



Decisão 01652/2021-1 - 1ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 02005/2021-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMP - Prefeitura Municipal de Piúma

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Representante: SAO CARLOS COMERCIO E SERVICOS EIRELI

Responsável: POLYANNA HELVECIO GOMES, PAULO CELSO COLA PEREIRA

REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÚMA – PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO - RATIFICAR A DECISÃO MONOCRÁTICA 00412/2021-8 DEFERIR MEDIDA CAUTELAR .

1. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, devendo ser submetida à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão nos termos regimentais.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação, ajuizada nesta Corte de Contas pela empresa

São Carlos Comércio e Serviços EIRELI - ME, em face da Prefeitura Municipal de Piúma, suscitando possível irregularidade na fase de classificação do procedimento licitatório -Tomada de Preços 001/2021, do tipo menor preço, cujo objeto é a *contratação de empresa especializada em prestação de serviços para manutenção preventiva, corretiva, remodelação, efficientização e de ampliação do Sistema de Iluminação Pública do município.*

Em breve síntese, a empresa Representante se insurge em face de sua desclassificação em razão de suposta inexecuibilidade de preços, que alega ter sido devidamente revista pela municipalidade, sendo, todavia, mantida a sua desclassificação pela ausência da apresentação de Cronograma Físico-Financeiro, exigido no edital em comento.

Aduz a empresa representante, que os valores a serem pagos mensalmente serão apurados mês a mês, por se tratar de prestação de serviços com apontamentos diários em horas, conforme alega:

“É sintomático também que entre os anexos contidos no Edital, não se encontra o destinado ao “Cronograma Físico Financeiro”, deixando a licitante inclusive sem parâmetros, se em dúvidas quanto à necessidade ou não de sua apresentação, tendo em vista a própria natureza do serviço e os apontamentos que deverão ser efetuados junto ao Anexo I-B, que suprem perfeitamente, e com mais propriedade, as eventuais informações que seriam prestadas junto ao Cronograma Físico Financeiro.”

Ao final, pugna pelo deferimento de medida cautelar para determinar a imediata suspensão do certame licitatório, por considerar que a desclassificação apontada, não se sustenta no campo fático e jurídico, restando claro, segundo alega, que por mera formalidade, o município de Piúma será prejudicado frente a considerável diferenciação do valor ofertado.

Por meio da Decisão Monocrática 00341/2021-1 oportunizei à municipalidade

apresentação de justificavas, que a fez conforme se depreende dos eventos 9 ao 25 destes autos.

Posteriormente, nos termos do **Despacho 20846/2021-1**, em análise preliminar do feito, **conheci** da presente Representação, face ao preenchimento dos requisitos autorizadores ao seu processamento.

Ato contínuo, submeti o presente à análise e manifestação técnica quanto ao pedido cautelar, nos termos do art. 307, §2º do RITCEES (aprovado pela Res. TC 261/2013). O NCP - Núcleo de Controle Externo Construção Civil Pesada após análise das argumentações trazidas pelo Representante, manifestou-se conclusivamente, nos seguintes termos:

3 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante ao exposto, submeto a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Nos termos do art. 124 da Lei Complementar nº 621/2012, seja concedida **medida cautelar**, determinando ao Prefeito Municipal de Piúma, **Sr. Paulo Cola**, a suspensão da licitação Tomada de Preço 01/2021 ou eventual contratação dela decorrente, caso a contratação já tenha ocorrido, que se proceda a suspensão da ordem de serviço, até posterior deliberação nos autos deste processo;

3.2. **Determinar** ao Prefeito Municipal, **Sr. Paulo Cola**, que junte aos autos prova do cumprimento da decisão cautelar, nos termos do art. 307¹, § 4º do RITCEES, sob pena de multa.

Sugere-se ainda, em homenagem ao princípio do contraditório e ampla defesa, o **encaminhamento de cópia** desta Manifestação ao **representado** e que se se dê **ciência** ao representante do teor da decisão a ser proferida, conforme mandamento do §7º², do art. 307, da Resolução TC 261/2013.

¹ Art. 307, § 4º Em caso de deferimento de medida cautelar, o responsável será notificado para, no prazo assinalado, cumprir a decisão, publicar extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicar as providências adotadas ao Tribunal.

² Art. 307, § 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

Diante da urgência da questão e da impossibilidade de submissão aos membros da Primeira Câmara desta Corte de Contas, deferi monocraticamente, no último dia 27 de maio, medida cautelar, haja vista, a gravidade das possíveis irregularidades na realização do procedimento em referência.

A Decisão monocrática nº **00412/2021-8** foi fundamentada nos seguintes termos:

II- FUNDAMENTAÇÃO

II. 1 DOS PRESSUPOSTOS DA MEDIDA CAUTELAR.

Notadamente, compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de medidas para o fiel cumprimento da lei, bem como a sustação de ato impugnado. Nesse passo, nas hipóteses de comprovada urgência, poderá o Relator decidir pela concessão de cautelar, conforme se extrai do teor do art. 124 da Lei Complementar 621/2012:

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.**

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno.

A análise do substrato conceitual para o deferimento da medida cautelar está relacionada à existência dos requisitos que a doutrina denomina de *fumus boni juris* e o *periculum in mora*,

indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento, na forma prescrita no art. 379 do RITCEES³.

O primeiro requisito é constituído pelo *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito, definido pelos doutrinadores como juízo de probabilidade da existência do direito perseguido. Para obter a tutela cautelar, deve-se convencer o julgador 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 conseqüente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 460) leciona que o Código de Processo Civil exige elementos de convicção que evidenciem a probabilidade do direito, não sendo necessária a prova da realidade do direito postulado. Trata-se do conhecido ***fumus boni iuris* (fumaça do bom direito)**. Desse modo ainda que não esteja plenamente provada a existência de um direito, se houver a simples probabilidade de tal existência, a tutela deverá ser concedida.

O outro requisito é traduzido pelo ***periculum in mora*** ou o **risco de ineficácia da decisão de mérito**, conceituado como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. Nesse contexto, 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 este requisito.

³ 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 lesão ao erário ou a direito alheio; e
II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Para Didier (2015, p. 596), essa probabilidade traduz-se na verossimilhança fática, através da qual, se constata que há um grau considerável de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. Ou seja, apesar de não ser necessária a prova integral da realidade do direito postulado, é preciso que se visualize, na narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.

Pois bem. Em linha com a equipe técnica apreendo que no caso em tela, restou caracterizado o *fumus boni iuris*. Passamos a analisar, em sede de cautelar, o ponto abordado pela representante.

Depreende-se dos autos que no dia 29.03.2021, três empresas foram habilitadas e ofereceram os seguintes preços para o objeto da licitação:

1º Lugar: SÃO CARLOS COMERCIO E SERVIÇOS EIRELI, no valor global de **R\$ 323.226,00** (trezentos e vinte e três mil duzentos e vinte e seis reais);

2º Lugar: SINALES – SINALIZAÇÃO ESPÍRITO SANTO LTDA, no valor global de **R\$ 484.482,00** (quatrocentos e oitenta e quatro mil quatrocentos e oitenta e dois reais);

3º Lugar: SALVADOR ENGENHARIA LTDA, no valor global de **R\$ 494.184,00** (quatrocentos e noventa e quatro mil cento e oitenta e quatro reais).

Ao analisar a proposta comercial das empresas, a Comissão de Licitação desclassificou a 1ª colocada, e com um preço visivelmente mais vantajoso, por entender que o preço apresentado era manifestadamente inexecutable, bem como pela não apresentação de *cronograma físico financeiro*.

Após recurso administrativo interposto pela Representante, em razão de sua desclassificação do certame, a municipalidade reviu

sua decisão quanto ao preço inexequível da proposta, e considerou que o valor global da proposta se mostrou exequível. Todavia manteve a sua desclassificação em razão do cronograma físico-financeiro, conforme consta do evento 9.

Ao analisar o caso em tela, temos que, de fato, a representante informa que à época não juntou na licitação o cronograma físico financeiro. Este documento é assim chamado porque leva em conta o planejamento dos custos de acordo com a etapa física (ou construída) da obra, verificando quanto dos recursos do orçamento foram usados em cada uma.

Contudo, como bem pontuado pela equipe técnica, não se mostra razoável a desclassificação da **melhor proposta de preço por um excesso de formalismo** uma vez que este documento poderia ser objeto de fácil supressão por meio de diligência da Comissão de Licitação, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

Não cabe a inabilitação de licitante em razão da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, §3º da Lei 8.666/93, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes. (Acórdão 2873/2014 -Plenário TJGO)

A equipe destacou, ainda, que o Poder Judiciário⁴, em caso similar, já suspendeu a desclassificação de empresa de engenharia em razão da ausência de juntada de cronograma físico financeiro da proposta financeira. A empresa apresentou a *proposta de menor preço* entre os licitantes habilitados. Todavia, o órgão licitante desclassificou-a em face da não apresentação de cronograma físico-financeiro.

⁴https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=039&comarca=&numero_processo=11200013237&numero_processo_desktop=11200013237&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_arte=

“(...)a desclassificação da autora se deu em razão da não apresentação de "cronograma físico financeiro". A municipalidade alega que tal é peça fundamental para a avaliação da proposta. Em contrapartida na fl. 19, item "XI" (Edital de Tomada de Preço nº 38/2011), onde estão presentes os documentos necessários para apresentação da proposta de preço, não há menção de que o documento indicado na fl. 40 fosse de extrema necessidade. Tal se extrai de singela leitura do Edital. Assim, merece provimento o pedido antecipatório apresentado pela parte autora. DEFIRO, portanto, a antecipação de tutela para considerar suspensa a desclassificação da proposta da parte autora quanto ao Edital de Tomada de Preços nº 38/2011, determinando que reste suspensa a homologação/adjudicação do objeto da licitação, bem como a suspensão de qualquer atividade por parte da litisconsorte se o contrato já estiver firmado (...)”.

(Processo Principal 11200004009. 3ª Vara Municipal Cível de Viamão. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul)

Nessa toada, como bem delimitado pela equipe, esta linha de argumentação jurídica está **de acordo** com o princípio da razoabilidade e formalismo moderado, ambos positivados, inclusive, na nova Lei de Licitações 14.133/2021.

Estabelece o art. 12, inciso III da nova lei de licitações que “o *desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo*”.

Nesse sentido, cito o ilustre processualista Samuel Meira Brasil Júnior, que leciona que o processo é um instrumento para aplicação do direito material, voltado, sempre, para os resultados que deve produzir. Não se pode esquecer sua função precípua,

de solução de conflitos. Portanto, a norma processual é mero instrumento, para permitir a solução mais justa na aplicação do direito material.

Nesse mesmo sentido esclarece José dos Santos Bedaque:

o processualismo exagerado normalmente acaba por criar enormes dificuldades para o próprio escopo do processo. A grande atenção que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo no plano do ordenamento material e da pacificação.

Ademais, a observância do princípio do formalismo moderado encontra-se positivado no âmbito desta Corte. Vejamos:

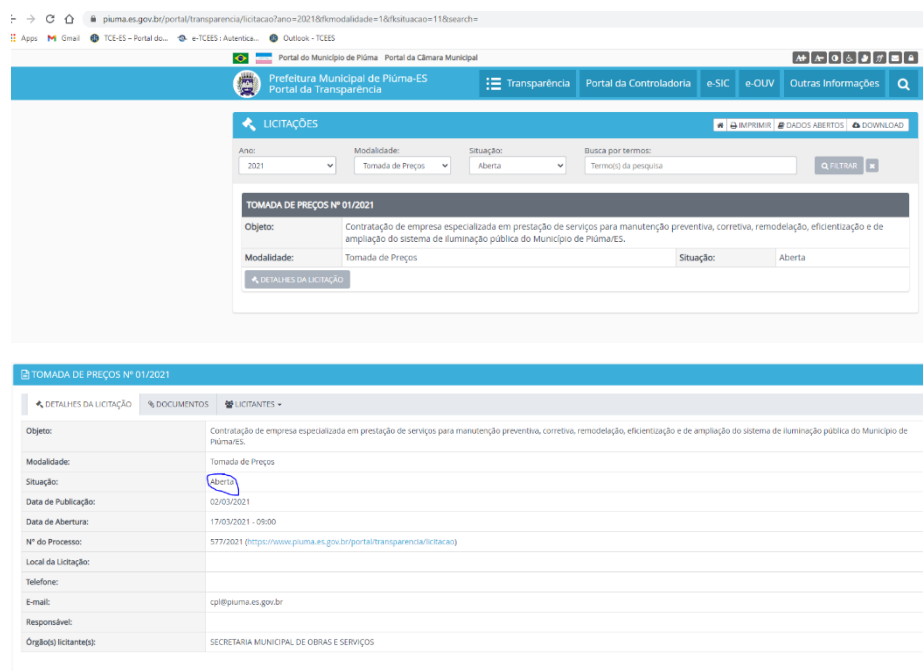
Art. 240. No âmbito do Tribunal, além dos princípios gerais que regem o processo civil e o administrativo, deverão ser observados, entre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da impessoalidade, da oficialidade, **da verdade material, do formalismo moderado,** da celeridade, da publicidade, da transparência e da segurança jurídica.

Nessa linha intelectual, o referido princípio do formalismo moderado determina que o certame não pode ser encarado como um concurso de perfeição documental, mas sim, e, verdadeiramente, na essência, como uma disputa em **busca das condições mais vantajosas à administração pública.**

No que que tange ao *periculum in mora*, igualmente, encampo o posicionamento técnico por entender **também que restou comprovado o requisito geral autorizador da tutela antecipada.**

O *periculum in mora* consiste⁵ no receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mencionado no art. 300⁶, CPC, que justifica a antecipação de tutela assecuratória é aquele risco de dano: *i)* concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; *ii)* atual, que está na iminência de ocorrer, e, enfim, *iii)* grave, que tem aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.

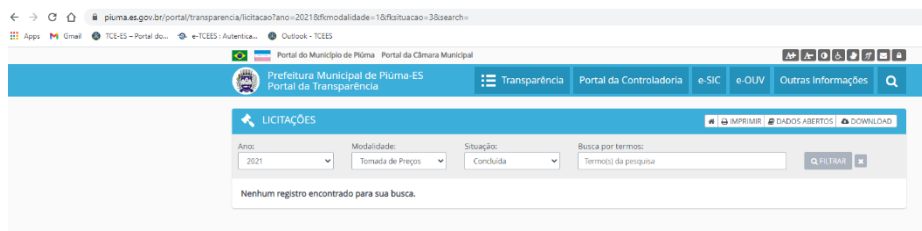
Vale destacar que a Tomada de Preços 01/2021 encontra-se ABERTA na presente data 25.05.2021, conforme *print* abaixo, **não** havendo qualquer impedimento para a atuação desta Corte de Contas. Além disso, ao atuar de forma cautelar, este Tribunal de Contas busca resguardar a proposta *economicamente* mais vantajosa:



Deixando ainda mais claro, caso a aplique-se o filtro entre licitações CONCLUÍDAS temos abaixo que a referida licitação **não** esta listada:

⁵ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A.; Curso de Direito Processual Civil, Volume 2, 8ª ed., Editora Juspodivm, 2013, p. 557.

⁶ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.



III- CONCLUSÃO

Desta feita, face a todo exposto, acompanhando o entendimento técnico, DECIDO:

1. **CONCEDER a medida cautelar**, nos termos do art. 124 da Lei Complementar nº 621/2012, determinando ao Prefeito Municipal de Piúma, **Sr. Paulo Cola**, a suspensão da licitação Tomada de Preço 01/2021 ou eventual contratação dela decorrente, caso a contratação já tenha ocorrido, que se proceda a suspensão da ordem de serviço, até ulterior deliberação nos autos deste processo;
2. **DETERMINAR** ao Prefeito Municipal, **Sr. Paulo Cola**, que junte aos autos prova do cumprimento da decisão cautelar, nos termos do art. 307⁷, § 4º do RITCEES, sob pena de multa, por descumprimento, nos termos do art. 135, inciso IV, da Lei Complementar nº 621/2012.
3. **DETERMINAR A OITIVA** dos responsáveis para que, no prazo de 10 (dez) dias apresente as informações que julgar necessárias, referentes aos pontos abordados nesta decisão, bem como outros esclarecimentos que entender relevantes, nos termos do §3º do artigo 307⁸ do RITCEES, **encaminhando-lhes**, ainda, cópia da Manifestação Técnica de Cautelar 00045/2021-1;

⁷ Art. 307, § 4º Em caso de deferimento de medida cautelar, o responsável será notificado para, no prazo assinalado, cumprir a decisão, publicar extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicar as providências adotadas ao Tribunal.

⁸ Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

4. **DAR CIÊNCIA** ao representante do teor da decisão a ser proferida, conforme mandamento do §7º⁹, do art. 307, da Resolução TC 261/2013.
5. **DETERMINAR** que os presentes autos caminhem sob o rito **SUMÁRIO**, face à presença dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES;

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

Posto isto, **VOTO** no sentido de que este Colegiado aprove a seguinte minuta de Decisão que ora submeto.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1652/2021-1

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. RATIFICAR a Decisão Monocrática nº 00412/2021-8, nos termos do parágrafo único do artigo 376¹⁰ do Regimento Interno.

§ 3º A decisão que deferir ou indeferir a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até dez dias

⁹ § 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal

¹⁰ ¹⁰ 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 lesão ao erário ou a direito alheio; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito. Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 02/06/2021 - 25ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator) e Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Luciano Vieira.

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente