



**PROCESSO Nº 01762/2021-0**  
**DESPACHO SINGULAR Nº 00826/2021**

1. Cuidam os autos de Representação com pedido cautelar, interposta pelo representante legal da empresa ARN Engenharia Eireli, acerca de possíveis indícios de irregularidades no Edital da Concorrência Pública nº CP-003/2020-SEINFRA, realizado pela Prefeitura Municipal de Morada Nova/CE, que tem por objeto "CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA A EXECUTAR PAVIMENTAÇÃO EM PARALELEPIPEDO, NA ZONA URBANA (SEDE) E NO DISTRITO DE BOA ÁGUA, DE RESPONSABILIDADE DA SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA", no valor estimado de R\$ 4.263.251,39 (quatro milhões, duzentos e sessenta e três mil, duzentos e cinquenta e um reais e trinta e nove centavos), com entrega de envelopes com os documentos de habilitação e propostas de preços previsto para o dia 22/01/2021, conforme publicação no sítio eletrônico PORTAL DE LICITAÇÕES DOS MUNICÍPIOS do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

2. Recebido os autos, esta relatoria, de pronto, encaminhou para Diretoria de Fiscalização de Obras, Engenharia e Meio Ambiente, competente para fins de apreciação técnica do pedido cautelar, dentro prazo regimental (Art. 15º, §5º RITCE), com a URGÊNCIA que o caso requer.

3. Assim, por ocasião do exame técnico, a Diretoria de Fiscalização de Obras, Engenharia e Meio Ambiente da Secretaria de Controle Externo, através do Certificado nº 0014/2021 (seq. 5), sustentou que a Concorrência Pública nº 003/2020-SEINFRA não se reveste de forma regular, pois eivada de ilegalidade de vício de origem, por exigência sem previsão legal e restritiva à competição de protocolar ou simplesmente entregar os envelopes de habilitação e de proposta de preços e a quebra de sigilo dos possíveis participantes do certame, afronta os Princípios Constitucionais da Isonomia e da Competição, contrariando o art. 3º da Lei nº 8.666/93, restando configurados os pressupostos do fumus boni juris e periculum in mora para concessão de medida cautelar.

**II - DO PODER-DEVER DE CAUTELA ATRIBUÍDO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

5. Há, sem dúvidas, o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal STF do poder de cautela destinado à tutela jurisdicional dos Tribunais de Contas.

Oportuno trazer à baila parte do voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Melo na decisão do STF no Mandado de Segurança de nº 24.510-7 (DF), da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, acerca do poder de cautela conferido aos Tribunais de Contas, o qual se destina a [...] garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia.

Nesta esteira, confira-se outro caso, no âmbito da Suprema Corte, no MS nº 24.547-DF da Relatoria do Ministro Celso de Melo, sob a seguinte manifestação:

"Torna-se essencial reconhecer - especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos (MARCELO CAETANO, "Direito Constitucional", vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense; CASTRO NUNES, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", p. 641/650, 1943, Forense; RUI BARBOSA, "Comentários à Constituição Federal Brasileira", vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva, v.g.) - que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais.

E mais à frente adverte-se:

"Vale referir, ainda, que se revela processualmente ilícito, ao Tribunal de Contas, conceder provimentos cautelares "inaudita altera parte", sem que incida, com essa conduta, em desrespeito à garantia constitucional do contraditório.

É que esse procedimento mostra-se consentâneo com a própria natureza da tutela cautelar, cujo deferimento, pelo Tribunal de Contas, sem a audiência da parte contrária, muitas vezes se justifica em situação de urgência ou de possível frustração da deliberação final dessa mesma Corte de Contas, com risco de grave comprometimento para o interesse público.

Não se pode ignorar que os provimentos de natureza cautelar - em especial aqueles qualificados pela nota de urgência - acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando-se, desse modo, não obstante em caráter provisório, plena eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada pelo próprio Tribunal de Contas da União." (grifos nossos)

Esta Corte de Contas, em diversas oportunidades, já tem adotado esse mecanismo processual como meio para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões, v.g, nos processos de nºs 03284/2013-5 e 03609/2013-7, da Relatoria do Conselheiro Alexandre Figueiredo e os de nºs 07028/2009-8, 06840/2012-6, 09298/2012-6 e 03997/2013-9 de minha Relatoria, sendo possível a concessão de medida cautelar, inclusive, inaudita altera pars.

Em seguida, em sintonia com as Decisões da Suprema Corte, e dando dimensão legal à tal prerrogativa que até então tratava-se de construção teórico-jurisprudencial em torno dos poderes implícitos da Constituição, também a nova Lei Orgânica do TCE-CE implantou, desta feita com previsão legal, a expressa prerrogativa de cautelares, como se vê do art. 21-A (LOTCE, de 06.01.2020, inserido pela Lei Estadual nº 14.485/2011), confira-se:

"Art. 21-A. Em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, e existindo prova inequívoca, o Relator poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com a prévia oitiva da autoridade, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado."

Neste Interim, não se diga que este Tribunal estaria obrigado a sempre ouvir a parte contrária antes de decidir pedidos Cautelares por força da previsão de tal dispositivo legal (o mesmo art. 21-A da LO-TCE), ou seja, que não poderia prolar as Decisões denominadas inaudita altera pars, uma vez que tal interpretação, a uma, terminaria por inutilizar as atribuições constitucionais desta Corte mitigando seu poder acautelatório em situações em que o dano é iminente e, portanto, não se pode aguardar a oitiva e, a duas, iria obstruir a própria lógica da teoria dos poderes implícitos acima explanada pela Suprema Corte, esvaziando o poder acautelatório, eis que não se pode aguardar o bel-prazer da parte em apresentar provas hábeis diante da consumação do dano iminente (seja o dano ao erário em sentido amplo, seja à própria lisura e idoneidade de Certame licitatório que está prestes a se consumir, por exemplo).

Além disso, este Tribunal já dirimiu a tese que sustentava que a oitiva prévia da parte seria obrigatória e, em leading case, decidiu que as competências acauteladoras devem ser exercidas de modo pleno doravante, superando tal controvérsia, ocasião em que definiu ser legítima a possibilidade de concessão de medida cautelar inaudita altera pars, conforme Processo nº 04535/2011-6, de 26/07/2011, na Relatoria do Conselheiro Edilberto Pontes.

Por fim, ressalte-se que a garantia destinada ao poder acautelatório também já deriva da própria lógica sistemático-constitucional no sentido de que "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito," (art. 5º, inciso XXXV, CF/88), o que, embora previsto ao judiciário, deve ter raciocínio semelhante no tocante aos Tribunais de Contas, uma vez que a interpretação do referido art. 21-A não poderia excluir a apreciação das lesões iminentes aos Tribunais de Contas no resguardo do erário público, principalmente porque o sentido finalístico da Constituição, em tal garantia, era o de preservar o poder acautelatório contra as supervenientes Leis que pretendessem, indevidamente, mitigar tal garantia do ordenamento.

6. Uma vez compreendida a competência desta Corte de Contas no exercício do poder acautelador no resguardo do erário, avanço à análise dos requisitos autorizadores de tal medida.

Dispõe o novo CPC sobre a tutela provisória de urgência:

"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.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de

bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito." Portanto, são dois os requisitos mínimos à concessão da tutela provisória de urgência. Em síntese, deve haver elementos que evidenciem:

- a probabilidade do direito (fumus boni iuris); e,
- o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (periculum in mora).

No presente caso concreto, igualmente, diante do dano iminente (em sentido lato sensu), não se pode aguardar a oitiva, sob pena de consumá-lo, o que é lógica natural do dever acautelador, como se verá melhor examinado adiante, principalmente considerando que o certame em questão já teve pública a sua Ata de Julgamento de Habilitação, ou seja, encontra-se em pleno processamento e preste a abrir as propostas de preços (22/01/2021), conforme publicação no sítio eletrônico do PORTAL DAS LICITAÇÕES DOS MUNICÍPIOS deste Tribunal.

### III - DOS FUNDAMENTOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR NO CASO EM EXAME

Passo aos fundamentos.

7. Quanto à probabilidade do direito (fumus boni iuris), a licitação apresenta potencial vício de natureza grave que compromete princípios que devem reger o procedimento licitatório, principalmente no que concerne à isonomia, a competitividade e o sigilo, os quais serão abordados abaixo:

Item 1 Negativa pela CPL em protocolar os envelopes de "Documentos de Habilitação" e "Proposta de Preços" através de seu representante por procuração:

A primeira inconsistência destacada pelo Órgão Técnico trata da exigência contida no parágrafo quarto do edital, que foi apontado pela empresa representante, isto é, para protocolar ou simplesmente ENTREGAR os envelopes de habilitação e de proposta de preços o interessado em participar do certame deveria fazê-lo através de um representante legalmente constituído, munido de procuração específica pública ou particular devidamente autenticada e, ainda, apresentar cópia autenticada do ato constitutivo da empresa.

Destaca a unidade técnica que "Lei de Licitações e Contratos, regedora da matéria, não autoriza tal exigência, afronta, pois, o Princípio da Legalidade, bem como o Princípio da Competitividade, corolário, do princípio da própria licitação de alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/93."

Conclui o órgão técnico quanto a este tópico:

"[...]que a violação do caráter competitivo do certame constitui vício insanável que enseja a fixação de prazo para o exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame, em observância ao disposto no art. 49 da LOTCE c/c art. 49 da Lei nº 8.666/93.

Assim, esta simples exigência, por si só, já era bastante para que fosse determinada a anulação do certame em comento. Porém, há outros vícios insanáveis."(grifo nosso)

Item 2 Quebra de sigilo dos possíveis participantes do certame, proporcionada pela exigência de autenticação antecipada, mesmo que opcional, e, especialmente, pelo protocolo/entrega antecipada da Garantia de Propostas:

O segundo vício relaciona-se ao Parágrafo Sétimo (também apontado pelo representante) e o subitem 4.2.4.7, quais sejam, in verbis:

"Parágrafo Sétimo: As autenticações poderão ser feitas no Departamento de Licitações, pela própria presidente da Comissão de Licitação, com 01 (UM) DIA DE ANTECEDÊNCIA A DATA DA SESSÃO INAUGURAL, das 08h às 12h.

4.2.4.7 Apresentar Garantia de Proposta de 1% (um por cento) do valor estimado para execução dos serviços, do valor estimado do objeto da contratação (ver cláusula 2.2. do Edital), devendo SER PROTOCOLADA NA COMISSÃO DE LICITAÇÃO ATÉ 19 DE JANEIRO DE 2021 ATÉ AS 11:30 HORAS, nas modalidades abaixo

especificadas, tendo sua validade que cobrir a vigência da Proposta, na seguinte forma (sic): [Maiúsculas nossa]"

Destaca o órgão técnico:

"17. De uma simples leitura dos termos transcritos anteriormente, extrai-se a irregularidade de quebra de sigilo dos possíveis participantes do certame, proporcionada pela exigência de autenticação antecipada, mesmo que opcional, e, especialmente, pelo protocolo/entrega antecipada da Garantia de Propostas, que poderia acarretar em prejuízo para a Administração.

[...]19. É imperioso destacar que o dispositivo que autoriza a exigência de garantia da proposta encontra-se elencado no rol de documentos de habilitação e que, de acordo com o procedimento definido no art. 43 da Lei nº 8.666/93, a apreciação da documentação relativa à habilitação deve ocorrer no momento da abertura dos envelopes, e não, antecipadamente. Assim, a legislação não autoriza a prática de tal procedimento.

20. Além de não ser autorizada legalmente a exigência de recolhimento antecipado da garantia de proposta, tal prática cria, indubitavelmente, as condições favoráveis ao surgimento do famigerado combinemos entre os licitantes, bem como a conhecida licitação de cartas marcadas, visto que possibilita o conhecimento prévio dos futuros licitantes, ferindo mortalmente o objetivo primeiro de toda e qualquer licitação que é alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Em conclusão, a quebra do sigilo dos interessados/ futuros participantes do certame afronta os Princípios Constitucionais da Competição e da Isonomia entre os licitantes."

Esta relatoria ainda destaca que a unidade técnica, além de enfatizar os pontos afrontados no tocante a legislação das licitações, evidencia vasta jurisprudência dos tribunais de contas, onde se conclui pela quebra do sigilo dos interessados/futuros participantes do certame afronta os Princípios Constitucionais da Competição e da Isonomia entre os licitantes.

Desta feita, entendo caracterizada a probabilidade do direito, pois os fatos acima destacados evidenciam a existência de vícios no Edital, os quais foram claramente identificados pela unidade técnica nos itens 1 e 2 acima:

8. Acerca do requisito do periculum in mora, observa-se que resta devidamente caracterizado, tendo em vista que estava marcado para o dia 22/01/2021 entrega de envelopes, e entre os anexos constar a "ATA DA SESSÃO DE ANÁLISE DOS ENVELOPES "A" - DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO", datada de 26/01/2021 não havendo prazo hábil para se aguardar uma decisão definitiva de mérito desta Corte, sob pena de o Município efetivar uma contratação antieconômica, irregular, e à princípio com vícios insanáveis.

Demais disso, se for esperado o risco de se concretizar a presente contratação, a eventual restituição do prejuízo certamente seria bem dificultosa, tardia e, ainda, de plausível prejuízo aos cofres públicos e à coletividade, porquanto já consumado a perda da competitividade, pela inobservância dos princípios expostos, já que não haverá mais como recuperá-los e voltar ao estágio ideal da Licitação. Observamos assim um outro elemento que reforça a configuração do periculum in mora e da urgência do provimento acautelatório inaudita altera pars neste momento.

9. ISSO POSTO, por tudo acima exposto e por tudo mais que dos autos constam, admite-se a presente Representação, tendo em vista que presentes seus pressupostos de admissibilidade, ocasião em que se defere o pleito cautelar para, inaudita altera pars, determinar que:

a) A Prefeitura de Morada Nova/CE, na pessoa de seu titular Sr. JOSÉ VANDERLEY NOGUEIRA, à Secretaria de Infraestrutura, na pessoa do Ordenador de Despesas Sr. JOSÉ MARCONDES NOBRE DE OLIVEIRA, à Comissão Permanente de Licitação, na pessoa de seu Presidente Sra. ALINE BRITO NOBRE, e à Assessoria Jurídica, Sr. DAVID DENY FERREIRA FELIX, responsável pelo Parecer Técnico, que SUSPENDAM o procedimento licitatório Concorrência Pública nº 003/2020- SEINFRA, na fase em que se encontra, até a apreciação do mérito da presente Representação, nos termos do art. 16 do Regimento Interno desta Corte, tendo em vista a caracterização dos pressupostos básicos da Fumaça do Bom Direito e do Perigo da Demora, sob pena de, em caso de descumprimento da presente determinação, abertura de Processo, passível do julgamento das Contas como irregulares, incidência de multa, sem prejuízo das eventuais consequências às suas esferas jurídicas de natureza penal, cível e administrativa;



b) Por fixar o prazo de 10 dias para que os responsáveis pelo procedimento da Concorrência Pública nº 003/2020-SEINFRA da Prefeitura de Morada Nova/CE, Srs. JOSÉ VANDERLEY NOGUEIRA (Prefeito), JOSÉ MARCONDES NOBRE DE OLIVEIRA (Ordenador de Despesas da Secretaria de Infraestrutura), ALINE BRITO NOBRE (Presidente da Comissão Permanente de Licitação) e DAVID DENY FERREIRA FELIX (responsável pelo Parecer Técnico), DEMONSTREM junto a esta Corte de Contas, quais foram as providências adotadas visando o cumprimento da presente Decisão Cautelar e PRESTEM os necessários esclarecimentos acerca das possíveis irregularidades citadas no Certificado nº 0014/2021, alertando-as acerca da adoção de providências necessárias ao exato cumprimento das normas e quanto à possibilidade de o Tribunal de Contas vir a determinar a anulação dos atos pertinentes ao certame, conforme termo do art. 49 da LOTCE c/c art. 49 da Lei nº 8.666/93.

**Fortaleza, 03 de fevereiro de 2021.**

**Assina(m) este documento:**

Soraia Thomaz Dias Victor - RELATOR