



Decisão Monocrática 00006/2020-3

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 20614/2019-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: JORGE HENRIQUE COUTINHO SCHUNK

Responsável: ROBERTINO BATISTA DA SILVA, CRISTIANE FRANCA DE SOUZA RIBEIRO

Procurador: JORGE HENRIQUE COUTINHO SCHUNK (OAB: 20185-ES)

**CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO -
REPRESENTAÇÃO - PREFEITURA MUNICIPAL DE
MARATAÍZES - REPRESENTAÇÃO - ADESÃO À ATA DE
REGISTRO DE PREÇOS Nº 1471/2019 - PREGÃO
PRESENCIAL Nº 022/2019 (PREFEITURA DE ITAPEMIRIM) -
INDEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR - RITO
ORDINÁRIO - CIÊNCIA.**

À Secretaria Geral das Sessões:

I RELATÓRIO

Trata-se de representação oferecida pelo senhor Jorge Henrique Coutinho Schunck, em que narra supostas irregularidades ocorridas na adesão, realizada pelo Poder Executivo de Marataízes, à Ata de Registro de Preços nº 141/2019, oriunda do Pregão Presencial nº 022/2019 da Prefeitura Municipal de Itapemirim/ES.

Em síntese, foi alegado o seguinte:

[...]

DO MERITO Fato concreto a apurar por essa egrégia Corte envolvendo fortes indícios de irregularidades em uma adesão de ata de registro de preço que originou através do requerimento nº037339/2019 (fls.02), onde estranhamente a secretária de governo

elabora um termo de referência para contratação de serviço de rádio. FM para prestação de serviço de radiodifusão e estúdio móvel para divulgação dos informativos de utilidade pública do município de Marataízes através do sistema registro de preço, termo de referência (fls.04). Pontuando inicialmente as irregularidades no termo de referência, deveria o Termo, fazer menção de adesão de ata de registro de preço e não aquisição através de regular processo licitatório na modalidade pregão presencial para registro de preço, do tipo menor preço por item, como transcrito no item 6; Modalidade/Sistema (fls.06). Muito embora o procedimento de adesão de ata de registro de preço pela Administração Pública seja prática permitida pelo ordenamento jurídico e adotada por vários entes públicos, no caso concreto, este procedimento revelou uma série de ilegalidades inconsistências graves, evidenciando dolo e má fé por parte envolvidos, No que se refere a esse princípio, Edgar Guimarães e Joel de Menezes Niebuhr (2008, p. 124), frontalmente contrários à adesão à Ata de Registro de Preços, asseveram que: O carona é o júbilo dos lobistas, do tráfico de influência e da corrupção, especialmente num país como o nosso, com instituições e meios de controle tão frágeis. Os lobistas e os corruptores não precisam mais propor o direcionamento de licitação; basta proporem o carona e tudo está resolvido.

então vejamos: 1 - O Decreto nº 7.892/2013 em seu artigo 22 que regulamenta a adesão de registro de preço Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório. Não há uma justificativa para a adesão da referida ata apenas três cotações de preços, e uma simples consideração no termo de referência que diz"(...) considerando que o curso da cotação de preços a fim de subsidiar o processo de contratação foi localizado uma ata que atende a administração e mostrou ser mais vantajosa a adesão em razão, de preço de mercado praticado e da despesa com abertura de processo licitatório, a qual anexamos o presente com as demais cotações. " Ora, já está pacificado em jurisprudências do TCU que Enunciado A mera comparação dos valores constantes em ata de registro de preços com os obtidos junto a empresas consultadas na fase interna de licitação não é suficiente para configurar a vantajosidade da adesão à ata, haja vista que os preços informados nas consultas, por vezes superestimados, não serão, em regra, os efetivamente contratados. Deve o órgão não participante ("carona"), com o intuito de aferir a adequação dos preços praticados na ata, se socorrer de outras fontes, a exemplo de licitações e contratos similares realizados no âmbito da Administração Pública. Acórdão 420/2018-Plenário. 2- Em relação as cotações para o balizamento dos preços não foram devidamente analisadas pelo gestor solicitante que deixou de apreciar a vantajosidade da adesão da ata em todos os seus itens e lote, observa-se que os preços das cotações apresentadas nas (fls15/17 /20) estão próximos da ata de registro de preço (fls 22), levando em conta que em um certame a tendência é cair o preço. 3- Nos três pedidos de cotação de preço, foi observado que algumas discrepâncias, a rádio Vale do Itabapoana fica localizada em Bom Jesus do Itabapoana - RJ divisa da cidade que a esposa do proprietário da Rádio Marataízes ocupa o cargo de Prefeita em São Francisco de Itabapoana (fls.17). Em discordância com Art. 49 II da lei complementar 123/2016 violando a livre concorrência de microempresas e empresas de pequeno porte dos municípios próximos "regional" a Marataízes. Não se aplica contratações públicas disposto nos artigos 47, 48 da Lei Complementar nº 123/2006 quando: II - Não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresa de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. A cotação da Rádio Marataízes "dona" da referida ata não poderia participar com cotação para adesão de sua própria ata, foi solicitada no dia 19 de setembro de 2019 as 14: 17 (fls18), porém já estava toda pronta no dia 18 de setembro de 2019 (fls.20) indicando claramente a montagem do processo em favorecimento a adesão da ata e direcionamento da contratação. Ademais se faz necessário observar o Art. 22 do Decreto nº 7.892/13 § 10. É vedada a contratação de serviços de tecnologia da informação e comunicação por meio de adesão a ata de registro de preços que não seja: (Incluído pelo Decreto nº 9.488, de 2018) (Vigência)

4- Por ser tratar de um ato complexo o procedimento de adesão se faz necessário análise minuciosa dos setores técnicos, não havia tempo hábil de tramitação dos processos nos setores competentes bem como imprensa oficial, como será demonstrado

a montagem do processo afim de direcionar a contratação. Então vejamos. No dia 01 de outubro de 2019 através do OFICIO/GAP 206/2019 o Prefeito de Itapemirim responde ao Prefeito de Marataízes sem protocolar, que autoriza a adesão, e que enviaria a resposta do aceite ou da referida empresa através de e-mail (fls.33). No dia 07 de outubro de 2019 a radio Marataízes reponde o oficio 00/207/2019 direcionado a Prefeitura de Marataízes que tem interesse de promover a adesão, oficio este que, deveria ser respondido ao Prefeito de Itapemirim, porém não se sabe como, este oficio entrou nos autos, pois, não foi protocoladq porque a intensão não era dar publicidade como é primordial e princípios da Administração Pública no seu art. 37 caput da CRFB (fls.51). No dia 09/10/2019 o Prefeito de Marataízés envia o processo para o setor de contrato para autorizar a contratação. (fls.27) No dia 10/10/2019 o procurador geral devolve o processo a Secretaria de Governo parra adequação (fls.42). No dia 10/10/2019 a Secretaria de Governo devolve o processo para CDL (setor de licitação), (fls.42) e no mesmo dia a CDL envia ao Prefeito que assina o contrato juntamente com a empresa no dia 10/10/2019. (fls.108) Reiterando que não houve tempo para que todas das diligencias elencadas fosse executada para comprovação de direcionamento, segue em (doe. 01) nota-se que dia 15 de outubro ainda estava tramitando online o processo, mas observa-se documentalente que o contrato já estava assinado no dia 10 de outubro de 2019 rechaçando toda a honestidade e moralidade com má fé transparente. Ademais de forma cristalina foi demonstrado a ofensa ao Princípio da moralidade tendo em vista que o próprio prefeito mantém aos sábados um programa denominado "Café com o Prefeito" com a mesma empresa desta referida ata e onde o Princípio da Moralidade se mistura com desvio de finalidade e palanque eleitoreiro. Dos Pedidos: A) Que seja feita devolução dos pagamentos que tiverem feito até a presente data aos cofres público pelo direcionamento e fraude Que seja aplicada a multa a todos os réus Que seja aceita a medida cautelar em desfavor as contratações aqui apresentada sobre o contrato 208/2019 nas fls 104/109 [...]

O feito foi submetido à apreciação do então Conselheiro Relator Rodrigo Flavio Freire Farias Chamoun que emitiu a Decisão Monocrática TC 1241/2019 deliberando pelo conhecimento da presente Representação e determinando as seguintes providências:

III DECISÃO

Por todo o exposto, em juízo monocrático de admissibilidade, CONHEÇO a presente representação em face de licitação e antes de apreciar a medida cautelar pleiteada, DETERMINO A NOTIFICAÇÃO da Secretária Municipal de Governo, senhora Cristiane França de Souza Ribeiro e do Prefeito Municipal, senhor Robertino Batista da Silva, para que no prazo de 05 (cinco) dias improrrogáveis, nos termos do art. 125, §3º, da LC 621/2012, se manifeste sobre as irregularidades apontadas. Na oportunidade, decido NOTIFICAR o Prefeito Municipal, Senhor Robertino Batista da Silva, dando-lhe ciência deste procedimento fiscalizatório em andamento, para que, no uso de suas atribuições legais, adote as providências que entender necessárias, enquanto Chefe do Executivo Municipal. Juntamente com os Termos de Notificação deve ser encaminhada cópia integral da petição inicial. Ressalto que o não atendimento desta solicitação poderá implicar em sanção de multa, conforme disposição dos arts. 135, §2º, da LC 621/12 e 391, do RITCEES desta Corte. Por fim, dê-se ciência à Comissão de Licitação e ao Prefeito, que havendo confirmação de qualquer irregularidade na Ata de Registro de Preços em análise, este Tribunal de Contas poderá penalizar os responsáveis com as sanções de que tratam os arts. 130 e seguintes da LC 621/2012, bem como com a imputação de ressarcimento dos danos que venham a ser comprovados. Concomitantemente, que seja dada ciência desta decisão a signatária desta

representação, conforme art. 125, § 6º da LC 621/2012. Cumpra-se com urgência, tendo em vista a natureza do pedido cautelar.
Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun
Conselheiro relator

As notificações mencionadas na parte dispositiva da Decisão Monocrática TC 1241/2019 foram levadas a efeito com a emissão dos Termos de Notificação 1669/2019-3; 1670/2019-6 e 1671/2019-1.

Particularmente as notificações dirigidas ao senhor Robertino Batista da Silva (Prefeito Municipal de Marataízes) e à senhora Cristiane França de Souza Ribeiro (Secretária Municipal de Governo) foram comunicadas através de “email” enviado ao endereço eletrônico, cuja confirmação de recebimento encontra-se atestada nos autos por intermédio da Peça Complementar 35182/2019-5. Entretanto, embora os atos de notificação tenham sido inequívocos, ambos os gestores permaneceram silentes, não tendo trazido qualquer manifestação a este Tribunal acerca da Representação de que cuida estes autos.

Em seguida, o processo foi encaminhado à área técnica responsável que nos termos da Manifestação Técnica 14670/2019, concluiu pelo indeferimento da medida cautelar requerida, bem como pela conversão da representação para o rito ordinário.

Em seguida, vieram os autos, para este gabinete, para análise.

II FUNDAMENTOS

II.1 PRESSUPOSTOS DA MEDIDA CAUTELAR

Como se vê, os autos apuram supostas irregularidades na adesão, pelo Executivo Municipal de Marataízes, à Ata de Registro de Preços nº 141/2019, firmada em 26/03/2019, entre o Município de Itapemirim e a empresa Radio Marataízes FM Ltda. EPP, com contratação efetivada pelo Município de Marataízes, através do Contrato Administrativo nº 3208/2019.

Ao submeter o feito ao crivo do Núcleo de Recursos e Consultas, por meio da Manifestação Técnica 14670/2019, foi encaminhada proposta pelo indeferimento da

medida cautelar por não estarem presentes os pressupostos essenciais para a sua concessão.

Insta frisar que, na forma do entendimento constante pela área técnica na MT 14670/2019, os requisitos exigidos quando da adesão da Ata de Registros de Preços nº 141/2019 do Município de Itapemirim, foram devidamente cumpridos pelo Município de Marataízes, vejamos:

- a) Vantajosidade da adesão, demonstrada no documento denominado “PMN/SEMGOV/MEMORANDO nº 107/2019, no Termo de Regerência e nas cotações de preços de fls. 14-19, em contraponto com preços unitários oriundos de Ata de Registro de Preços nº 141/2019.**
- b) Anuência do órgão gerenciados da Ata de Registro de Preços.**
- c) Concordância quanto à adesão solicitada objeto do ofício “OFICIO/GAP Nº 206/2019”.**
- d) As contratações dos serviços não excederam o limite de 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos máximos previstos na Ata de Registros de Preços n 141/2019 do Município de Itapemirim.**

A área técnica diz ainda que foram observados os prazos quanto a adesão à Ata de Registro de Preços e ainda não houve direcionamento da contratação realizada pelo Município de Marataízes.

Ademais, conforme registrado pela área técnica na Manifestação Técnica 14670/2019, não merece prosperar a alegação de que uma das cotações de preços, realizada junto à Rádio Vale do Itabapoana, localizada em Bom Jesus do Itabapoama-RJ, revestir-se-ia de ilegalidade, eis que segundo a narrativa do Representante, “[...] a esposa do proprietário da Rádio Marataízes ocupa o cargo de Prefeita em São Francisco de Itabapoana [...]”. Sustenta o corpo técnico que a afirmação, ainda que verídica, não infirma a referida cotação, já que o fato da Rádio Marataízes ter, como proprietário, cônjuge de prefeita cujo mandato é exercido em município diverso daqueles em que se situam as rádios consultadas, sequer guarda conexão com o conteúdo probatório dos autos ou tem o condão de se traduzir como indício de irregularidade.

Infere-se que a prestação da tutela cautelar demanda a presença conjunta de dois pressupostos, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

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

Destarte, não havendo os pressupostos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* decido indeferir a medida cautelar pretendida, convertendo-se o rito em ordinário, na forma sugerida pelo Núcleo de Recursos e Consultas, na Manifestação Técnica 14670/2019.

Por fim, quanto a outras questões que possam ser abordadas nesta representação no decorrer da instrução processual, remeto seu aprofundamento à análise de mérito.

Desse modo, por todo o exposto e analisando os autos, acompanho os argumentos apresentados pela área técnica, e adoto como razões de decidir a motivação exarada na Manifestação Técnica 14670/2019, sendo oportuna a transcrição da manifestação, conforme segue:

[...]

3 ANÁLISE TÉCNICA DO PEDIDO CAUTELAR Deve-se registrar, inicialmente, que a tutela cautelar destina-se a assegurar a efetividade do provimento de mérito. Em razão de tal caráter assecuratório não se exige, para a análise dos requisitos autorizadores de sua concessão, cognição exaustiva do órgão julgador, mas sim, uma análise sumária, verificando a verossimilhança do direito alegado e a possível irreversibilidade do ato. A Lei Complementar 621/2012 dispõe, no caput de seu art. 124, acerca dos requisitos cumulativos que autorizam a concessão da tutela cautelar, quais sejam: (i) o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; (ii) o risco da ineficácia da decisão de mérito. Vejamos o teor do dispositivo: Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave ofensa ao interesse público 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. (Redação dada pela LC nº 902/2019 – DOE 9.1.2019) (g.n.) . O Regimento Interno desta Corte (Res. TC 261/2013), ao tratar sobre as medidas cautelares, também se refere, em seu art. 376, incisos I e II, aos requisitos autorizadores da tutela cautelar, 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 nº 010, de 26.3.2019). II - risco de ineficácia da decisão de mérito. Muito embora o art. 376 do RITCEES não tenha mencionado, expressamente, a necessidade da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito invocado, tem-se que tal fundamento, denominado doutrinariamente como *fumus boni iuris*, revela-se consagrado no direito pátrio e encontra-se previsto no art. 3003 do Código de Processo Civil, juntamente com o “perigo de dano”, como um dos pressupostos para a obtenção toda tutela cautelar. O “*fumus boni iuris*”, ou seja, a “fumaça do bom direito” refere-se à plausibilidade das alegações daquele que requer o provimento cautelar, sendo que, nos processos de competência desta Corte de Contas, tal plausibilidade deverá ser verificada quanto à existência de fundamentos que permitam deduzir acerca da presença, ainda que aparente, das irregularidades noticiadas na peça inaugural. Por meio da análise desse requisito, faz-se um juízo de probabilidade de existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart⁴ : Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da consequente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas. A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente. Por sua vez o fundado receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito, traduzem o que a doutrina denomina como “*periculum in mora*”. Trata-se de situação em que a manutenção da relação danosa não possa ser revertida caso a decisão de mérito determine sua extinção ou retificação. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara⁵ : Como dito anteriormente, o *fumus boni iuris* não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de *periculum in mora* (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar é modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que está diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta situação de perigo iminente que recebe o nome de *periculum in mora*, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz. (...) Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o requisito do *periculum in mora*, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar (g.n). Pois bem, passando-se à análise do pleito cautelar tem-se que o Representante traz o seguinte relato em sua inicial: [...] DO MERITO Fato concreto a apurar por essa egrégia Corte envolvendo fortes indícios de irregularidades em uma adesão de ata de registro de preço que originou através do requerimento nº037339/2019 (fls.02), onde estranhamente a secretária de governo elabora um termo de referência para contratação de serviço de rádio. FM para prestação de serviço de radiodifusão e estúdio móvel para divulgação dos informativos de utilidade pública do município de Marataízes através do sistema registro de preço, termo de referência (fls.04). Pontuando inicialmente as irregularidades no termo de referência, deveria o Termo, fazer menção de adesão de ata de registro de preço e não aquisição através de regular processo licitatório na modalidade pregão presencial para registro de preço, do tipo menor preço por item, como transcrito no item 6; Modalidade/Sistema (fls.06). Muito embora o procedimento de adesão de ata de registro de preço pela Administração Pública seja prática permitida pelo ordenamento jurídico e adotada por vários entes públicos, no caso concreto, este procedimento revelou uma

série de ilegalidades inconsistências graves, evidenciando dolo e má fé por parte envolvidos, No que se refere a esse princípio, Edgar Guimarães e Joel de Menezes Niebuhr (2008, p. 124), frontalmente contrários à adesão à Ata de Registro de Preços, asseveram que: O carona é o júbilo dos lobistas, do tráfico de influência e da corrupção, especialmente num país como o nosso, com instituições e meios de controle tão frágeis. Os lobistas e os corruptores não precisam mais propor o direcionamento de licitação; basta proporem o carona e tudo está resolvido. então vejamos: 1 - O Decreto nº 7.892/2013 em seu artigo 22 que regulamenta a adesão de registro de preço Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório. Não há uma justificativa para a adesão da referida ata apenas três cotações de preços, e uma simples consideração no termo de referência que diz"(...) considerando que o curso da cotação de preços a fim de subsidiar o processo de contratação foi localizado uma ata que atende a administração e mostrou ser mais vantajosa a adesão em razão, de preço de mercado praticado e da despesa com abertura de processo licitatório, a qual anexamos o presente com as demais cotações. " Ora, já está pacificado em jurisprudências do TCU que Enunciado A mera comparação dos valores constantes em ata de registro de preços com os obtidos junto a empresas consultadas na fase interna de licitação não é suficiente para configurar a vantajosidade da adesão à ata, haja vista que os preços informados nas consultas, por vezes superestimados, não serão, em regra, os efetivamente contratados. Deve o órgão não participante ("carona"), com o intuito de aferir a adequação dos preços praticados na ata, se socorrer de outras fontes, a exemplo de licitações e contratos similares realizados no âmbito da Administração Pública. Acórdão 420/2018-Plenário. 2- Em relação as cotações para o balizamento dos preços não foram devidamente analisadas pelo gestor solicitante que deixou de apreciar a vantajosidade da adesão da ata em todos os seus itens e lote, observa-se que os preços das cotações apresentadas nas (fls15/17 /20) estão próximos da ata de registro de preço (fls 22), levando em conta que em um certame a tendência e cair o preço. 3- Nos três pedidos de cotação de preço, foi observado que algumas discrepâncias, a rádio Vale do Itabapoana fica localizada em Bom Jesus do Itabapoana - RJ divisa da cidade que a esposa do proprietário da Rádio Marataízes ocupa o cargo de Prefeita em São Francisco de Itabapoana (fls.17). Em discordância com Art. 49 II da lei complementar 123/2016 violando a livre concorrência de microempresas e empresas de pequeno porte dos municípios próximos "regional" a Marataízes. Não se aplica contratações públicas disposto nos artigos 4 7, 48 da Lei Complementar nº 123/2006 quando: II - Não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresa de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. A cotação da Rádio Marataízes "dona" da referida ata não poderia participar com cotação para adesão de sua própria ata, foi solicitada no dia 19 de setembro de 2019 as 14: 17 (fls18), porém já estava toda pronta no dia 18 de setembro de 2019 (fls.20) indicando claramente a montagem do processo em favorecimento a adesão da ata e direcionamento da contratação. Ademais se faz necessário observar o Art. 22 do Decreto nº 7.892/13 § 10. É vedada a contratação de serviços de tecnologia da informação e comunicação por meio de adesão a ata de registro de preços que não seja: (Incluído pelo Decreto nº 9.488, de 2018) (Vigência)

4- Por ser tratar de um ato complexo o procedimento de adesão se faz necessário análise minuciosa dos setores técnicos, não havia tempo hábil de tramitação dos processos nos setores competentes bem como imprensa oficial, como será demonstrado a montagem do processo afim de direcionar a

contratação. Então vejamos. No dia 01 de outubro de 2019 através do OFICIO/GAP 206/2019 o Prefeito de Itapemirim responde ao Prefeito de Marataízes sem protocolar, que autoriza a adesão, e que enviaria a resposta do aceite ou da referida empresa através de e-mail (fls.33). No dia 07 de outubro de 2019 a radio Marataízes reponde o ofício 00/207/2019 direcionado a Prefeitura de Marataízes que tem interesse de promover a adesão, ofício este que, deveria ser respondido ao Prefeito de Itapemirim, porém não se sabe como, este ofício entrou nos autos, pois, não foi protocolado porque a intenção não era dar publicidade como é primordial e princípios da Administração Pública no seu art. 37 caput da CRFB (fls.51). No dia 09/10/2019 o Prefeito de Marataízes envia o processo para o setor de contrato para autorizar a contratação. (fls.27) No dia 10/10/2019 o procurador geral devolve o processo a Secretaria de Governo para adequação (fls.42). No dia 10/10/2019 a Secretaria de Governo devolve o processo para CDL (setor de licitação), (fls.42) e no mesmo dia a CDL envia ao Prefeito que assina o contrato juntamente com a empresa no dia 10/10/2019. (fls.108) Reiterando que não houve tempo para que todas as diligências elencadas fosse executada para comprovação de direcionamento, segue em (doe. 01) nota-se que dia 15 de outubro ainda estava tramitando online o processo, mas observa-se documentalmente que o contrato já estava assinado no dia 10 de outubro de 2019 rechaçando toda a honestidade e moralidade com má fé transparente. Ademais de forma cristalina foi demonstrado a ofensa ao Princípio da moralidade tendo em vista que o próprio prefeito mantém aos sábados um programa denominado "Café com o Prefeito" com a mesma empresa desta referida ata e onde o Princípio da Moralidade se mistura com desvio de finalidade e palanque eleitoral. Dos Pedidos: A) Que seja feita devolução dos pagamentos que tiverem feito até a presente data aos cofres público pelo direcionamento e fraude Que seja aplicada a multa a todos os réus Que seja aceita a medida cautelar em desfavor as contratações aqui apresentada sobre o contrato 208/2019 nas fls 104/109 [...] Extrai-se da narrativa trazida pelo Representante que teriam havido supostas irregularidades na adesão, pelo Executivo Municipal de Marataízes, à Ata de Registro de Preços nº 141/2019, por sua vez firmada, em 26/06/2019, entre o Município de Itapemirim e a empresa Rádio Marataízes FM Ltda EPP (fls. 20-23 da Peça Complementar 35069/2019 – Evento 03), com posterior contratação, efetivada pelo Município de Marataízes, através do Contrato Administrativo nº 208/2019. De se notar que o Representante relata que haveria incongruências no procedimento de adesão efetuado pelo Executivo Municipal de Marataízes, alegando, para tanto, que o Termo de Referência - elaborado para a contratação de serviços de radiodifusão e estúdio móvel (fls. 03-12 do Evento 03) – não conteria qualquer “[...] menção de adesão de ata de registro de preço [...]” (fl. 04 da Petição Inicial 852/2019, Evento 02), bem como que o ato de adesão teria descumprido o disposto no art. 22 do Decreto Federal nº 7.892/2013 (que regulamenta o Sistema de Registro de Preços na seara federal) eis que não haveria “[...] justificativa para a adesão da [...] ata [...]”, mas sim, “[...] apenas três cotações de preços [...]” (fl. 05 da Petição Inicial 852/2019, Evento 02). Entretanto, da leitura dos documentos juntados pelo próprio Representante (Evento 03) se pode aferir que as alegações acima sintetizadas resultam insubsistentes eis que, ao contrário do sustentado na inicial, tem-se que o “Termo de Referência”, confeccionado pela Secretaria Municipal de Governo (fls. 03-12 do Evento 03), faz expressa menção ao fato de ter sido localizada “[...] uma ata de registro de preços que atente a Administração [...]”, bem como que os preços registrados se mostrariam vantajosos para o Município, senão vejamos do excerto abaixo reportado: TERMO DE REFERÊNCIA [...] 3 – JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DO PEDIDO [...] Considerando que no curso da cotação de preços a fim de subsidiar o processo de contratação foi localizada uma ata de registro de preços que atende a Administração e mostrou-se mais vantajosa a adesão, em razão do preço de mercado

praticado e da despesa com a abertura de processo licitatório, a qual anexamos ao presente com as demais cotações. [...] Muito embora o “Termo de Referência” também faça menção à abertura de procedimento licitatório, entendemos que tal fato não desqualifica o supratranscrito registro da vantajosidade da contratação dos serviços especificados através da ata de registro de preços localizada na fase de cotação de preços. Ademais, tem-se que o documento PMM/SEMGOV/MEMORANDO nº 107/2019, datado de 23/09/2019 (fls. 1-2 da Peça Complementar 35069/2019 – Evento 03) também compreende em seu conteúdo a necessidade da contratação e a vantajosidade da adesão à Ata de Registro de Preços nº 141/2019 do Município de Itapemirim. Nesse passo, cabe destacar que a legislação do Município de Marataízes adota o Decreto Federal nº 7.892/2013 como marco normativo do Sistema de Registro de Preços municipal. É o que se depreende do disposto no art. 1º da Lei Municipal nº 1.136/2008, na redação conferida pela Lei Municipal nº 1.757/2015: Art. 1º Ficam autorizadas as contratações de serviços e a aquisição de bens pelo Sistema de Registro de Preços - SRP, no âmbito da administração pública municipal, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pelo Município, inclusive por meio de adesão às Atas de Registro de Preços da União, Estados, Municípios, e suas respectivas Autarquias ou Fundações, bem como as próprias, e que obedecerão ao disposto no Decreto Federal nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013 ou qualquer outra legislação que o substitua. Veja-se que o art. 22 do Decreto Federal nº 7.892/2013 estabelece os requisitos para a adesão à ata de registro de preços por órgãos ou entidades que não tenham participado do certame licitatório que a originou, sendo tais requisitos, notadamente: i) a existência de justificativa da vantagem na adesão; ii) a consulta, pelos aderentes, ao órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão; iii) a aceitação pelo beneficiário da ata de registro de preços; iv) que as aquisições ou contratações adicionais não excedam, por órgão ou entidade aderente, a cinquenta por cento dos quantitativos dos itens registrados na ata de registro de preços. Eis o teor do dispositivo ora em enfoque: Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador. § 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão. § 1º-A A manifestação do órgão gerenciador de que trata o § 1º fica condicionada à realização de estudo, pelos órgãos e pelas entidades que não participaram do registro de preços, que demonstre o ganho de eficiência, a viabilidade e a economicidade para a administração pública federal da utilização da ata de registro de preços, conforme estabelecido em ato do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. (Incluído pelo Decreto nº 9.488, de 2018) (Vigência) § 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da ata de registro de preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações presentes e futuras decorrentes da ata, assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes. § 3º As aquisições ou as contratações adicionais de que trata este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cinquenta por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes. (Redação dada pelo Decreto nº 9.488, de 2018) De se notar que os requisitos acima alinhavados foram aparentemente cumpridos quando da adesão pelo Município de Marataízes à Ata de Registro de Preços nº 141/2019 do Município de Itapemirim, senão vejamos: i) a vantajosidade da adesão encontra-se consubstanciada no

documento intitulado “PMM/SEMG/GOV/MEMORANDO nº 107/2019” e no “Termo de Referência”, ambos datados de 23/09/2019, (fls. 01-02 e 03-12 do Evento 03), bem como é demonstrada pelas cotações de preços, colhidas entre as datas de 19/09/2019 e 23/09/2019 (fls. 14-19 do Evento 03), em contraponto com os preços unitários oriundos da Ata de Registro de Preços nº 141/2019 (fls. 20-23 do Evento 03) e entabulados, entre o Município de Marataízes e a empresa Rádio Marataízes FM Ltda, através do Contrato Administrativo nº 208/20196, firmado em 10/10/2019; ii) a anuência do órgão gerenciador da Ata de Registro de Preços (no caso, a Prefeitura de Itapemirim) foi solicitada através do “OF/GABINETE/PMM/Nº 194/2019” (fl. 31 do Evento 03) assinado pelo Prefeito Municipal de Marataízes e datado de 27/09/2019; iii) a concordância quanto à adesão solicitada foi objeto do “OFICIO/GAP Nº 206/2019” (fl. 33 do Evento 03) subscrito pelo Prefeito Municipal de Itapemirim em 01/10/2019, iv) as contratações dos serviços pelo Município de Marataízes não excedeu o limite de cinquenta por cento dos quantitativos máximos previstos na Ata de Registro de Preços nº 141/2019 do Município de Itapemirim. Outrossim, não se observa aodamento quanto aos atos praticados pelo Administração Municipal de Marataízes nas datas acima reportadas, não se vislumbrando, ao menos no que diz respeito à celeridade imprimida na adesão da Ata de Registro de Preços nº 141/2019 e em sede de cognição sumária, indício de direcionamento na contratação realizada pelo Município de Marataízes. Ademais, não merece prosperar a alegação de que uma das cotações de preços, realizada junto à Rádio Vale do Itabapoana, localizada em Bom Jesus do Itabapoama-RJ, revestir-se-ia de ilegalidade, eis que segundo a narrativa do Representante, “[...] a esposa do proprietário da Rádio Marataízes ocupa o cargo de Prefeita em São Francisco de Itabapoana [...]”. Ora, a sustentação, ainda que verídica, não infirma a referida cotação, já que o fato da Rádio Marataízes ter, como proprietário, cônjuge de prefeita cujo mandato é exercido em município diverso daqueles em que se situam as rádios consultadas, sequer guarda conexão com o conteúdo probatório dos autos ou tem o condão de se traduzir como indício de irregularidade. Também não merece acolhida, por inexistir qualquer vedação legal, o argumento de que não se poderia ter realizado cotação de preços junto à Rádio Marataízes FM Ltda, eis que beneficiária da Ata de Registro de Preços nº 141/2019. Pois bem. Conforme já aqui exposto, a prestação da tutela cautelar demanda a presença conjunta de dois pressupostos, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* diz respeito à existência da plausibilidade do direito invocado ou, em outras palavras, à verossimilhança das alegações do Representante. Neste particular, diante do exame, ainda que superficial, dos fatos narrados na peça inicial, observou-se que as supostas irregularidades reportadas na Representação não se confirmaram, não se tendo verificado, ao menos em sede de cognição sumária e perfunctória, ilegalidades aparentes que tenham maculado a adesão, pelo Município de Marataízes, à Ata de Registro de Preços nº 141/2019 do Município de Itapemirim e consequente contratação da empresa Rádio Marataízes FM Ltda, através do Contrato Administrativo nº 208/2019. Portanto, ao nosso sentir, não se encontra satisfeito o requisito do *fumus boni iuris*, necessário para o deferimento da tutela cautelar pretendida. Ademais, lado outro, verifica-se a presença do *periculum in mora* inverso, capaz de aconselhar a não expedição, no momento, de qualquer provimento de natureza cautelar, considerando que a suspensão dos serviços contratados – radiodifusão e estúdio móvel visando a divulgação de eventos do Município e ações de transparência – poderá acarretar dificuldades ao cumprimento do princípio constitucional da publicidade a que se submete a Administração, sem embargo desta Corte de Contas, ao proceder uma análise técnica aprofundada, concluir pela existência de eventuais irregularidade decorrentes da contratação. Dessa forma, estando ausente o pressuposto do *fumus boni iuris* e presente o pressuposto negativo consubstanciado no *periculum in mora* inverso, opina-

se pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada.

4. CONCLUSÃO / PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO Ante ao exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento: 4.1 Conhecer esta representação, na forma dos arts. 177 c/c 181 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013; 4.2 Indeferir a medida cautelar pleiteada, diante da ausência do fumus boni iuris e presença de periculum in mora inverso. 4.3 Submeter os presentes autos ao rito ordinário em razão do não preenchimento dos requisitos constantes nos artigos 306 e 376, incisos I e II do RITCEES, com a posterior remessa à Unidade de Controle Externo competente, a fim de que se proceda à instrução dos autos, visando a uma análise de mérito; 4.4 Nos termos do artigo 307, §7º, do RITCEES, dar ciência ao Representante. 4.5 Ressaltamos ainda o teor do artigo 307, § 3º, que assim preceitua: “A decisão que deferir ou indeferir a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até dez dias”.

Ademais, tendo em vista que a equipe de auditoria não identificou a *prima facie*, danos financeiros ao erário, entendo que a decisão desta Corte de Contas deverá ser tomada a luz do disposto no artigo 20 da Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, alterado por meio da Lei 13.655 de 25 de abril de 2018.

Nessa vertente, caberá ao julgador demonstrar que a medida imposta em sua decisão se adequa à realidade operacional do órgão, de forma a considerar sua repercussão social e as consequências da possível paralização, com prejuízos à população. Busca-se, com isso, evitar que o julgamento seja proferido com base em valores jurídicos abstratos, distanciados dos resultados práticos da decisão.

Por todo o exposto, indefiro o pedido cautelar e determino a conversão dos autos em rito ordinário, a fim de que os indícios de irregularidades sejam devidamente apurados nestes autos.

III DECISÃO

Pelo exposto e com base na competência outorgada pelo inciso XI, do artigo 288, do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013), acompanho o entendimento técnico e **DECIDO**:

III.1 INDEFERIR a concessão da **MEDIDA CAUTELAR** pretendida pelo representante, tendo em vista a ausência dos pressupostos essenciais para a sua concessão.

III.2 **DETERMINAR A OITIVA** do Prefeito Municipal de Marataízes, senhor Robertino Batista da Silva e da Secretária Municipal de Governo, senhora Cristiane França de Souza Ribeiro, para se manifestarem, no prazo improrrogável de até **10 (dez) dias**, em conformidade com o §4º, do art. 125, da Lei Complementar 621/12 e o §3º, do art. 307, da Resolução TC 261/2013;

III.3 **NOTIFICAR** o prefeito municipal, senhor Robertino Batista da Silva, dando-lhe ciência deste procedimento fiscalizatório em andamento, para que, no uso de suas atribuições legais, adote as providências que entender necessárias, enquanto chefe do Poder Executivo Municipal;

III.4 **SUBMETER** os presentes autos ao rito ordinário, tendo em vista a ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do Regimento Interno;

II.5 **REMETER** os autos à SEGEX para que se encaminhe à área técnica responsável para prosseguimento da instrução do feito, após decorrido o prazo de que trata o item III.2.

III.6 Dar **CIÊNCIA** desta decisão ao representante, na forma do artigo 307, § 7º, do Regimento Interno do TCEES, aprovado pela Resolução 261 de 4 de junho de 2013, encaminhando-se a todos os interessados juntamente com o Termo de Notificação, cópia desta Decisão e da Manifestação Técnica 14666/2019-6.

Sergio Aboudib Ferreira Pinto

Conselheiro relator