



Voto do Relator 01526/2020-6

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 02167/2020-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Setor: GAC - Sérgio Borges - Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

Criação: 29/06/2020 10:17

UG: SEGES - Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação de Vitória

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: NASSAU EDITORA RADIO E TV LTDA

Responsável: ALBERTO FREDERICO SALUME COSTA

Procurador: FRANCISCO CARDOSO DE ALMEIDA NETTO (OAB: 8561A-AL, OAB: 32837-DF, OAB: 11630-ES)

**REPRESENTAÇÃO – MUNICÍPIO DE VITÓRIA/ES –
PUBLICAÇÃO DE ATOS OFICIAIS –
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – SUPOSTAS
IRREGULARIDADES NO CURSO DO CERTAME –
PLEITO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER
O CONTRATO ADMINISTRATIVO, E SUA
EXECUÇÃO, FIRMADO A PARTIR DO
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – AUSÊNCIA DOS
PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES PARA
CONCESSÃO DA MEDIDA – INDEFERIMENTO –
NOTIFICAÇÃO MUNICÍPIO DE VITÓRIA/ES -
CONVERSÃO PARA O RITO ORDINÁRIO.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SERGIO MANOEL NADER BORGES:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta em face da Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação do Município de Vitória/ES, em virtude de suposta





**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

irregularidade no Edital de Pregão Eletrônico nº 019/2020, que têm por objeto a contratação de empresa para “*prestação de serviços de publicação de matéria legal do Município de Vitória, em jornal diário de grande circulação no Estado do Espírito Santo*”.

A empresa representante apresenta representação, com pedido de medida cautelar, noticiando que o Edital de Pregão Eletrônico nº. 019/2020 já se encontra concluído com declaração de vencedor e adjudicação de seu objeto a empresa que, supostamente, não atende aos requisitos previstos no regramento fixado pela Municipalidade, muito embora venha executando os serviços pretendidos pelo ente público.

Pauta sua irresignação em suposta(o) (i) ofensa ao princípio da vinculação ao edital (empresa contratada não atende aos requisitos do edital); (ii) possibilidade de ocorrência de restrição aos procedimentos licitatórios realizados pelo Município de Vitória/ES por meio do contrato decorrente do procedimento licitatório; e, (iii) risco de violação ao direito à informação, à transparência e à realização do princípio da publicidade nas licitações públicas.

Diante das supostas irregularidades apontadas na peça inaugural, a Representante, em caráter cautelar, requer:

[...]

LIMINARMENTE, seja concedida medida cautelar (art. 124 da Lei Orgânica c/c art. 376 e ss do RITCEES) em caráter de urgência, de forma monocrática pelo eminente Relator, haja vista a presença dos pressupostos autorizadores, determinando à Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação – SEGES, por seu Secretário Municipal, que proceda a imediata **suspensão do PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 019/202 E DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DELE DECORRENTE, CELEBRADO COM A EMPRESA S/A A GAZETA, BEM COMO TODOS OS SEUS EFEITOS**, bem como se abstenha da prática de qualquer ato vinculado à referida contratação (nos termos do art. 377, III do RITCEES), independente da fase que se encontre, pelas razões expostas neste petição, com posterior referendo da decisão pelo colegiado, até derradeiro julgamento da presente representação;

[...]

A petição inicial veio acompanhada de documentos, notadamente, cópia do Edital de Pregão Eletrônico nº. 019/2020 e ata da sessão do procedimento licitatório no qual se declarou a empresa vencedora e se realizou a adjudicação do objeto.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiç, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GSF



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

Após análise dos requisitos previstos na Lei Complementar nº. 621/2012 e Resolução TCEES nº. 261/203, proferi a Decisão Monocrática Preliminar nº. 349/2020, por meio da qual reconheci terem sido atendidos os preceitos que tratam da admissibilidade de Representação, bem como, notifiquei o Município de Vitória/ES para que, no prazo de 05 (cinco) dias apresentasse cópia integral, preferencialmente pela via digital, de todo o teor do Processo Administrativo por meio do qual se desenvolveu o certame e, no mesmo prazo, se manifestasse acerca das supostas irregularidades descritas na peça inicial.

Outrossim, também no prazo de 05 (cinco) dias, notifiquei o Representante para que, querendo, regularizasse a demonstração, por meio dos documentos hábeis, de sua capacidade processual e de sua representação processual.

Devidamente notificadas, as partes – Representante e Município de Vitória/ES-, compareceram aos autos, razão pela qual, em vista das justificativas apresentadas, foram os autos encaminhados a área técnica para análise dos argumentos trazidos pelo defendente. Neste passo, o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - NOF elaborou a **Manifestação Técnica nº. 0028/2020**, cuja proposta de encaminhamento restou assim ementada:

“3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

3.1 – Indeferir a medida cautelar, visto que não restaram demonstrados os requisitos gerais autorizadores para concessão da medida cautelar, bem como restou demonstrado o periculum in mora reverso no caso concreto;

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.”

Por fim, vieram os autos ao gabinete para decisão.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GSF



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

2.1. DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

O art. 124 da Lei 621/2012, ao tratar das medidas cautelares no âmbito deste Tribunal de Contas, preceitua que:

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.

Nesse mesmo contexto, vale citar o art. 376 do Resolução TCEES nº. 261/2013, que assim diz:

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.

Na mesma linha, o art. 306 da mesma Resolução, ao tratar do rito sumário no âmbito deste Tribunal de Contas estabelece o seguinte:

Art. 306. Os processos em que houver fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão observarão o rito sumário previsto neste Regimento.

Nota-se que em todos os dispositivos supracitados identificam-se os requisitos que necessariamente deverão ser ponderados e analisados para a eventual concessão de medida cautelar, vale dizer, o *fumus boni iuris* consubstanciado no fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e o *periculum in mora*, identificado no risco de ineficácia da decisão de mérito ao final.

Cumprido registrar que a presença de ambos os requisitos deve, concomitantemente, e de fato, evidenciar o real indício de irregularidade em conjunto com o risco de dano ao erário ou a direito alheio em decorrência da demora na prestação da medida pretendida.

Associado a estes requisitos explícitos constantes do regramento aplicado aos procedimentos que tramitam nesta Corte de Contas, deve-se ter em conta a



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GSF



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

necessidade de se avaliar o que convencionou-se denominar de “periculum in mora” reverso quando da concessão, ou não, de medidas cautelares, notadamente aquelas que venham a obstar uma contratação ou determinar a suspensão da prestação de um determinado serviço.

Isto porque, em determinadas hipóteses, ao sopesar as circunstâncias, deve ser verificada se a concessão da medida cautelar proposta não acarretará risco de se implantar situação mais gravosa à ordem administrativa em geral e aos munícipes. No caso concreto, o procedimento licitatório, e o contrato administrativo dele decorrente, versa acerca da *publicação de matéria legal do Município de Vitória, em jornal diário de grande circulação no Estado do Espírito Santo*”.

Ao proceder à análise dos argumentos apresentados na peça de Representação, nos documentos trazidos aos autos e, por fim, quanto às justificativas apresentadas pelos gestores notificados, o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações assim se manifestou:

“(…)

A primeira informação a ser considerada no juízo perfunctório próprio das medidas de urgência é a natureza da contratação: publicação de matéria legal. Conforme apropriadamente evidenciado no corpo da própria representação é obrigação da administração pública atender ao Princípio da Publicidade esculpido no artigo 37 da Constituição Federal:

‘Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência’ [...]

Daí conclusão incontroversa é a necessidade de continuidade quanto às publicações das matérias legais da Prefeitura Municipal de Vitória, mormente avisos de licitações, para que essa possa dar publicidades aos seus certames lançados em vistas de se efetivar as diversas contratações necessárias em busca de atender ao interesse público, em última instância, as necessidades de seus cidadãos.

Caso atendido o requerido LIMINARMENTE na peça inaugural, ou seja, suspensão do Pregão Eletrônico nº. 019/202 e do Contrato administrativo dele decorrente, celebrado com a empresa S/A A Gazeta, bem como todos os seus efeitos, não restaria à Prefeitura Municipal de Vitória contrato em vigência para atende-la em tão essencial obrigação constitucional.

Em diversas oportunidades esta Corte de Contas indeferiu o pedido para concessão de medida cautelar considerando estar presente o “periculum in



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiç, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GSF



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

mora reverso”, como se extrai recentemente da Decisão 00602/2020-1 (Processo 1408/2020-1) e da Decisão 00553/2019-8 (Processo 9161/2017-7), dentre outras.

(...)

Desta feita, considerando ainda que o contrato sob ataque se encontra em plena execução e não foram apontadas queixas da contratante quanto as possíveis deficiências narradas, quanto ao requisito do risco de ineficácia da decisão de mérito conclui-se que não resta cumprido, estando caracterizado inclusive o *periculum in mora reverso*.

Ademais, é importante destacar que a Prefeitura Municipal de Vitória publicou o edital do pregão eletrônico ora sopesado em 10/02/2020, conforme fls. 12 e 13 da Peça Complementar 10149/2020-5, realizou a sessão, com a participação da empresa representante, homologou o certame e adjudicou o objeto, culminando na assinatura do Contrato de Prestação de Serviços nº 135/2020, repisando, assinado em 05/03/2020, sem que houvesse qualquer questionamento da empresa representante, que somente em 30/04/2020 apresentou à este Tribunal a representação aqui analisada. Tais fatos também não contribuiriam para o reconhecimento do *periculum in mora* sugerido.

(...)”

Com fulcro nesta linha argumentativa, o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações procedeu, por meio da **Manifestação Técnica nº. 0028/2020**, orientação, com argumentos técnicos em suporte, para a não concessão da medida cautelar pretendida pela empresa Representante, tendo em vista a possibilidade de que a concessão pretendida venha a causar, efetivamente, maior gravame à ordem pública do que a própria continuidade da prestação do serviço atualmente em curso.

Isto porque, em linhas gerais, a interrupção do contrato administrativo celebrado pelo Município de Vitória/ES no presente momento acarretaria a possibilidade de completa ausência de publicidade das matérias legais do ente federativo o que violaria, de forma frontal e direta, o art. 37, da Constituição Federal, representando maior gravame do que as próprias irregularidades narradas na peça de Representação, caracterizando o *periculum in mora reverso*.

Cumprе ressaltar, como dito anteriormente, não só da necessidade de presença cumulativa dos requisitos necessários para a concessão da medida cautelar mas, também, da ausência do denominado “*periculum in mora*” reverso. Neste sentido, a **Manifestação Técnica nº. 0028/2020** traz análise exauriente dos pontos impugnados



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GSF



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

pelo Representante para, ao final, reconhecer a impropriedade, neste primeiro momento, da concessão da medida cautelar.

Ressalto, todavia, que o regime das medidas cautelares é caracterizado pela precariedade, tanto no que diz respeito àquelas concedidas, facultando-se a sua revogação; quanto àquelas não acatadas em um primeiro momento, mas que, futuramente, possam ser renovadas e concedidas.

Logo, compreendo como imprescindível a manifestação do Município de Vitória/ES, por meio de seu Prefeito, acerca do objeto desta Representação, razão pela qual voto para que seja reiterada a expedição de notificação ao mesmo a fim de que preste as informações necessárias, bem como apresente justificativas.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

DECISÃO

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

1. Indeferir a medida cautelar, nos termos do art. 307, § 3º do RITCEES, pois verificado o risco do *periculum in mora* reverso, visto que a paralisação da execução do contrato administrativo celebrado para a divulgação das matérias legais do Município de Vitória/ES poderia ocasionar maior gravame à ordem pública do que, propriamente, as supostas irregularidades descritas na peça de Representação; determinando a oitiva da parte para que se pronuncie no prazo de 10 dias;



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GSF



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

2. Determinar a tramitação do feito sob o rito ordinário, assim que escoado o prazo de 10 (dez) dias para a prestação de informações pelos responsáveis, a fim de que esta Corte de Contas proceda à devida análise de mérito;

6. Cientificar o Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GSF