



## **Acórdão 00678/2021-2 - Plenário**

**Processo:** 13198/2015-3

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMI - Prefeitura Municipal de Itapemirim

**Relator:** Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

**Interessado:** MINISTERIO PUBLICO ESPECIAL DE CONTAS

**Responsável:** LUCIANO DE PAIVA ALVES

**REPRESENTAÇÃO – NÃO CONHECIMENTO –  
EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO –  
ARQUIVAR – DAR CIÊNCIA**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:**

### **1. DO RELATÓRIO:**

Trata-se os presentes autos de Representação, encaminhada pelo Ministério Público de Contas (MPC) através do Despacho Nº 21.412/2015-7 235/20, narrando os fatos constantes do expediente protocolizado neste Tribunal de Contas sob Nº 65.695/2015-6 (fls. 1 a 26), pelo senhor Leonardo de Fraga Arantes, Vereador, que encaminhou o OFÍCIO GAB/VER/Nº 0437/2015, mediante o qual apresenta denúncia em face do Prefeito Municipal de Itapemirim sr. Luciano de Paiva Alves.

Em face do recebimento da Representação, o Processo foi encaminhado à então 3ª Secretaria de Controle Externo (3ª SCE) para instrução. Esta elaborou a MTP Nº 0926/2015, na qual conclui-se como relevantes somente dois processos licitatórios citados pelo denunciante, tendo em vista a possibilidade de existência de indicativos de irregularidades, referentes à compra de inscrições do evento denominado “Jornada Pedagógica” junto ao instituto Conhecer, bem como a uma possível

manipulação de procedimento administrativo para contratação de empresa visando à construção do Conjunto Terminal Pesqueiro Público de Itaipava. À época, sua proposta de encaminhamento sugere:

B) Que seja expedida notificação ao gestor do Poder Municipal de Itapemirim, sr. Luciano Paiva, no sentido de que sejam encaminhados a esta Corte de Contas os seguintes documentos.

1. Cópia digitalizada, na íntegra, do processo administrativo que culminou na contratação das empresas RDJ Engenharia Ltda e Construtora JRN Ltda, referente a concorrência pública 009/2015 (processo/protocolo 343/2015 – CP 009/2015), bem como as fichas financeiras das empresas em questão;

O gestor encaminhou a documentação solicitada pelo ofício OF/PGM;0027/2015. A SecexDenúncia elaborou a Manifestação Técnica 00212/2016 e quanto ao mérito referente à construção do conjunto do terminal pesqueiro de Itaipava, assim se manifestou:

#### 2.1 Processo/Protocolo 343/2015 – CP 009/2015

O processo trata da licitação para contratação de empresa para a construção de terminal pesqueiro do município de Itapemirim, a qual fora vencido e adjudicado para a empresa RDJ ENGENHARIA LTDA. Ocorre, porém, que a licitante derrotada, CONSTRUTORA JRN LTDA, interpôs na Justiça Estadual reclamação quanto à condução do certame licitatório (sustenta que a empresa RDJ ENGENHARIA LTDA não possui qualificação técnica demonstrada nos autos do certame licitatório em destaque), bem como solicitação de anulação do mesmo. Essa ação resultou na obtenção de uma liminar (processo 002950.80.2015.8.0026), cujo teor determinava a suspensão do contrato firmado entre o Município de Itapemirim e a RDJ ENGENHARIA LTDA até o provimento final do mérito da ação.

Posteriormente, a Administração Municipal reconhecendo o inabilitou a empresa RDJ ENGENHARIA LTDA e, ao mesmo tempo, habilitou a empresa CONSTRUTORA JRN LTDA, assinando com esta um novo contrato administrativo.

Ato contínuo, novamente, a Justiça Federal foi acionada por um dos licitantes que se sentiu prejudicado, culminando em nova liminar ( processo 0 0 0 3 2 8 5 - 0 2 . 2 0 1 5 . 8 . 0 8 . 0 0 2 6 ) concedida por aquele Órgão Estadual, desta vez com a determinação de que fossem suspensos os efeitos do ato administrativo que inabilitou a RDJ ENGENHARIA LTDA na Concorrência Pública nº 0912015, do contrato 370/12015 e do próprio procedimento licitatório deflagrado para a construção do conjunto terminal pesqueiro de Itaipava, até ulterior deliberação.

Feita esta breve exposição dos fatos na seara do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, relembramos que o Vereador que subscreve a presente representação, se mostra indignado com a não contratação da empresa RDJ ENGENHARIA LTDA, por considerar que o Prefeito Municipal de Itapemirim teria interesse em privilegiar a empresa CONSTRUTORA JRN LTDA, segundo o representante, por manter com seus sócios estreita relação de amizade.

Portanto, considerando, apenas, o motivo que levou o Vereador a representar este ponto, bem como considerando que a rescisão contratual entre a Prefeitura Municipal de Itapemirim e a empresa RDJ ENGENHARIA LTDA, foi motivada, a princípio, por uma decisão judicial, entendemos que não caberia a esta Corte de Contas, tendo como base somente as informações disponibilizadas pelo representante, promover ações de fiscalização.

**Entretanto, destaca - se que a competência para examinar e instruir processos relacionados às temáticas de obras e serviços de engenharia foi designado à Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia, razão pela qual sugiro a remessa dos presentes autos àquela Unidade Técnica para manifestação quanto a este ponto.**

Com base em nova liminar oriunda no Processo 0003285-02.2015.8.08.0026, a administração rescindiu o contrato 370/2015.

Dessa forma, considerando que os atos praticados pela administração no Processo/Protocolo 343/2015 – CP 009/2015 foram respaldados em decisões judiciais, não caracterizando nenhuma manipulação da licitação, a Manifestação Técnica 1528/2020, produzida pelo Núcleo de Construção Civil Pesada, sugeriu: “não aceitar como representação o argumento de manipulação para assinatura do Contrato 370/2015”.

Restou, porém, a análise, pela área técnica, de mais uma possível irregularidade, qual seja, referente à compra de inscrições do evento denominado “Jornada Pedagógica” junto ao Instituto Conhecer.

Porém antes do exame dessa irregularidade pela área técnica foi autuado o processo TC 1.700/2016, com o objetivo de fiscalizar, dentre outros, a legalidade e economicidade do processo ADM nº 28.195/15, firmado com a empresa Instituto Conhecer.

Tal processo (TC 1.700/2016) já teve elaboração de instrução técnica conclusiva, ou seja, está em fase mais avançada que o presente processo, razão pela qual o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, através da Manifestação Técnica 01622/2020, sugere o apensamento àquele processo.

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer nº 02023/2021, da lavra do Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu à proposta da Manifestação Técnica 1528/2020 de não conhecer da representação quanto à suposta manipulação de licitação para contratar empresa visando à construção do Conjunto Terminal Pesqueiro Público de Itaipava, porém divergiu da Manifestação Técnica 1622/2020 no que se refere à proposta de apensamento, em relação à outra irregularidade,

“considerando que matéria idêntica foi exaustivamente analisada no processo TC 1700/2016 e que eventual apensamento em nada contribuiria para o trâmite processual, opina pelo **arquivamento** dos autos”.

**É o relatório. Passo a fundamentar.**

## VOTO

### 2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

O presente processo trata de duas irregularidades: a) referente à compra de inscrições do evento denominado “Jornada Pedagógica” junto ao Instituto Conhecer e b) possível manipulação de procedimento administrativo para contratação de empresa visando à construção do Conjunto Terminal Pesqueiro Público de Itaipava.

Em relação a esta última, a Manifestação Técnica 1528/2020 constatou, no que foi acompanhada pelo Parecer nº 02023/2021 do Ministério Público de Contas, que “todos os atos praticados pela administração no Processo/Protocolo 343 – CP 009/2015 foram respaldados em decisões judiciais, não caracterização nenhuma manipulação da licitação”.

Assim fundamentou o Parecer nº 02023/2021 do Ministério Público de Contas sobre esta irregularidade:

No que tange à possível manipulação para cancelamento do contrato 327/2015, que supostamente favoreceria a empresa CONSTRUTORA JRN LTDA em detrimento da empresa RDJ ENGENHARIA LTDA, tais eventos não ficaram comprovados, eis que os atos foram desdobramentos pelo cumprimento de decisões judiciais, a exemplo do processo judicial 0002950-80.2015.8.08.0026:

*Número do Processo: 0002950-80.2015.8.08.0026*

*Requerente: CONSTRUTORA JRN LTDA*

*Requeridos: PREFEITO MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM, RDJ ENGENHARIA LTDA, PRESIDENTE DA COMISSAO DE LICITACAO DE ITAPEMIRIM ES*

*DECISÃO*

*Custas pagas (fls. 19/20).*

*Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por CONSTRUTORA JRN LTDA em face da PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM/ES, da PREFEITA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM/ES, e ainda, como litisconsorte necessária, a empresa RDJ ENGENHARIA LTDA.*

*Argumenta a impetrante, em síntese, que participou de concorrência pública n. 009/2015, objetivando a contratação de empresa especializada para execução de obras e serviços de construção do Conjunto Terminal Pesqueiro Público de Itaipava, nesta cidade, sendo habilitada e classificada.*

*Aduz, contudo, que a Comissão de Licitação desconsiderou falhas existentes na proposta da empresa RDJ ENGENHARIA LTDA, permitindo a sua habilitação de forma ilegal no certame, e declarando a mesma como vencedora, tendo como motivação o fato de ter ofertado proposta comercial em valor inferior ao da Impetrante.*

*Salienta entre as irregularidades encontradas (1) o não atendimento das exigências contidas nos itens "10.4.1", alíneas "f" e "g", e 10.4.2, alíneas "e" e "g" do edital, quanto a necessidade de qualificação técnico-operacional e técnico-profissional; (2) a ausência de certidão negativa de falência, concordata ou de recuperação judicial, constante do item "10.4.11", e a apresentação de certidão positiva informando que a empresa se encontra em processo de recuperação judicial; (3) o índice de endividamento da litisconsorte necessária, superior ao previsto no edital - item "10.5.9".*

*Alega que interpôs recurso administrativo, no entanto, que fora julgado improcedente e que o julgamento do recurso e o resultado final do certame não foram publicados em órgão oficial pelo ente público municipal, e a impetrante só tomou conhecimento do resultado do procedimento licitatório quando da publicação do aviso de contratação da empresa litisconsorte, no dia 26/08/2015.*

*Ressalta que os atos administrativos referentes ao certame não observaram devidamente a Lei de Licitações, notadamente porque não é permitida a flexibilização do comando editalício.*

*Afirma possuir direito líquido e certo para obter a concessão do presente mandamus, requerendo que seja concedida liminar para que as autoridades coatoras suspendam o contrato administrativo referente à Concorrência Pública nº 009/2015, mormente para não dar qualquer ordem de serviço a empresa litisconsorte, para fins de execução da obra até o provimento final do mérito do presente mandamus.*

*A inicial foi instruída com documentos de fls. 21/173.*

*É o relatório, em síntese.*

**DECIDO.**

*É cediço que o mandado de segurança possui pressuposto específico, além dos processuais e das condições da ação, que se constitui na existência de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão.*

*Por direito líquido e certo, entende-se aquele que deflui de fatos incontroversos e, como tais, somente são havidos aqueles que se demonstram previamente e sem sombra de dúvidas, por meio de prova documental. Nesse sentido é a lição do Mestre Hely Lopes Meirelles:*

*Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há que vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. (in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data", Editora Revista dos Tribunais, 16ª edição, São Paulo - 1995, pág.12).*

*Entendo que o caso é de deferimento da liminar.*

*Para fins de exame da concessão da liminar, no mandado de segurança, impõe-se reconhecer, no poder de cautela, o fumus boni iuris, verificando-se uma provável procedência da ação, com base em prova pré-constituída, sem que importe julgamento do mérito.*

*A liminar não importa prejulgamento do pedido, somente preserva o impetrante de lesão irreparável ou de difícil reparação.*

*Quanto ao segundo requisito, verifica-se a possibilidade de ocorrer lesão irreparável ao direito da impetrante, se sua pretensão só for reconhecida na decisão de mérito.*

*No caso concreto, verifico que a realização da concorrência pública tem por finalidade a contratação de empresa especializada para construção de um terminal pesqueiro público, na localidade de Itaipava, nesta cidade.*

*Por certo, em sendo detectada a inadequação da proposta apresentada em certame licitatório, a lei de licitação previu a possibilidade de imediata desclassificação, pelo não atendimento dos critérios objetivos previstos nos artigos 47 e 48, inciso I, da lei nº 8.666/93.*

*Transcrevo os artigos, por oportuno:*

*“Art. 47. Nas licitações para a execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação.”*

*“Art. 48. Serão desclassificadas:*

*I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;"*

*Pois bem, com relação ao primeiro ponto questionado pela impetrante, observo que, não obstante a juntada de declarações e atestados de responsabilidade técnica pela empresa RDJ ENGENHARIA LTDA (fls. 69/117), tais documentos não estão a demonstrar, em primeira análise, o cumprimento dos requisitos constantes do edital nos itens 10.4.1", alíneas "f" e "g", e 10.4.2, alíneas "e" e "g" (fls. 45/46), para execução dos serviços, a saber: a quantidade mínima para tubulão com camisa de aço e bombeamento permanente de água e para fornecimento de guindaste.*

*No que pertine a ausência de certidão negativa de falência, concordata ou de recuperação judicial, prevista no edital no item "10.4.11" (fls. 48), em que pese a certidão positiva acostada às fls. 119/120, constato que fora apresentada certidão pela empresa ora litisconsorte, que noticia a ausência de insolvência da empresa, e sua aptidão para participar de licitações (fls. 121), o que atende, a princípio, ao requisito editalício ora apontado.*

*Concerne ao índice de endividamento da litisconsorte necessária, superior ao previsto no edital - item "10.5.9" (fls. 50), o documento de fls. 127 não atende ao percentual indicado de 0,50 (zero vírgula cinquenta).*

*Desta feita, não houve o atendimento integral das exigências determinadas no instrumento editalício, conforme disposto em seu item "10.5.12" e "10.5.13" (fls. 51).*

*Neste norte, o julgado abaixo:*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. PREGÃO PRESENCIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO LIMINAR. A concessão de liminar na via mandamental exige que o direito líquido e certo seja demonstrado por prova documental inequívoca e pré-constituída. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO FINANCEIRA. ÍNDICE DE GRAU DE ENDIVIDAMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATORIO. O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser observado por todos os licitantes, para que concorram em igualdade de condições. [...] Decisão mantida. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70059064162, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 28/03/2014)**

*Salienta-se ainda que a ausência de comunicação e intimação dos atos, constitui afronta ao princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos.*

*Presentes, portanto, o fumus boni iuris e o periculum in mora, pelos seguintes fundamentos: é cediço, que a Licitação é um processo administrativo que fundamenta o contrato administrativo e que tem como escopo escolher a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, tendo em vista a*



*estrita observância aos princípios Constitucionais estabelecidos no artigo 37 Caput da Constituição Federal, a indisponibilidade do bem público, bem como ao desenvolvimento nacional sustentável, que passou a constar de forma expressa no artigo 3º da Lei n. 8.666/93, com o advento da Lei n. 12.349/2010.*

*Ademais, a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação, não podendo haver quaisquer omissões ou contrariedades nos termos estabelecidos, nem tampouco tolerar qualquer lacuna.*

*Nesta senda, ao meu ver, em uma análise sumária, os atos administrativos ora atacados apresentam falhas autorizadoras da pretensão liminar.*

*Com efeito, sob o aspecto da plausibilidade jurídica da pretensão, bem como a existência de elementos que demonstram urgência quanto a pretensão buscada, emerge, deste modo, a total presença de risco de irreparabilidade do direito perseguido em caso de não concessão da liminar.*

*Posto isso, DEFIRO O PEDIDO LIMINAR pelas razões acima indicadas, determinando aos impetrados a imediata suspensão do contrato administrativo nº 327/2015 relativo à Concorrência Pública nº 009/2015, até o provimento final do mérito do presente mandamus.*

*Notifiquem-se as autoridades impetradas do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, prestem as informações.*

**CUMPRA-SE POR OFICIAL DE JUSTIÇA PLANTONISTA.**

*Notifique-se, nos mesmos termos, a litisconsorte necessária.*

*Dê-se ciência do feito ao órgão de representação judicial - Prefeitura Municipal de Itapemirim/ES, enviando-lhe cópia da inicial para que, querendo, ingresse no feito (Lei nº 12.016/2009, art. 7º).*

*Prestadas as informações, ou decorrido o prazo, dê-se vista ao Ministério Público para manifestação no prazo improrrogável de 10 (dez) dias. Em seguida, com ou sem o parecer do parquet, venham conclusos.*

*Observe a serventia o disposto no art. 11, da Lei nº 12.016/2009.*

*Itapemirim/ES, 24 de setembro de 2015.*

**FELIPE ROCHA SILVEIRA**

*Juiz Substituto*

E do Processo judicial nº 0003285-02.2015.8.08.0026:

*Número do Processo: 0003285-02.2015.8.08.0026*



Requerente: RDJ ENGENHARIA LTDA

Requerido: CONSTRUTORA JRN LTDA, PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM ES, PREFEITO MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM

### SENTENÇA

Vistos etc.

*RDJ Engenharia Ltda impetrou mandado de segurança em face do Sr. Prefeito Municipal de Itapemirim e do Procurador-Geral do Município, requerendo, em síntese, a "...suspensão dos efeitos de todos os atos praticados no processo administrativo após a interposição do recurso de 22.09.2015 pela Construtora JRN Ltda, especialmente para obstar o ato convocado para o dia 03.11.2015 e a prática de quaisquer atos concernentes ao Contrato 370/2015", assim como a declaração de nulidade "...de todos os atos praticados no processo administrativo referente à Concorrência Pública nº 09/2015 após a interposição do recurso de 22/09/15 pela construtora JRN Ltda., especialmente do parecer jurídico de 05/10/2015 (fls. 1490/1511), do ato de 06/10/2015 (fl. 1526) e do Contrato nº 370/2015 (fls. 1530/1546), sem prejuízo de outros que a eles sucederem no curso desta demanda" (f. 24).*

*Sustentou a impetrante, em síntese, que "...celebrou junto ao Município de Itapemirim o Contrato nº 327/2015 (fls. 1443/1459 do doc. 2) cujo objeto era a construção do conjunto terminal pesqueiro de Itaipava, no valor de R\$ 34.289.455,62..."; enquanto aguarda a ordem de serviço para o início da execução das obras "...foi surpreendida com o recebimento de 'carta de notificação/intimação' para ciência do mandado de segurança nº 0002950-80.2015.8.08.0026 impetrado pela outra licitante – a Construtora JRN Ltda – contra o ato que a reputara habilitada para o certame em questão"; "Não obstante a decisão judicial tenha sido tão somente no sentido de suspender o contrato mantido com a RDJ, no dia 09/10/15, ao acessar o site da Prefeitura Municipal de Itapemirim, a ora impetrante constatou a informação abaixo, no sentido de que teria sido assinado com a construtora JRN Ltda., na data de 08/10/2015, o contrato para construção do mesmo conjunto terminal pesqueiro público de Itaipava, neste Município, com previsão de início das obras e serviços na semana seguinte"; "...no dia 06.10.2015, numa só canetada, o Il. Prefeito Municipal (...) anulou 'atos do processo' licitatório, anulou o contrato celebrado com a RDJ, acolheu recurso administrativo interposto pela JRN após o fim do certame, declarou-a vencedora no certame e homologou o resultado da licitação, adjudicando-lhe o objeto"; "Já no dia seguinte, 07.10.15, o contrato com a JRN foi efetivamente assinado, com a publicação do respectivo extrato no dia 09.10.2015..."; "...a contratação da JRN foi determinada e efetivada sem que o envelope de sua documentação de habilitação tenha sido sequer aberto"; "com a supressão de uma fase absolutamente indispensável do processo licitatório, incorreu-se em gritante e inequívoca afronta à legislação"; "...não há qualquer dúvida de que o ato coator causa prejuízo à esfera jurídica da impetrante, de sorte que necessariamente deveria ter sido precedido de processo em que lhe fosse assegurado o exercício pleno de seu contraditório e de sua ampla defesa"; "...no caso dos autos, em que a licitação já havia terminado e o Município celebrado com a impetrante o contrato nº 327/2015, é rigorosamente*

*impossível negar a ilegalidade do parecer e do ato (...) que o anulou”; “...não bastassem os atos praticados pelas autoridades coatoras o tenham sido à total revelia da RDJ, eles culminaram com a adjudicação do objeto licitado a uma empresa cuja qualificação não chegou a ser aferida pela d. comissão de licitação”.*

*Com a inicial foram juntados os documentos de ff. 25-1839.*

*O pedido de liminar foi deferido às ff. 1841-1842.*

*O Município de Itapemirim, o Sr. Prefeito Municipal e o Procurador-Geral do Município prestaram informações às ff. 1845-1857, relatando, em suma, que reconhecem a procedência do pedido, concordando que a inabilitação da impetrante e a verificação dos documentos apresentados pela outra licitante não obedeceram ao procedimento previsto no edital e na legislação municipal que regulamenta a matéria. Afirmaram que “...(a) a inabilitação da impetrada e (b) a anulação dos atos subseqüentes em seu favor merecem abertura de prazo onde se possa exercer sua defesa. Igualmente, a (c) verificação documental (inabilitação ou habilitação da litisconsorte) deve seguir os procedimentos de estilo e ensejará do mesmo modo a abertura de prazo recursal” (f. 1857).*

*A litisconsorte Construtora JRN Ltda apresentou contestação às ff. 1869-1875, suscitando preliminar de inépcia da petição inicial. Alegou, ainda, a existência de “periculum in mora” inverso, pois a obra já está em andamento e não foi questionado pela RDJ o conteúdo da decisão que a inabilitou. Sustenta a inexistência de impugnação quanto ao conteúdo de sua inabilitação, rechaçando a existência de qualquer nulidade. Pugnou, ao final, pela revogação da liminar, com a conseqüente improcedência da impetração. Juntou os documentos de ff. 1876-2107.*

*Parecer do Ministério Público à f. 2109, no sentido da desnecessidade de sua intervenção.*

*É o relatório. Decido.*

*Inicialmente, quanto à questão preliminar suscitada pela litisconsorte passiva, entendo não há que se falar em inépcia quando a inicial contém todos os requisitos do art. 282, do Código de Processo Civil. No caso dos autos, a petição inicial do presente mandado de segurança apresenta os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, permitindo o entendimento da controvérsia e o pleno exercício do direito de defesa. Tanto é assim que o Município e as Autoridades Impetradas reconheceram a procedência do pedido.*

*Ademais, não há vedação para que o Magistrado, ao analisar o pedido de liminar, de natureza nitidamente cautelar, prolate decisão judicial pontualmente diversa da postulada, mas necessária e suficiente à tutela do direito controvertido.*

*Rejeito, pois, esta preliminar.*

*Quanto ao mérito, observa-se que a impetrante questiona o ato administrativo que a inabilitou do certame e a consequente contratação da outra licitante. Alega que não foram respeitados os direitos ao contraditório e à ampla defesa e ao próprio procedimento previsto para o desenvolvimento da licitação.*

*Este juízo, ao apreciar o pedido de liminar, deixou consignado o seguinte:*

*O exame dos documentos que instruem o presente mandado de segurança demonstram, em juízo de cognição sumária, que a impetrante, depois de ser declarada vencedora da licitação para construção do terminal pesqueiro de Itaipava, com a adjudicação do objeto em seu favor, inclusive com a assinatura do contrato, foi eliminada do certame e declarada inabilitada. Os autos permitem inferir que a ela não foi concedido o direito de defesa, sendo que o objeto da licitação restou adjudicado em favor de uma outra empresa licitante, então classificada em segundo lugar. Com efeito, não se discute que é dever da autoridade administrativa zelar pela lisura da licitação, anulando os atos que estiverem em desacordo com a lei, inclusive quando relacionados à habilitação em procedimento licitatório. Através da prerrogativa da autotutela é possível que a Administração Pública reveja seus próprios atos, podendo a revisão ser ampla, para alcançar aspectos de legalidade e mérito (juízo de conveniência e oportunidade). Trata-se, com efeito, de princípio administrativo inerente à supremacia do interesse público sobre o particular. A autotutela se caracteriza pela iniciativa de ação atribuída aos próprios órgãos administrativos. Vale dizer: significa que, se for necessário rever determinado ato ou conduta, a Administração poderá fazê-lo de ofício, usando sua autoexecutoriedade, sem que dependa necessariamente de que alguém o solicite. Diante de ato com vício de legalidade, deve o administrador tomar a iniciativa de anulá-lo; caso seja necessário rever ato válido, porém não mais oportuno, a Administração deve providenciar sua revogação. Nesse sentido, a propósito, as súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal, respectivamente: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. É indiscutível, pois, que a Administração tem o dever de invalidar, de ofício, os atos contrários à legalidade. Modernamente, contudo, tem-se entendido que esse dever está sujeito a limites e condições para o seu exercício, dentre as quais se inclui a observância do direito de defesa, formalidade essencial ao ato de invalidação. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que, quando forem afetados interesses individuais, “a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada” (RE 158.543-9 – Min. Marco Aurélio – DJ 06.10.1995). Na situação retratada nestes autos, o Sr. Prefeito anulou o contrato formalizado com a impetrante e, no mesmo ato, homologou o procedimento licitatório e adjudicou o objeto da licitação à empresa JRN Construtora Ltda. Ocorre que a prévia oitiva da impetrante se fazia necessária para que fossem ponderados os interesses em jogo, até porque há dispositivo expreso na Lei de Licitações impondo ao*

*administrador público o dever de observar o contraditório e a ampla defesa, nas hipóteses de desfazimento do processo licitatório. Confira-se a redação do art. 49, §3º da Lei 8.666 de 1993. “Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. § 3o No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa”. Não cabe aqui analisar a legalidade do procedimento levado a efeito pelo Município no que tange à inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, mas é possível afirmar que, uma vez desclassificada a primeira colocada, a aferição dos requisitos para habilitação da segunda deveria seguir o mesmo procedimento levado a efeito com a primeira, inclusive com possibilidade de interposição de recurso, com efeito suspensivo, da decisão que viesse a ser proferida pela comissão. Assim, entendo que estão presentes os requisitos necessários à concessão da liminar postulada, já que a continuidade da licitação pode resultar a ineficácia da medida, caso deferida apenas ao final do processo. Ante o exposto, com fundamento no artigo 7º, III, da Lei 12.016 de 2009, defiro o pedido de liminar para suspender os efeitos do ato administrativo que inabilitou a impetrante na concorrência pública nº 009/2015, do contrato 370/2015 e do próprio procedimento licitatório deflagrado para a construção do Conjunto Terminal Pesqueiro de Itaipava, até ulterior deliberação.*

*Com efeito, o próprio Município de Itapemirim, ao prestar informações, juntamente as Autoridades impetradas, reconheceram a procedência do pedido formulado nesta impetração, notadamente quanto à ausência de contraditório e ampla defesa antes da inabilitação da impetrante, sem prejuízo da abertura de prazo para recurso da decisão subsequente. Da mesma forma, não promoveu o julgamento da habilitação da outra licitante, litisconsorte passiva, em sessão pública, nos termos da legislação.*

*Assim, diante das circunstâncias fáticas delineadas, impõe-se homologar o reconhecimento da procedência do pedido.*

*A contestação apresentada pela litisconsorte necessária não pode ser acolhida, pois diante da flagrante violação aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório não era mesmo o caso de se prosseguir com o certame e muito menos dar seguimento às obras, o que ocorrerá, naturalmente, quando resolvida as questões atinentes à legalidade do procedimento.*

*Por outro lado, a questão de fundo – correção ou não da decisão administrativa – não pode se sobrepor aos postulados constitucionais que conferem aos litigantes, em processo constitucional ou administrativo – o contraditório e a ampla defesa.*

***Ante o exposto, homologo o reconhecimento da procedência do pedido, concedendo a segurança postulada na inicial e tornando definitiva a liminar deferida. Em consequência, deverá o Município oportunizar à impetrada o contraditório e a ampla defesa antes de sua eventual***

***inabilitação, assim como garantir a ela o direito de recurso em face da decisão subsequente, nos termos do artigo 12, do Decreto Municipal 8.430 de 2014, determinando, ainda, no caso de sua inabilitação, que a verificação documental da outra licitante (inabilitação ou habilitação da litisconsorte) siga os procedimentos de estilo, com abertura de prazo recursal.***

*No caso de cumprimento da presente sentença na esfera administrativa, fica autorizado o prosseguimento da licitação e a execução do contrato, salvo ulterior deliberação.*

*Custas pelas Autoridades impetradas.*

*Os honorários advocatícios são indevidos, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016 de 2009 e das Súmulas nº 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.*

*Sentença sujeita ao reexame necessário (art. 14, § 1º, da Lei 12.016 de 2009).*

*P. R. I.*

*ITAPEMIRIM, 01/12/2015*

**RAFAEL MURAD BRUMANA**

*Juiz de Direito*

Ficou demonstrado, portanto, não ser possível inferir que as decisões administrativas tenha sido eivadas de interesse de qualquer parte, posto que o Poder Judiciário, através das liminares concedidas, contribuíram para o deslinde da questão.

Cabe registrar, ainda, que a sentença determinou a reabertura dos prazos para que a empresa RDJ Engenharia pudesse exercer o direito ao contraditório e ampla defesa, e não o afastamento sumário da empresa concorrente, Construtora JRN.

Tal apontamento se mostra relevante, já que mesmo após o longo imbróglio, administrativo e judicial, a empresa Construtora JRN sagrou-se vencedora do certame, conforme consta na publicação do Diário Oficial do Município de 26 de janeiro de 2016 e 23 de fevereiro de 2016:

|   |  |
|---|--|
| <b>Município de Itapemirim-ES<br/>CONCORRÊNCIA PÚBLICA<br/>Nº. 009/2015<br/>PROCESSO Nº. 343/2015<br/>RESULTADO</b>   | <b>RESUMO DO CONTRATO Nº<br/>129/2016</b>  |
| <p>A CEL, respaldada pelo parecer técnico do setor de engenharia da PMI, declara a empresa CONSTRUTORA JRN LTDA vencedora deste certame, pelo valor global de R\$ 40.819.122,93 (quarenta milhões oitocentos e dezenove mil cento e vinte e dois reais e noventa e três centavos).</p> <p>Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS VISANDO À CONSTRUÇÃO DO CONJUNTO TERMINAL PESQUEIRO PÚBLICO DE ITAIPAVA-ITAPEMIRIM/ES, sob o regime de EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO de acordo com o processo administrativo protocolado sob nº. 343/2015.</p> | <p>CONTRATANTE: MUNICIPIO DE ITAPEMIRIM<br/>CONTRATADA: CONSTRUTORA JRN LTDA<br/>OBJETO: Execução de obras e serviços visando a construção do conjunto terminal pesqueiro público de Itaipava.<br/>VALOR: R\$ 40.819.122,93 (quarenta milhões, oitocentos e dezenove mil, cento e vinte e dois reais e noventa e três centavos).<br/>EXECUÇÃO/VIGÊNCIA: 18 (dezoito) meses.<br/>DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA:<br/>013.023.11.332.090.1132 – 4490510000 – 16040000 – 843.<br/>PROCESSO: Protocolo nº 343/2015 – CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 009/2015.</p> |
| <p>Itapemirim, 25 de Janeiro de 2016<br/><b>Delcineia Rodrigues da Silveira</b><br/>Comissão Especial de Licitação<br/>Presidente</p>   | <p>Itapemirim-ES, 22 de fevereiro de 2016<br/><b>LUCIANO DE PAIVA ALVES</b><br/>Prefeito Municipal</p>   |

Nesta toada, a conclusão da proferida pelo Núcleo de Controle Externo Construção Civil Pesada, contida na Manifestação Técnica 01528/2020-5, revela-se adequada:

*“Todos os atos praticados pela administração no Processo/Protocolo 343/2015 – CP 009/2015 foram respaldados em decisões judiciais, não caracterizando nenhuma manipulação da licitação.”*

De fato, não é competência do TCEES a análise de liminares judiciais referentes a licitações, razão pela qual entendo pelo não conhecimento da representação no que toca este ponto.

Em relação à primeira irregularidade (compra de inscrições do evento denominado “Jornada Pedagógica” junto ao Instituto Conhecer), há uma divergência entre a área técnica e o Ministério Público de Contas.

A área técnica sugere o apensamento dos presentes autos ao Processo TC 1.700/2016, haja vista este ter como objeto, dentro outros, fiscalizar a legalidade e economicidade do processo ADM nº 28.195/15, firmado com a empresa Instituto Conhecer e encontra-se com a instrução técnica conclusiva elaborada, ou seja, em fase mais avançada que o presente processo.



Já o Ministério Público de Contas entende pelo arquivamento dos autos no que se refere a essa irregularidade, considerando que matéria idêntica foi exaustivamente analisada no processo TC 1700/2016 e que eventual apensamento em nada contribuiria para o trâmite processual.

Mostra-se abaixo o posicionamento do Órgão Ministerial por meio do Parecer nº 02023/2021:

Pois bem, o posicionamento do **Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo**, diverge parcialmente da proposta contida na **Manifestação Técnica 01622/2020-1**, que independentemente de transcrição passa a ser parte integrante deste parecer.

Do compulsar os autos, verifica-se que os fatos referentes à contratação do INSTITUTO CONHECER já foram analisados nos autos do processo **TC 1700/2016**, quando da confecção da **Instrução Técnica Conclusiva 05501/2020-3**, que inclusive foi acompanhada pelo MPCES, sendo desnecessário o prosseguimento da demanda neste ponto.

