



Acórdão 00904/2023-3 - Plenário

Processo: 01402/2023-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: FMS - Fundo Municipal de Saúde de Linhares, PML - Prefeitura Municipal de Linhares

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: ORTOPEDIA BRASIL LTDA

Responsável: LEONETHE BRAUM PEREIRA, ORTHEC INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS ORTOPEDICOS LTDA

Procuradores: BRUNA OLIVEIRA (OAB: 42633-SC, OAB: 114449A-RS, OAB: 101184-PR), TIAGO GRIEBELER SANDI (OAB: 35917-SC), FRANK CORREA, KATIA CILENE DOS SANTOS FELIX

**CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO -
REPRESENTAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA - ARQUIVAR.**

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

I RELATÓRIO

Trata-se de Representação, com pedido cautelar, formulada pela empresa Ortopedia Brasil LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 05.477.107/0001-49, narrando supostas irregularidades referentes ao no processo licitatório de **Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 44/2022**, deflagrado pelo Município de Linhares – Fundo Municipal de Saúde, tendo por objeto a aquisição de material permanente para distribuição gratuita (cadeira de rodas), destinado a atender o Departamento de Atenção Primária da Secretaria Municipal de Saúde.

Na Petição Inicial 395/2023 (evento 2), acompanhada da Peça Complementar 9037/2023 (evento 4), o representante alega a existência de irregularidade na participação da empresa Orthec Indústria e Comércio de Produtos Ortopédicos LTDA

como Microempresa/Empresa de Pequeno Porte (ME/EPP) no certame, haja vista ter apresentado declaração falsa quanto ao seu enquadramento.

Por meio da Decisão Monocrática DECM Nº 027/2022 (peça 05), antes de apreciar a medida cautelar pleiteada, decidi pela notificação da **Sra. Leonethe Braum Pereira** (Pregoeira Oficial de Linhares) e da **Sra. Katia Cilene dos Santos Felix** (Presidente da Comissão Permanente de Licitação), para se manifestarem, em 05 (cinco) dias, a respeito do pedido de medida cautelar.

Após a notificação o gestor encaminhou a esta Corte sua Defesa (eventos 11 e 13) intempestivamente, conforme Despachos 14543 e 14545/2023 da SGS (eventos 12 e 14).

Os autos foram encaminhados à área técnica, sendo emitida a **Manifestação Técnica de Cautelar 55/2023** (evento 17), cuja proposta de encaminhamento foi encampada pelo relator na **Decisão Monocrática 627/2023** (evento 19) e ratificada pelo Plenário na **Decisão 1414/2023** (evento 23), a saber:

Decisão Monocrática 627/2023

(...)

III DECISÃO

Diante de todo exposto, com fulcro no art. 288, XI do Regimento deste TCEES, assim decido:

III.1 **DEFERIR a medida cautelar** nos termos do art. 376 do RITCEES, no sentido de **SUSPENDER o Pregão Eletrônico nº 044/2022** da Prefeitura Municipal de Linhares, bem como eventual contratação dela decorrente, até decisão de mérito sobre a questão suscitada;

III.2 **NOTIFICAR** as senhoras **KÁTIA CILENE DOS SANTOS FÉLIX** – Presidente da Comissão Permanente de Licitação e **LEONETHE PEREIRA BRAUM** – Pregoeira Oficial da Prefeitura Municipal de Linhares, para que, **no prazo improrrogável de 5 (dias) dias**, comprovem o cumprimento da cautelar perante este Tribunal e encaminhem cópia integral do processo administrativo, onde se materializou o **Edital de Pregão Eletrônico nº 044/2022**, incluindo-se eventuais recursos administrativos impetrados por licitantes e suas respostas, nos termos do art. 307, §4º do RITCEES;

III.3 **DETERMINAR** a oitiva das partes, nos termos do art. 307, §3º do RITCEES

(...)

Devidamente notificadas (eventos 20-21 e 24), as gestoras encaminharam documentação (eventos 25-70)¹. Observa-se o cumprimento da cautelar mediante publicação da suspensão do Pregão Eletrônico 44/2022 no dia 10/5/2023 (evento 26).

¹ Os documentos constantes dos eventos 48-70 são idênticos aos dos eventos 25-47.

As responsáveis apresentaram suas defesas/justificativas, bem como, documentação pertinente, que entenderam necessárias para os esclarecimentos do feito (evs. 25 a 70).

Posteriormente, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas, que tomou ciência da Decisão Monocrática 0627/2023-6 e Decisão 01414/2023-5 – Plenário. (ev. 73)

Seguindo os trâmites regimentais, os autos foram encaminhados a área técnica, que elaborou a Instrução Técnica Inicial 089/2023-1 opinando pela Citação da **Sra. Leonethe Braum Pereira** (Pregoeira Oficial da PML) e da empresa **Orthec Indústria e Comércio de Produtos Ortopédicos LTDA**.

Devidamente citados, apresentaram as suas defesas/justificativas (evs. 85 e 86) e acostaram documentação que entenderam pertinentes ao deslinde da questão. (evs. 88 e 89)

Ato contínuo, submetidos os autos ao NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, que emitiu a Instrução Técnica Conclusiva 2749/2023 concluindo da seguinte forma:

3 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Levando em conta as análises procedidas, opina-se pela **PROCEDÊNCIA** dos fatos narrados na presente Representação, com amparo no artigo 95, inciso II, c/c art. 99, §2º, ambos da Lei Complementar 621/2012, diante da constatação da seguinte irregularidade:

3.1 – Apresentação de Declaração falsa de enquadramento de ME/EPP pela empresa **Orthec Indústria E Comércio de Produtos Ortopédicos Ltda**, relatado no item 2.2 desta peça técnica;

3.2. Posto isso e diante do preceituado no art. 319, § 1º, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, opinando por:

3.2.1 – **Acolher as razões** de justificativas apresentadas pela Sra **Leonethe Braum Pereira – Pregoeira Municipal**, afastando a sua responsabilidade quanto aos fatos narrados no item 2.2 desta peça técnica

3.2.2. **Rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pela empresa **Orthec Industria e Comércio de Produtos Ortopédicos Ltda** em razão do cometimento dos fatos narrados no item 2.2 desta peça técnica.;

3.3. Por fim, sugere-se que seja dada **CIÊNCIA** ao Representante do teor da decisão final a ser proferida, em conformidade com o disposto no §7º, do art. 307, da Resolução TC 261/2013.

O Ministério Público por meio do parecer 3836/2023 (peça 96), por intermédio do Procurador Dr. Luiz Henrique da Silva manifesta-se de acordo com a Instrução Técnica Conclusiva 2749/2023-9.

É o relatório.

II. ADMISSIBILIDADE

Compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo decidir sobre representação que lhe seja encaminhada, nos termos do Regimento Interno (art. 1º, inciso XXV, da LC n. 621/2012).

Nos termos do art. 94 da Lei Complementar n. 621/2012 são requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal: I - ser redigida com clareza; II - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção; III - estar acompanhada de indício de prova; IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante; V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

Para o conhecimento da representação devem ser observados os cinco requisitos elencados cumulativamente no preceptivo legal supracitado, considerando o disposto no art. 101, parágrafo único, da Lei Complementar 621/2012.

Denota-se pela documentação colacionada e pelos fundamentos da Decisão Monocrática 446/2023-3 (evento 05), que os seus requisitos foram preenchidos.

Em razão do exposto, **CONHEÇO** da Representação.

III. FUNDAMENTAÇÃO

III.1 DO PEDIDO CAUTELAR

A tutela cautelar demanda a presença conjunta de dois pressupostos, quais sejam: o fumus boni iuris e o periculum in mora.

São pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de medida cautelar: a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações, aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme disposto no artigo 376 do RITCEES.

Ressalta-se que a cautelar pleiteada foi deferida pela Decisão Monocrática 627/2023-6 (peça 19) e devidamente ratificada pela Decisão 1414/2023-5 (peça 22), no sentido de **SUSPENDER o Pregão Eletrônico nº 044/2022** da Prefeitura Municipal de Linhares.

III.2 MÉRITO

Quanto ao mérito, a área técnica manifesta-se por acolher as justificativas apresentadas pela Sra. **Leonethe Braum Pereira**. Vejamos:

Analisando as informações prestadas pela servidora municipal, entendemos que merece acolhida as suas argumentações.

Identificamos que, inicialmente após ter habilitada a empresa Orthec Indústria e Comércio de Produtos Ortopédicos Ltda, a referida servidora diligentemente encaminhou os autos a área contábil, para análise, em 05 de abril de 2023 (ev. 45 fls. 23), que se manifestou que a empresa Ortech não fazia jus ao tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar 123/2006, devendo ser desclassificada, e ser apurada a sua conduta. (ev. 45 fls. 24 a 26).

Na data de 18 de abril de 2023, a Pregoeira Municipal encaminhou os autos para a Assessoria Jurídica, (ev. 46 fls. 4), que exarou Parecer opinando pela aplicação da autotutela administrativa, para declarar nula a habilitação da empresa Orthec, bem como, a apuração da conduta praticada pela licitante, (ev. 46 fls. 05 a 7).

Assim, os autos foram encaminhados pela Pregoeira Municipal em 20 de abril de 2023 (ev. 46 fls. 8), para a Secretária Municipal de Saúde, que ratificou o entendimento da Assessoria Jurídica, determinando a Desclassificação da empresa Orthec, bem como, a abertura de processo administrativo disciplinar para apuração dos fatos. (ev. 46 fls. 9 e 10)

Diante de todo o exposto, **acolhemos as justificativas apresentadas** e opinamos pelo afastamento da responsabilidade em relação á pregoeira Sra. Leonethe Braum Pereira.

Acompanho o entendimento da área técnica e afasto a responsabilidade da pregoeira Sra. Leonethe Braum Pereira.

Quanto à licitante Orthec Indústria e Comércio de Produtos Ortopédicos LTDA, foi detectado que apresentou declaração falsa de enquadramento em regime de tributação de ME/EPP, com a finalidade de participar do Pregão Eletrônico para Registro de Preços deflagrado pelo Município de Linhares – Fundo Municipal de Saúde 044/2022.

A área técnica constatou que a referida declaração consta no bojo do processo administrativo 11.185/2022, que instrumentalizou o Pregão Eletrônico para Registro de Preços 044/2022 e que foi apresentada a Comissão de Licitação responsável pela condução do Certame.

Identificou, ainda, que a empresa Orthec, auferiu no **exercício Fiscal de 2021**, o faturamento de **R\$ 7.849.609,62** (sete milhões, oitocentos e quarenta e nove mil, seiscentos e nove reais e sessenta e dois centavos), conforme Demonstração de Resultado do Exercício (ev. 35 fls. 27), valor este superior ao limite máximo de faturamento para o enquadramento para EPPs, que é de **R\$4.800.000,00** (quatro milhões e oitocentos mil reais), de acordo com o estabelecido **na Lei Complementar 123, de 14 de novembro de 2006**.

Ressalta o corpo técnico que o prazo máximo para serem prestadas as informações para a Receita Federal solicitando o desenquadramento da empresa como ME/EPPs, seria o **último dia de julho do exercício de 2022**. O que não ocorreu.

Deste modo, a empresa a partir de **31 de julho de 2022**, não poderia ainda ser enquadrada como ME/EPPs, pois não possuía os requisitos necessários para tal, pois o seu faturamento no exercício anterior, ultrapassou o limite máximo permitido pela legislação, não podendo a empresa Orthec ter declarado por meio de seu sócio/diretor, para fins de habilitação, que se encontrava sob o regime de ME/EPP.

Ao final, a área técnica afirma que a empresa participou da licitação enquadrada no regime especial de tributação de microempresa, só regularizando o fato na Receita Federal alguns dias após o oferecimento dos lances.

No entanto, afirma o corpo técnico que a empresa foi vencedora dos itens 01 e 02 do certame, **não se utilizando dos benefícios previstos na legislação para as ME/EPP**, pois ofertou o menor lance para referidos itens.

Além disso, a área técnica não aponta o benefício auferido pela empresa ao participar da licitação em tal regime, nem mesmo indica nenhum dano ao erário ao participar da licitação enquadrada no regime especial de tributação de microempresa.

Sendo assim, entendo que foge à jurisdição do Tribunal de Contas o enquadramento a empresa na Receita Federal, uma vez que não foi apontado e nem indicado dano algum ao erário. Ao contrário. A própria área técnica firma que a empresa sagrou-se vencedora dos itens 01 e 02 do edital por ter oferecido o menos preço, **não se utilizando dos benefícios previstos na legislação para as ME/EPP**.

Assim, diante da ausência de apontamento do dano ao erário cometido pela empresa, entendo que a irregularidade deva ser afastada.

IV. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Ante todo o exposto, divergindo, em parte, do entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-00904/2023-3:

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 REVOGAR A MEDIDA CAUTELAR, concedida através da Decisão Monocrática 627/2023-6 e devidamente ratificada pela Decisão 1414/2023-5, visto que não se encontram presentes os pressupostos para sua concessão;

1.2. Julgar IMPROCEDENTE a presente Representação, virtude da ausência de

irregularidades, na forma do artigo 178, inciso II, do RITCEES;

1.3. Cientificar o Representante, conforme mandamento do §7º², do art. 307, da Resolução TC 261/2013 a respeito desta decisão;

1.4. Arquivar os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 05/10/2023 - 50ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

² § 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária-geral das Sessões “*ad hoc*”