



Decisão 01651/2023-1 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processos: 02744/2023-1, 02745/2023-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: SEDU - Secretaria de Estado da Educação

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: VILARZITO NOGUEIRA JUNIOR

Responsável: LUCIMAR TOZETTI BATISTA, VITOR AMORIM DE ANGELO

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR – CONHECER DA REPRESENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS – ENCAMINHAR PARA INSTRUÇÃO – NOTIFICAR.

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

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada por pessoa física, em face da Secretaria de Educação do Estado do Espírito Santo- SEDU, alegando irregularidade no bojo do edital de Pregão Eletrônico 013/2023, cujo objeto é o *“Registro de preços para fornecimento de coleção livros especializados no ENEM, organizados por área de conhecimento, além da redação, que guarde consonância com os Eixos cognitivos e com a Matriz de Referência Enem, incluindo itens e disponibilizando videoaulas para*

todos os tópicos abordados destinados aos cursistas do Pré-Enem Espírito Santo, para posterior fornecimento, ”.

Alega o representante, em síntese, existência de fortes indícios do ferimento de regras legais em aquisições públicas de não garantir a ampla competitividade e a obtenção da proposta mais vantajosa, fazendo com que a licitação simulada ocasione aquisição superfaturada, e, alega a inexistência de ETP (Estudo Técnico Preliminar) justificando a predileção de determinado material, em detrimento a tantos outros existentes no mercado nacional.

Por fim, requer:

DO PEDIDO

Ante o exposto, a concessão de liminar inaudita altera pars, com o fim de suspender o pregão eletrônico nº 013/2023, até o julgamento de mérito por esse Egrégio Tribunal de Contas, e na apreciação do mérito o julgamento PROCEDENTE desta REPRESENTAÇÃO, para que ocorra o reconhecimento de nulidade do certame e não sendo esse o entendimento, requer-se alternativamente a determinação de realização de estudo técnico preliminar e/ou audiência pública, a fim de averiguar os conteúdos ofertados em mercado e possibilitar a ampla disputa

Veza que, não se pode conceber um órgão em nível estadual promover licitação sem ampla pesquisa de materiais compatíveis e/ou similares, e simplesmente direcionar de forma nítida e evidente o resultado da licitação, como já foi feito no outro pregão supramencionado.

Ressalta-se que foram pensados aos autos o Processo TC 02745/2023-6 tendo em vista a duplicidade da documentação protocolada.

Por meio da Decisão Monocrática 00731/2023-5, determinei a notificação das autoridades responsáveis para que apresentassem a esta Corte, justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito, tendo informado a suspensão da sessão pública do certame para responderem as impugnações apresentadas.

É o relatório.

VOTO

2. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, entendo por atendidos os requisitos de admissibilidade prescritos nos artigos 94 e 101, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 621/20121, referentes à legitimidade ativa, clareza, indícios de prova, informações mínimas sobre o fato, autoria, circunstâncias e elementos de convicção, bem como à identificação do pleiteante, constatando que o feito se encontra apto a ser recebido e processado por este Tribunal.

Acerca do tema cautelar, a Lei Complementar Estadual 621/2012, em seu artigo 124, assim estabelece:

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio 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.

O artigo 376 do Regimento Interno deste Tribunal (RITCEES), aprovado pela Resolução TC 261/13, assim dispõe acerca das medidas cautelares:

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

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Nesses incisos encontram-se conjugados os dois tradicionais requisitos para a concessão de medidas dessa natureza, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito, pode ser definido como juízo de probabilidade da existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart¹:

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 conseqüente 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.

Já o *periculum in mora* se apresenta como segundo requisito para a expedição de um provimento de natureza cautelar, e denota a presença de risco para o interesse público. Alexandre Freitas Câmara assim se manifesta sobre o tema²:

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 e modalidade de tutela de urgência, destinada a

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Volume 4: Processo Cautelar. 2ed. São Paulo: RT, 2010, p. 29

² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

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.

Compulsando os autos, não verifico a presença do *fumus boni iuris*, ou seja, não é verossímil a alegação autoral no sentido de que se configuraria em ilegalidade a escolha de determinado material educacional, simulando-se uma licitação. Por certo, não podemos ignorar que no âmbito da administração pública, o gestor público possui uma certa margem de escolha, dentro da lei.

Nesse sentido, consta do processo eletrônico a Resposta de Comunicação 00895/2023-8, informando o seguinte:

Desse modo, embora não esteja anexada ao Termo de Referência e, conseqüentemente, ao supramencionado edital, consta nos autos do Processo 2022-J50XS justificativa pedagógica para aquisição de livros didáticos específicos para os estudantes matriculados no curso preparatório Pré-Enem Espírito Santo 2023 elaborada por profissionais efetivos da rede pública estadual de ensino nas quatro áreas de conhecimento: Linguagens e suas Tecnologias, Matemática e suas Tecnologias, Ciências da Natureza e suas Tecnologias e Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, conforme segue...

Deve-se presumir a veracidade de tais afirmações, que poderão ser destrinchadas quando do enfrentamento do mérito, considerando que a presente análise se atém apenas à análise dos pressupostos cautelares.

Ausente o *fumus boni iuris*, resta prejudicada a análise quanto ao *periculum in mora*.

3. DISPOSITIVO

Por todo o exposto, submeto o presente **VOTO** no sentido de que o colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1651/2023-1

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas, em:

1.1. CONHECER da presente representação, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, na forma do artigo 177 da Resolução TC nº 261/2013.

1.2. INDEFERIR a medida cautelar pleiteada, tendo em vista a ausência dos pressupostos para a sua concessão, previstos no artigo 376, da Resolução TC nº 261/2013.

1.3. SUBMETER a presente representação ao **RITO ORDINÁRIO**.

1.4. DA CIÊNCIA, na forma regimental;

1.5. ENCAMINHAR os autos à Área Técnica, para instrução regular.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 13/06/2023 – 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 e Sérgio Manoel Nader Borges.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Luciano Vieira, em substituição ao procurador-geral.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREITAS FARIAS CHAMOUN

Presidente