Ao analisar a questão a área técnica se manifestou pelo afastamento da irregularidade no que tange à motivação para contratação, porém manteve a irregularidade quanto aos pagamentos, posto que os considerou irregulares, senão vejamos:

**4.2.1 Ato antieconômico e ilegítimo. Ausência ou inadequação das justificativas, ausência de motivação e da Demonstração do interesse público para a contratação (subitem 2.2.1 do RAO 12/2017)**

(...)

*C. Processo 28.195/15. Jornada Pedagógica 2015. Instituto Conhecer. R\$ 553.932,00 (subitem 2.2.1.3 do RAO 12/2017)*

(...)

*Com relação ao achado propriamente dito, igualmente à análise feita no subitem 4.2.1, A e B, desta ITC, entende-se que os elementos constantes nos autos não permitem validar a conclusão a que chegou a equipe de auditoria no sentido de que os serviços contratados não tinham interesse público e que, por isso, deveriam ser ressarcidos integralmente os valores pagos por essas contratações.*

*Isto porque não se pode afirmar que não há interesse público em palestras, cursos ou eventos de capacitação pelo só fato de terem curta duração de tempo, ou que o curto espaço de tempo dos cursos/palestras/eventos seja impeditivo da transmissão ou da assimilação do conhecimento.*

*Também não há evidências nos autos comprovando que os serviços eram supérfluos ou desnecessários, como afirmou o RAO 12/2017.*

*Assim, se entende que não há como prosperar a pretensão de ressarcimento integral das despesas, por falta de interesse público, como apontado no RAO 12/2017.*



*Não se quer dizer com esta conclusão que a contratação obedeceu ao princípio da economicidade, pois, a forma de pagamento por inscrições, em evento com a participação de muitos servidores (em média 500), em cursos cujos valores unitários das inscrições giravam em torno de R\$ 500,00 a R\$ 1.000,00, configura ato antieconômico e mau uso do dinheiro público, objeto do achado 2.2.3 do RAO/2017, que será analisado mais adiante nesta ITC, mais precisamente no subitem 4.2.3.*

*Portanto, por tudo visto, a análise dos autos não confirma a irregularidade apontada no achado ora analisado.*

*Diante do exposto, sugere-se o **afastamento do achado**.*

*(...)*

#### **4.2.3 Liquidação e pagamento irregular de despesas. Superfaturamento (subitem 2.2.3 do RAO 12/2017)**

*C. Processo 28.195/15. “Jornada Pedagógica 2015”. Instituto Conhecer. R\$ 553.932,00 (subitem 2.2.3.3 do RAO 12/2017)*

*(...)*

*Diante do exposto, sugere-se a **manutenção do achado e a condenação dos responsáveis ao Ressarcimento de 171.289,49 VRTE**, equivalentes à época a R\$ 460.272,00, bem como à multa prevista no artigo 135, incisos II e III, da LOTCEES.*

*Sugere-se, ainda, a expedição de ofício ao MPES acerca dos fatos tratados no presente achado, uma vez que podem ter relação com a operação “Olisipo”, realizada pelo referido órgão de controle no Município de Itapemirim e que investigava a prática de crimes em contratações públicas.*

Neste ponto, considerando o exaurimento da matéria naquele processo (TC 1700/2016), o apensamento não se revelaria como medida adequada, haja vista a avançada fase processual que se encontra, diametralmente oposta ao processo em questão.

De certo, como a matéria já está exaurida no Processo TC 1700/2016, inclusive com Instrução Técnica Conclusiva 05501/2020 anuída pelo Ministério Público de Contas, entendo por acompanhar o Órgão Ministerial no sentido de ser desnecessário o apensamento dos presentes autos ao Processo TC 1700/2016, devendo ser realizado o arquivamento no que toca à irregularidade de compra de inscrições do evento denominado “Jornada Pedagógica” junto ao Instituto Conhecer.

### 3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, divergindo do entendimento da Área Técnica e acompanhando o Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

**LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA**  
**Conselheiro Relator**

#### 1. ACÓRDÃO TC-678/2021 – PLENÁRIO

**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 pelo Relator, em:

**1.1. Não conhecer da representação** em relação à suposta manipulação de procedimento administrativo para contratação de empresa visando à construção do Conjunto Terminal Pesqueiro Público de Itaipava, com fulcro no art. 176 c/c parágrafo único do art. 182 ambos do Regimento do TCEES aprovado pela Resolução 261/2013.

**1.2. Extinguir o processo sem resolução de mérito** no que toca à irregularidade de compra de inscrições do evento denominado “Jornada Pedagógica” junto ao instituto Conhecer, haja vista a matéria estar exaurida no Processo TC 1700/2016, arquivando os autos com fulcro no inciso III do art. 330 do Regimento do TCEES.

**1.3. Dar ciência aos interessados**, bem como ao representante, conforme mandamento do § 7º, art. 307 do Regimento do TCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 27/05/2021 - 26ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**