofertado, da empresa responsável pela transformação do veículo furgão em ambulância;
- G.4) Certidão de registro de pessoa física e jurídica (engenheiro mecânico responsável pela empresa transformadora do veículo furgão em ambulância);
- G.5) Atestado de Capacidade Técnica da empresa que fará a transformação do veículo furgão em ambulância, emitido por Órgãos público ou Privado.

Assim, nos parece razoável a exigência de laudos e certidões que atestem a qualidade da transformação de veículo furgão em ambulância, tendo em vista a alta criticidade do serviço de transporte dos enfermos e normas regulamentadoras do DENATRAN. Isso, contudo, não dispensa futura análise técnica mais aprofundada a ser realizada no julgamento de mérito. Porém, afastar-se-ia, em sede de cautelar, o *fumus boni iuris* para os itens G.1 a G.5.

A representante também apontou ilegalidade nas alíneas f e f.1 do item 13 (do Preenchimento da Proposta) e no item 1.4.3.1 do termo de referência (da Base Operacional), reproduzidos abaixo:

- f) É facultado ao Pregoeiro realizar diligências, inclusive visita técnica, acompanhado ou não de técnico, para verificação da adequabilidade da proposta com o objeto licitado.
 - f.1) Para cumprimento do que acima está previsto o arrematante será convidado a apresentar o endereço de sua sede ou depósitos no prazo máximo de 24 horas. Em não havendo o cumprimento do prazo estipulado e no caso de divergência entre o relatório decorrente desta diligência e a especificação do Edital e seus anexos, a proposta será desclassificada (...)
- 1.4.3. Da Base Operacional:
- 1.4.3.1. a empresa deverá disponibilizar base própria no município, após 30 dias do início da vigência do contrato, que deverá ser equipada com radio

operadores e centro de controle operacional - CCO 24 horas para contato com a central de regulação da SESA, além de telefone celular local 027 específico para a comunicação, e-mail, para interação entre a Central de Regulação SESA e a Central da Empresa CONTRATADA.

Dessa forma, com relação à autorização para o pregoeiro realizar diligências, inclusive visita técnica, para verificar a adequabilidade da proposta (alíneas f e f.1), a representante alega direcionamento para os licitantes sediados no município. Porém, deve-se destacar que o item f.2 estabelece que o custo do deslocamento do pregoeiro correrá à conta do Município, e não dos licitantes, conforme excerto a seguir:

“f.2) As despesas/custos decorrentes da diligência correrão às expensas, exclusivamente, do Município.”

Ou seja, mesmo que um licitante tenha a sua base fora do Município da Serra, não terá qualquer prejuízo como acima fundamentado e, caso seja contratada, terá um prazo para a instalação de uma base no mesmo, sob risco de restrição geográfica da competitividade do certame.

Logo, ainda que a alínea f.1 exija a indicação, pelo arrematante, da sede ou locais de depósitos, certo é que isso não significa o local da prestação do serviço, mas tão somente a sede da arrematante para eventual averiguação de capacidade técnica.

Portanto, não há que se falar em possível interpretação dessa alínea para restringir a competitividade da licitação.

Por outro lado, a representante alegou inconsistência do prazo de 30 dias no item 1.4.3.1 (da Base Operacional), visto que a Secretaria, em resposta a impugnações do edital, afirmou que o prazo será de 50 dias. Porém, a Secretaria afirmou que o aumentará de 30 para 50 dias, no termo de referência, em atendimento às impugnações que recebeu. Diante da intenção da Secretaria em corrigir a inconsistência, vê-se, por conseguinte, que não há também aqui o *fumus boni iuris*.

Por fim, sobre o periculum in mora, entende-se que não restou comprovado o requisito geral autorizador da tutela antecipada. Cenário informado pela própria Secretaria Municipal de Saúde do Município, o certame encontra-se suspenso para a correção em sede administrativa de pontos guerreados pela representante, senão vejamos:

Desta forma, as alegações trazidas, além de equivocadas, já foram objetos de retificação quando da nova publicação do Edital, o qual encontra-se suspenso, conforme aviso de suspensão ora anexado.”

[...]

Não obstante, com o retorno do procedimento licitatório, o Edital contará com as correções e adequações necessárias à regular tramitação do Pregão Eletrônico 072/2023.

Logo, uma vez que o certame foi suspenso pela Secretaria frente a impugnações administrativas, e a própria Secretaria alega que corrigirá os pontos necessários, não há de fato risco potencial de ineficácia de futura decisão de mérito. Além disso, este Tribunal já decidiu que tal situação tem o condão de afastar o periculum in mora, senão vejamos:

Tratam os autos de REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR (...) em face do Município de Itapemirim/ES, em que alega irregularidade no Edital de Concorrência Pública nº 001/2022, cujo objeto é a contratação de empresa

especializada na elaboração e implantação do projeto de desenvolvimento econômico da gestão urbana e do projeto de execução da regularização urbanística e fundiária – REURB-S, (...).

(...) 2.2. PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR:

(...) mostra-se possível e cabível a concessão de medida cautelar expedida por este Egrégio Tribunal de Contas, porém, a sua concessão passa pelo exame dos requisitos autorizadores, quais sejam o fumus boni juris (fumaça do bom direito) e o periculum in mora (perigo da demora).

(...) Conforme informações apresentadas pelos representados, a licitação encontra-se suspensa(...).

(...) Esta Corte já proferiu decisão na qual se entendeu que a suspensão afasta o periculum in mora no caso concreto.

(...) Desse modo, filio-me ao entendimento esposado pela Área Técnica, nos termos da Manifestação Técnica de Cautelar nº 00060/2022-4, quanto ao indeferimento do pleito cautelar, bem como pelo prosseguimento do feito em rito ordinário, tendo em vista a ausência dos requisitos autorizadores da prolação de medidas cautelares por esta Corte, notadamente ante a suspensão do procedimento licitatório.

(TCE-ES. Controle Externo > Fiscalização > Representação. Decisão 01520/2022-5. Processo TC 01865/2022-6. Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha. Órgão Julgador: Ordinária/2ª Câmara. Data da sessão: 06/05/2022, Data da Publicação no DO-TCES: 11/05/2022).

Por todo o exposto, acompanhando o entendimento do Corpo Técnico, ratificado pelo Ministério Público de Contas, não restaram provados os requisitos para a concessão da medida cautelar ora pleiteada, , quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

3. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acordão que submeto à sua consideração.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-0567/2024-6

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, visto que não restaram demonstrados os requisitos gerais autorizadores para sua concessão;

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

1.3. NOTIFICAR a Secretária de Saúde do Município da Serra, Sra. Fernanda Coimbra Mota da Silva, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, informe quais providências foram adotadas quanto às contestações ao edital, encaminhando, ainda, a esta Corte de Contas, o edital republicado com as alterações que forem promovidas.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 14/03/2024 – 11ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

5. Membro do Ministério Público de Contas: Luciano Vieira, procurador-geral.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente