



Decisão 03306/2021-5 - 1ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 04621/2021-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMPB - Prefeitura Municipal de Ponto Belo

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Representante: WORLD CAR DIESEL AUTO PECAS EIRELI

Responsável: JAIME SANTOS OLIVEIRA JUNIOR, PAULO EDUARDO RIBEIRO
FERNANDES FILHO

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – CONHECER – INDEFERIR A
CAUTELAR – PERICULUM IN MORA REVERSO –
RITO ORDINÁRIO – NOTIFICAR**

O RELATOR CONSELHEIRO RELATOR RODRIGO COELHO DO CARMO:

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação apresentada nesta Corte de Contas em face da Prefeitura Municipal de Ponto Belo, suscitando possíveis irregularidades na condução do procedimento licitatório deflagrado pelo Edital do Pregão Presencial para Registro de Preços, do tipo Menor Preço por Item, que pretende a “eventual aquisição de peças e acessórios, com as mesmas especificações técnicas e características de qualidade da peça e acessórios de produção original”, para manutenção da frota de veículos da Prefeitura, conforme disposições estabelecidas no Edital e seus anexos, cuja abertura se deu em 25/08/2021.

Em breve síntese, a Representante aduz não ter sido preterido do credenciamento na mencionada licitação por condução irregular do certame, uma vez que considerado o descumprimento do item 3.6 do edital — que estabelece a necessidade de apresentação de documentos autenticados, quando estes forem fotocópias, sendo vedada a autenticação pelo pregoeiro e sua equipe —, diante da não apresentação de cópia do documento de identidade do representante e/ou seu procurador, quando não haveria essa exigência no item 3.2, constituindo excesso de formalismo capaz de restringir a competitividade do certame, além de afrontar o art. 3º da Lei 13726/2018.

Pugna, ao final, pela suspensão cautelar do certame e ao final, a procedência da representação.

Diante dos elementos documentais acrescidos ao processo após seu impulso inicial, somados aos fundamentos que alicerçam a presente Representação, o Relator entendeu como imperiosa a requisição de informações com vistas a subsidiar a completa formação do juízo cognitivo sumário acerca das questões impugnadas, sobretudo o pedido de concessão de medida cautelar, pelo que proferiu a Decisão Monocrática 757/2021, que notificou os responsáveis para que, no prazo de 5 dias, se manifestassem acerca dos fatos alegados, os quais compareceram aos autos com suas justificativas, conjuntamente, com documentação de suporte.

Este Relator, então, conheceu a presente representação e encaminhou os autos para análise técnica quanto à presença dos requisitos autorizadores da cautelar, que resultou na Manifestação Técnica de Cautelar 125/2021, elaborada pelo Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, em que se concluiu pelo indeferimento da medida cautelar. Transcreve-se a conclusão da peça técnica:

3. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 – **Indeferir a medida cautelar**, visto que não restou atendido o requisito autorizador para sua concessão no caso concreto, qual seja, o **periculum in mora**;

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

3.3 – Nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES a determinação de

oitiva da parte representada.

Na sequência, os autos retornaram a este gabinete para deliberação.

É o que importa relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1) Dos pressupostos de admissibilidade.

O artigo 93 da LC 261/2012 confere legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas.

O artigo 94 e seus incisos, do mesmo diploma legal, estabelecem os requisitos de admissibilidade, devendo apresentar:

- I - Ser redigida com clareza;
- II – Conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;
- III - estar acompanhada de indício de prova;
- IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;
- V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

Diante do juízo positivo acerca dos requisitos de admissibilidade já deliberado nos autos por ocasião do Despacho 39451/2021, reitero meu entendimento no sentido de que estes se encontram presentes nos autos, razão pela qual a conheço a representação.

II.2) 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 iuris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento, na forma prescrita no art. 379 do RITCEES¹.

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.

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.

Numa análise detida dos autos, verifica-se o apontamento de indícios de irregularidades que eivariam o certame, eis que alcançariam o procedimento e a

¹ 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.

condução do procedimento licitatório deflagrado pelo Edital do Pregão Presencial sob análise, na medida em que seu credenciamento teria sido negado em razão de suposto descumprimento ao item 3.6 do referido Edital, que estabelece a necessidade determina a necessidade de apresentação de documentos autenticados, quando estes forem fotocópias, ao passo que a cláusula 3.2 veda a autenticação pelo pregoeiro e sua equipe.

O Representante sustenta seu entendimento aduzindo que tal conduta configura excesso de formalismo capaz de restringir a competitividade do certame, além de confrontar o art. 3º da Lei 13.726/2018.

Quanto à afronta ao Princípio do Formalismo Moderado, a área técnica afirma que este de fato foi desconsiderado pela Administração Municipal, valendo-se de entendimento constante no Acórdão TCU 357/2015-Plenário, que diz que o ente deve pautar-se por tal princípio, "que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo".

Para reforçar essa compreensão, a unidade técnica também aponta entendimento deste Tribunal consignado em situação semelhante à destes autos, em que a Corte deliberou pela confirmação da irregularidade (Decisão 01/2020, Processo TC-350/2020):

No que tange ao artigo 3º da Lei 13726/2018, ficou evidente na peça técnica que o dispositivo previsto no edital não tem o condão de afastar norma prevista em lei, de forma que não poderia o edital conter a referida cláusula e, assim, impedir o credenciamento do licitante amparado na previsão editalícia que ora se discute, uma vez que o Representante teria apresentado o documento original no ato em questão, o que seria suficiente para atestar sua identidade.

Do que se extrai, portanto, da análise técnica, levada a termo por meio da Manifestação Técnica de Cautelar 125/2021, apreciadas as teses apresentadas sob

o prisma do juízo de probabilidade, próprio dos contornos da cautelar, entende-se como preenchido o requisito do *fumus boni iuris*.

Quanto ao risco de ineficácia da decisão de mérito, traz-se à baila o citado *periculum in mora*, que está previsto no Regimento Interno desta Corte em seu art. 376, inciso II, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito, a unidade técnica manifestou seu entendimento pela sua ausência, considerando, para isso, a presença do *periculum in mora* reverso.

Sabidamente, para que se conceda ou não a medida cautelar é necessária a análise do *periculum in mora* reverso, que abrange o dano irreparável à parte contrária, ou seja, quando o dano resultante da concessão da medida for superior ao que se deseja evitar.

O representante formula o pedido de suspensão cautelar nos seguintes termos:

“Sendo assim, se torna indispensável a CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA para que se suspenda o processo licitatório, até a análise de mérito da presente representação, acarretando na nulidade da sessão pública de lances”.

Ademais, considerando que, a suspensão do certame para aquisição de peças para manutenção da frota municipal até julgamento de mérito da presente Representação, poderia prejudicar quase a totalidade dos serviços prestados pela Prefeitura Municipal de Ponto Belo, verifica-se a caracterização do *periculum in mora* reverso, uma vez que a concessão de medida cautelar na hipótese em tela poderia inviabilizar a prestação dos serviços aludidos pelo Município, dotados de essencialidade.

Portanto, no que tange o *periculum in mora*, entende-se que não restou comprovado o requisito geral autorizador da tutela antecipada, uma vez que a intervenção pleiteada poderia provocar um dano maior que a sua não concessão em face do objeto contratado, **configurando o *periculum in mora* reverso**.

Entretanto, não se está aqui a repelir as supostas irregularidades apontadas pela parte representante, conforme demonstrado, mas tão somente considera-se que a

análise preliminar inerente à cognição concisa não se releva suficiente para preenchimento dos requisitos legais necessários ao deferimento de medida cautelar.

Dessa maneira, deixo de conceder a medida cautelar pleiteada, por considerar ausentes os requisitos essenciais a sua concessão, em face do grave risco de lesão à ordem pública, nos termos postos na presente decisão.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, acolhendo a manifestação técnica, tornando-a parte integrante do presente, VOTO para que seja adotada a seguinte deliberação que ora submeto à apreciação.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-3306/2021-5

Vistos, relatados e discutidos os autos, **DECIDEM** os Srs. 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. CONHECER da presente representação, visto que preenche os requisitos de admissibilidade, na forma dos art. 94 da LC 621/2012 c/c art.184 do RITCEES;

1.2. INDEFERIR a concessão da medida cautelar, eis que ausentes os pressupostos previstos no art. 376 do RITCEES;

1.3. CONVERTER a tramitação dos autos ao rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do art. 306 do RITCEES, e **determinar** sua remessa à unidade técnica para regular instrução;

1.4. NOTIFICAR os responsáveis para que se pronunciem quanto à decisão prolatada, nos termos do artigo 307, §3º do RITCEES, bem como encaminhem os

esclarecimentos e documentos que julgarem necessários à elucidação dos indícios de irregularidades representados.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 22/10/2021 - 49ª 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 Heron Carlos Gomes de Oliveira.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente