



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUABA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR CONSELHEIRO – MANASSÉS
PEDROSA CAVALCANTE – TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO
CEARÁ

PROCESSO Nº 01673/2021-0

MUNICÍPIO: AIUABA

JUSTIFICATIVAS

JOÃO PAULO CARDOSO SILVA, vem, perante V. Exa., com guarda de prazo, oferecer as **razões de fato e de direito** necessárias ao saneamento de todas as supostas irregularidades detectadas.



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUABA

1. DOS FATOS

Trata-se o feito em tela da Representação nº 01673/2021-0, com pedido de medida cautelar *inaudita altera pars*, apresentada pela DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE OBRAS, SERVIÇOS DE ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE DA SECRETARIA DE CONTROLE EXTERNO DO TCE, que versa sobre possíveis irregularidades identificadas no edital da Tomada de Preços nº. 2021.01.26.001-SEINFRA, publicado pela Secretaria de Infraestrutura e Urbanismo do Município de Aiuaba/CE, objetivando a “*CONTRATAÇÃO DE RECUPERAÇÃO DA PAVIMENTAÇÃO EM PEDRA TOSCA E PARALELEPÍPEDO EM DIVERSAS RUAS DA SEDE E EM DIVERSAS LOCALIDADES DA ZONA RURAL DO MUNICÍPIO DE AIUABA/CE*”.

Nesse sentido, mediante o Certificado nº 0012/2021, a Unidade Técnica apontou como irregularidade o suposto não estabelecimento de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, estando, em tese desatendidas as disposições da Lei Complementar Nº 123/2006, o que se concluiu em face de indicação de ausência de referência expressa no edital à lei em questão, bem como exigência de documentos de regularidade fiscal e trabalhista para habilitação indiscriminadamente, inclusive para microempresas e empresas de pequeno porte.

Desta feita, o nobre conselheiro relator exarou despacho no feito determinando a intimação dos interessados para se manifestarem previamente à decisão acerca da cautelar requerida, pelo que passamos às pertinentes considerações e esclarecimentos.

2. DO DIREITO

2.1 – Preliminarmente – Ilegitimidade



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUBÁ

Preliminarmente, impera seja destacada a ilegitimidade do prefeito para figurar como responsável no feito em apreço, uma vez que não atua como ordenador da pasta, não havendo qualquer ato seu referente ao procedimento analisado.

Com efeito, tudo que se relaciona à licitação e aos fatos narrados na exordial é da esfera da respectiva secretaria contratante e competente setor de licitações.

Neste mote, é cediço que ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso.

Para que alguma irregularidade pudesse ser direcionada ao peticionante, seria necessária a demonstração concreta, específica, de que este perpetrou algum ato ilícito, o que, efetivamente, não ocorreu, não havendo qualquer atuação deste peticionante no certame.

No sentido de evitar “denuncismos” abstratos, o **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF** vem se manifestando conforme decisão exarada no Inquérito nº 26641, *verbis*:

VOTO

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, eu gostaria só de fazer uma observação a propósito do caso e também desse tipo de denúncia, que se torna cada vez mais frequente perante o Tribunal.

¹ Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2010, DJe-036 DIVULG 22-02-2011 PUBLIC 23-02-2011.



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUABA

De tudo que foi descrito na denúncia e agora repetido no voto do eminente relator, NÃO SE FALA, EM NENHUM MOMENTO, DE QUALQUER COMBINAÇÃO, FRAUDE OU PARTICIPAÇÃO, mas se apresentam apenas os dados e um valor pesquisado, que pode ser objeto inclusive de controvérsia quanto à compra de produtos. E, aí, fala-se que, neste caso, pode haver ou há superfaturamento. E se aceita então a denúncia com base neste tipo penal, que é o desvio de verba pública, que exige dolo.

Fico a imaginar. Se este critério puder ser adotado, temos que trazer o ministro de Estado para cá toda vez que houver uma eventual irregularidade numa licitação, em qualquer Ministério; vamos ter que trazer para cá o Presidente da República - certamente - ou o Chefe do Executivo, Governador do Estado. Parece-me que a questão que se está a discutir aqui é de outra índole. Talvez tenha que haver realmente uma mudança e um controle específico em relação a esse tema, inclusive com critérios básicos. Até porque, considerando duzentos ou trezentos itens, quem há de saber com precisão qual é? Fico a imaginar nós, como gestores, no âmbito da própria administração, no CNJ, no Supremo Tribunal Federal, ou no TSE, se saberemos eventualmente identificar caso de superfaturamento ou distinções que são peculiares aos produtos. A NÃO SER QUE SE INDIQUE, DE FATO, INDÍCIOS MÍNIMOS DA PARTICIPAÇÃO DAS PESSOAS, A COMBINAÇÃO DOS RESULTADOS. Não me parece que seja sequer possível aceitar esse tipo de denúncia para que se aprofundem depois as investigações. De modo que a



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUABA

mim, preocupa-me. Já em outros casos - eu havia me manifestado mas exatamente em relação a esse tipo, que é muito comum, é preciso que haja, de fato, a demonstração da participação, a responsabilidade. É PRECISO INCLUSIVE FAZER UM DISTINGUISHING QUANTO AOS QUADROS DE RESPONSABILIDADE. [...]

[...]

Portanto já antecipo a minha manifestação no sentido de não receber a denúncia. (fls.22/23 do Acórdão)”

VOTO

“O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) –

[...]

A mim me parece, com o devido respeito, que o Ministro Gilmar Mendes, nesse ponto, tem razão. Acho que a denúncia poderia ter sido mais específica para permitir defesa ampla no processo criminal, porque, se cada um de nós se colocar na posição da denunciada, vai ver que seria muito difícil defender-se, PORQUE, PARA ESCAPAR DOS TERMOS EM QUE É IMPUTADA A AUTORIA, A DENUNCIADA TERIA QUE PROVAR QUE NÃO É PREFEITA! (fl.26/27 do Acórdão)”

[...]

VOTO

[...]

“A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (...) Dessa qual? A conduta, portanto, de ser a responsável e de ter



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUABA

autorizado. Esta conduta não é nada mais do que um dever, atribuição do chefe do Poder Executivo. (fl.34 do Acórdão)" (grifo)

Assim, não sendo demonstrado qualquer ato praticado pelo prefeito, que dirá ilícito, o entendimento esposado pelo STF deve ser aplicado ao caso em tela, inclusive já sendo o que vem sendo praticado por est nobre Corte de Contas.

Em privilégio ao princípio da eventualidade, porém, passamos às considerações pertinentes a respeito do mérito posto em debate.

2.2 – Da Cautelar Pretendida – Do mérito

Passamos a analisar diretamente a matéria deduzida, demonstrando, inicialmente, que não restam caracterizados os requisitos para concessão da cautelar.

a) Do Periculum in mora

Como requisito indispensável à concessão da medida cautelar, o *periculum in mora* não pode ser interpretado em via única, mormente quando estamos cuidando de atos e procedimentos relacionados à gestão da coisa pública. Assim, indispensável equacionar os riscos na interrupção do seguimento destes.

No caso em apreço temos que não há risco caracterizado para concessão de medida cautelar, posto que não há que se falar em perigo no seguimento de processo licitatório regular para satisfazer legítimo interesse público, sendo tal fato evidenciado, dentre outras razões, pela não interposição de impugnação por parte das pretensas licitantes.



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUBÁ

Ademais, o *periculum in mora* reverso resta caracterizado na demora da condução das ações necessárias para viabilizar com eficiência a execução do serviço de incontestável interesse público.

Nesse sentido, interessa colacionar jurisprudência em casos análogos:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LICITAÇÃO. CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL. NÃO COMPROVAÇÃO. CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. PERICULUM IN MORA INVERSO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1.A medida liminar requerida em sede de ação cautelar só deve ser concedida quando demonstrada a presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.*

(...)

5.O perigo da demora se reverte em favor do Estado do Ceará, bem como de toda a coletividade, diante do risco de a empresa eventualmente contratada se mostrar incapaz tecnicamente de gerenciar e supervisionar uma obra de grande vulto e de significativa complexidade de métodos construtivos aplicados. 6.Recurso conhecido e provido. Decisão interlocutória reformada, em consonância com o parecer ministerial.²

AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO INITIO LITIS. ACERTO. PERIGO DE DANO NÃO

² TJ-CE - AI: 06242961020148060000 CE 0624296-10.2014.8.06.0000, Relator: ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 31/08/2015



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUBÁ

DEMONSTRADO. **PERIGO INVERSO LATENTE. SEGURANÇA JURÍDICA QUE NÃO PODE SER AFASTADA EM JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA NA INTEGRALIDADE** *Inexistindo prova acerca do perigo de dano de difícil ou impossível reparação e, latente a existência do perigo inverso, não pode haver a concessão da ordem in initio litis; **Desaconselhável, em face do princípio da segurança jurídica, desestabilizar certame encerrado por meio de decisão proferida em cognição sumária;** Confundindo-se as razões do Agravo Regimental com as próprias razões do mandamus, desaconselhável é a análise, pelo Colegiado, uma vez que haverá a desaconselhável antecipação de mérito mandamental; Recurso conhecido e improvido;*³ (grifo)

E M E N T A - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA DE URGÊNCIA – PEDIDO DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE PREGÃO ELETRÔNICO - DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA - AUSENTES OS REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CPC – PERIGO DE DANO INVERSO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. *A concessão da medida liminar em mandado de segurança depende da presença dos requisitos previstos no artigo 7º da Lei 12.016/2009, quais sejam: a relevância do fundamento (fumus boni iuris) e o perigo da demora caso não concedida a medida antes da solução definitiva do writ impetrado (periculum in mora). Apenas a*

³ TJ-AM 00007748620168040000 AM 0000774-86.2016.8.04.0000, Relator: Yedo Simões de Oliveira, Data de Julgamento: 24/07/2017, Tribunal Pleno.



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUBÁ

concomitância dos requisitos autoriza o provimento liminar. Restando ausentes os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência nos autos de mandado de segurança, não há se falar em concessão de liminar, mormente em casos em que há o perigo de dano inverso.⁴ (grifo)

E M E N T A – AGRAVO INTERNO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM LICITAÇÃO – PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO EVIDENCIADA – PERIGO DE DANO INVERSO. Deve ser mantida a decisão monocrática que indeferiu liminar em mandado de segurança, quando as razões expostas no recurso de agravo interno são insuficientes para alterar o entendimento nela exposto. Recurso não provido.⁵ (grifo)

Ademais, reitere-se que o serviço contratado é de grande importância para a municipalidade, pelo que sua eventual suspensão causaria severo prejuízo, agravado pela ausência de subsídio fático-jurídico, como se evidenciará a seguir.

b) Da Ausência de Prova Inequivoca

Inicialmente, interessa destacar que, conforme disciplina expressa desta Corte de Contas acerca da matéria, o requisito no âmbito deste Tribunal

⁴ TJ-MS - AI: 14138129020188120000 MS 1413812-90.2018.8.12.0000, Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski, Data de Julgamento: 21/03/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25/03/2019.

⁵ TJ-MS - AGT: 14110422720188120000 MS 1411042-27.2018.8.12.0000, Relator: Des. Wilson Bertelli, Data de Julgamento: 17/12/2018, 3ª Seção Cível, Data de Publicação: 20/01/2019.



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUBÁ

é constituído pela prova inequívoca, consoante **art. 21-A de sua Lei Orgânica**, que segue:

*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. (grifo)*

Neste sentido, impera destacar que de maneira alguma foi demonstrada prova inequívoca, como restará evidenciado nas linhas que se seguem. Em verdade, ainda que considerada apenas probabilidade de direito, o dito *fumus boni iuris*, da mesma forma, restaria desprovido de elementos suficientes à sua caracterização.

➔ **DAS SUPOSTAS FALHAS APONTADAS NA REPRESENTAÇÃO**

A representação inicia suas razões apontando que no preâmbulo do edital da licitação em análise não consta expressa referência à Lei N° 123/2006, a partir daí inferindo que não estaria assegurado o tratamento diferencial dispensado legalmente às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

Em razão disso, interessa iniciar a presente justificativa destacando que a lei tem caráter cogente, notadamente por se fazer de ordem pública, inclusive conforme destacado em certificado técnico, e aplica-se independentemente de previsão no instrumento convocatório, mesmo porque este jamais terá como esgotar a matéria normativa que o rege, tampouco se



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUABA

destina a isso, mas, sim, a traçar as regras de caráter específico, caso a caso, em observância ao vasto acervo normativo que ao mesmo se impõe.

Por sua vez, no que se refere ao invocado art. 42 da Lei Complementar N° 123/2006, que estabelece que a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista para ME e EPP será exigida para efeito de assinatura do contrato, cumpre destacar que o mesmo deve ser entendido em uma interpretação sistemática, não se podendo entendê-lo em leitura isolada, mas em conjunto com o art. 43 do mesmo diploma legal, que assim determina:

*Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da **participação em certames licitatórios**, deverão apresentar **toda a documentação** exigida para efeito de comprovação de **regularidade fiscal e trabalhista**, mesmo que esta apresente **alguma restrição**.*

*§ 1º **Havendo alguma restrição** na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o **prazo de cinco dias úteis**, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (grifo)*

Dessa forma, por expressa determinação legal, o edital deve, sim, exigir os documentos de habilitação fiscal e trabalhista por ocasião de processamento do certame, não cabendo a dispensa completa em tratamento diferencial, devendo a empresa que se constituir em ME ou EPP juntar todas as peças de comprovações requeridas, ainda que haja alguma restrição, ocasião em que terá prazo para regularizá-la.



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUBÁ

Outrossim, cumpre verificar que há, sim, expressa menção à Lei em questão e ao tratamento diferenciado reclamado no bojo desta representação, quando dos subitens 2.2.2, 2.2.2.1, 4.2.6.2 e 4.2.6.5 do instrumento convocatório em tablado, que tratam, exatamente, do gozo dos benefícios em licitação estabelecidos pela Lei N° 123/2006.

Assim, verificado não haver qualquer vício efetivo no edital, cumpre sublinhar que não se constitui em ilegalidade o mero fato de não constar no preâmbulo do edital a submissão à Lei N° 123/2006, assim o sendo em razão de todo o exposto e em face do princípio do formalismo moderado, sobre o qual vale a transcrição do ensinamento de **Medauar**⁶:

*[...] em primeiro lugar, na previsão de **ritos e formas simples, suficientes** para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de **interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.**" (grifo)*

Cumpre deixar claro, com o exposto, que as disposições de tratamento diferenciado estabelecidas pela Lei Complementar N° 123/2006 serão efetivamente observadas, uma vez que há, sim, expressão no instrumento convocatório para tanto, bem como que seriam de toda forma cumpridas por se imporem de forma direta, não dependendo de previsão editalícia para lhes conferir efeitos no certame, conforme já discorrido.

⁶ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo Moderno. 9ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2005. Pag. 199.



PREFEITURA MUNICIPAL DE AIUABA

Não subsiste, pois, impropriedade alguma que represente óbice ao seguimento do certame.

3. DO PEDIDO

Convicto do espírito de justiça que tem prevalecido nas deliberações desse eminente Pretório de Contas, solicitamos o recebimento destas Justificativas, dando-lhes o devido e justo provimento, com exclusão do interessado do feito em tela ou, em assim não entendendo, o que não acreditamos sobrevenha, com indeferimento da medida cautelar pleiteada.

Pede e Espera deferimento.

Aiuaba – CE, 08 de fevereiro de 2021.

João Paulo Cardoso Silva
Presidente de Licitação
Portaria 008-2021

JOÃO PAULO CARDOSO SILVA