



PROCESSO	24.672-7/2020	AGRAVO 26.776-7/2021
ASSUNTO	RECURSO DE AGRAVO	
AGRAVANTE	ARI GENÉZIO LAFIN	
PRINCIPAL	PREFEITURA MUNICIPAL DE SORRISO	
ADVOGADO	NÃO CONSTA	
RELATOR	CONSELHEIRO JOSÉ CARLOS NOVELLI	

RAZÕES DO VOTO

O Recurso de Agravo encontra previsão nos artigos 64 e 68 da Lei Complementar Estadual nº 269/2007, c/c artigo 270, II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (RITCE-MT).

Da análise dos autos, constatei que o agravante é parte legitimada na forma do § 2º do art. 270 do RITCE-MT, que atribui esta prerrogativa às partes no processo originário e ao Ministério Público de Contas.

Verifiquei ainda que o postulante apresentou o recurso com clareza e na forma e prazo legal e regimental, em linha com as diretrizes do inciso II do artigo 66 da Lei Complementar Estadual nº 269/2007 c/c artigo 273 da Resolução Normativa nº 14/2007.

Destaco também que apesar da decisão agravada já ter sido objeto de homologação pelo Plenário desta Corte, tendo em vista as circunstâncias que condicionaram o referido julgamento à época, conforme será demonstrado a seguir, justificou-se o efetivado juízo positivo de admissibilidade do presente Recurso de Agravo, não havendo o que se falar na perda do seu objeto.

Assim, antes de adentrar no mérito do caso concreto, destaquei algumas informações essenciais acerca da atual situação da instrução processual, as quais passo a expor.





A Representação de Natureza Interna em questão foi instaurada pela Secretaria de Controle Externo de Contratações Públicas e encaminhada ao gabinete do então Relator no dia 25/11/2020.

A decisão que concedeu a medida cautelar foi proferida e publicada no dia **02/12/2020**, com termo final para a interposição de recurso na data de **28/01/2021**.

Sucedeu que já em **11/12/2020**, portanto dentro do prazo recursal, a representada, por meio de seu gestor, apresentou o presente agravo, enquanto a homologação do julgamento singular que deferiu a medida ocorreu na Sessão Plenária do dia **18/12/2020**, conforme Acórdão nº 622/2020 – TP, publicado no Diário Oficial de Contas nº 2140, de 02/03/2021.

Portanto, muito embora o recurso tenha sido protocolado anteriormente à submissão da decisão ao Plenário desta Corte, suas razões não foram objeto de consideração pelo Voto condutor do Acórdão homologatório.

E o mais relevante para o momento, **sequer foi realizado o necessário juízo de admissibilidade pelo Relator à época**, motivo pelo qual foi necessária a análise por esta Relatoria dos pressupostos legais para o seu conhecimento, ainda que de forma tardia.

Ora, conquanto já tenha sido referendada e homologada a medida cautelar, deve-se extrair dessa realidade os efeitos jurídicos mais próximos daqueles que se produziram caso o procedimento correto tivesse sido observado. É essa premissa que permite rechaçar a arguição de que, no caso concreto, a superveniente homologação do Julgamento Singular nº 816/MM/2020 acarretou a perda de objeto do recurso interposto pela Prefeitura de Sorriso. A quadra mais próxima seria equiparada àquela em que a lei confere ao recurso apenas o efeito devolutivo, mas nem por isso impediria a impugnação do *decisum*.

Aliás, unindo-se ao prisma do direito processual civil, é consabido por todos que **somente com o julgamento meritório** da ação principal referente a cautelar resulta





em perda do objeto da última, à luz do artigo 485, VI, do CPC/15, não sendo este o caso da representação em comento.

Soma-se a isso o fato de que a referida homologação não configura nenhuma das hipóteses de cessação dos efeitos da tutela concedida, conforme previsto no artigo 309 e incisos do CPC/15, até porque o teor da decisão antecipatória e seus efeitos se mantiveram incólumes com a chancela promovida pelo colegiado.

Reforço, a suspensão dos efeitos do Pregão Presencial nº 081/2020 fora determinada em caráter cautelar, e por isso mesmo provisório e **condicionado ao julgamento do mérito** das irregularidades apontadas nesta representação.

Assim, com o fim de realinhar a condução deste feito aos princípios que norteiam os processos no âmbito deste Tribunal, notadamente o princípio do devido processo legal, do qual deriva o contraditório e a ampla defesa, e como forma de restabelecer a justiça no caso concreto, realizei a apreciação das razões recursais apresentadas pelo agravante.

Primeiramente, insurgiu-se o responsável contra a alegação inicial de que a medida suspensiva do certame não acarretaria prejuízos à Administração Pública. Segundo relatado, o objeto da contratação é a aquisição de vestuários, rouparia hospitalar e camisetas para atender às necessidades das secretarias municipais, bens destinados aos servidores e alunos da rede pública municipal.

Sustentou que, ao contrário do mencionado na decisão atacada, o edital não prevê a apresentação de amostras para fins de habilitação no certame, mas sim que as licitantes apresentassem os tecidos e matérias primas que seriam utilizados para a confecção dos uniformes para fins de julgamento de suas propostas.

Destacou que a empresa Leide Indústria de Comércio de Confecções Eireli., que impugnou administrativamente a mesma exigência editalícia tratada nestes autos, foi cientificada por meio do julgamento que poderia apresentar apenas o material que seria





utilizado na produção, relatando que a empresa, inclusive, participou da licitação, sagrando-se vencedora de parte dos itens.

Argumentou ainda que não houve prejuízos ao resultado do certame, já que o pregão em questão contou com a participação de três empresas, e gerou uma economia de **R\$ 60.889,72** (sessenta mil, oitocentos e oitenta e nove reais e setenta e dois centavos) em relação ao valor orçado inicialmente, de **R\$ 283.068,22** (duzentos e oitenta e três mil, sessenta e oito reais e vinte e dois centavos).

Portanto, em vista das informações colacionadas pelo agravante, vislumbrei a necessidade de nova valoração dos elementos autorizadores da medida cautelar anteriormente deferida.

Esses elementos devem ser analisados conforme dispõe o artigo 300, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente aos processos que tramitam nesta Corte por força do artigo 144 do RITCE-MT, e que estabelece os requisitos legais quando da concessão da tutela 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.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Nota-se que estes requisitos são cumulativos e interdependentes, uma vez que só se pode falar em perigo de dano se há evidências que apontam para a ocorrência de uma ilicitude que venha a causar ou agravar lesão ao erário.

Nessa linha, tratando da probabilidade do direito, vislumbrei, inicialmente, a pertinência das razões jurídicas apresentadas pela unidade técnica com relação à exigência de amostras pelas interessadas nos procedimentos de licitação.





De acordo com o disposto no item 7.7 do edital, devem os licitantes, juntamente com a proposta de preços, apresentar amostras referentes aos itens especificados no termo de referência.

Neste ponto, é importante destacar que a apresentação de amostras, assim como o procedimento para sua verificação, não encontra previsão expressa na legislação, tratando-se de uma realidade administrativa regulamentada, na prática, pela jurisprudência.

Essa exigência tem sido uma valiosa ferramenta para combater a deficiência na qualidade dos produtos ofertados pelos licitantes, causa de reiterados problemas nas execuções contratuais no âmbito dos órgãos públicos.

Assim, visando harmonizar a necessidade administrativa de garantir a qualidade dos produtos ofertados com os princípios e objetivos licitatórios, os Tribunais de Contas vêm admitindo a referida exigência nos instrumentos convocatórios, sob certas condições.

Nessa esteira, o Tribunal de Contas da União estabeleceu, por meio da Súmula nº 19 que *“em procedimento licitatório, o prazo para apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas”*.

Ainda, conforme deliberado pelo TCU no Acórdão nº 3269/2012 - Plenário, firmou-se entendimento de que *“a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar”*.

Essa conclusão se alicerça na possibilidade de que a referida condição imponha aos licitantes ônus excessivos, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais interessados. Por estas razões é que esta Corte de Contas consolidou o mesmo posicionamento, conforme decisão colacionada no julgamento singular questionado:

Processual. Medida cautelar. Pregão presencial. Exigência de amostras na fase de habilitação. **É passível de suspensão, por medida cautelar, o**





pregão presencial em que se exige amostras do objeto licitado na fase de habilitação, restringindo o caráter competitivo do certame e acarretando ônus desnecessários e excessivos aos interessados, configurando o *fumus boni iuris*; **sendo consubstanciado o periculum in mora pelo fato de que tal exigência limita a participação de interessados no certame.** (REPRESENTAÇÃO (NATUREZA INTERNA). Relator: ISAIAS LOPES DA CUNHA. Acórdão 37/2019 - TRIBUNAL PLENO. Julgado em 28/02/2019. Publicado no DOC/TCE-MT em 12/03/2019. Processo 355127/2018)

Ocorre que, da análise minuciosa dos elementos constante nos autos, embora inicialmente a cláusula editalícia aqui tratada possa representar prejuízo ao resultado do certame, constatei que o Voto condutor do Acórdão que homologou o julgamento singular em questão não tratou das informações trazidas pela gestão em suas razões recursais e, portanto, não foram objeto de consideração pelo Plenário desta Corte no respectivo ato de homologação.

Este fato ganha contornos mais gravosos quando se soma à **ausência de manifestação do gestor previamente ao exame da tutela de urgência**, culminando em uma condução processual flagrantemente prejudicial aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Isso porque é certo que tais princípios não se esgotam simplesmente na prática de atos processuais como a interposição de um recurso, **mas se concretizam no direito de efetivamente influenciar no convencimento do julgador**, por todos os meios de defesa legalmente admitidos.

O fortalecimento destas premissas pode ser observado pelo movimento legislativo que resultou na edição do Código de Processo Civil de 2015, conforme ilustra o as disposições contidas no artigo 10, segundo o qual o *“juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”*.

O dispositivo citado é consequência da atenção especial dada à garantia do contraditório no processo civil moderno, vedando a “decisão-surpresa” e impondo ao





jugador que conceda às partes a oportunidade de influenciar, em todos os graus de jurisdição, no resultado do processo.

Nesse contexto, saliento que o então Relator, quando da submissão da medida cautelar ao Plenário, muito embora tenha citado a interposição do presente recurso em seu relatório, ignorou as informações e argumentos perpetrados pelo agravante em seu voto, sem sequer proferir o juízo de admissibilidade do agravo.

Vale ressaltar que, além de prejudicial ao exercício do **contraditório e ampla defesa**, o fato é incompatível com o sistema de avaliação de provas adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o livre convencimento motivado, cujas diretrizes definem que cumpre ao juiz formar livremente seu convencimento, **sempre com fundamento nos elementos que constam dos autos**, conforme dispõe o artigo 371 do CPC ao estabelecer que o *“juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”*.

Como se pode observar, a referida norma está intimamente ligada ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal, e ganha ainda mais força no âmbito dos processos de contas, cujos preceitos norteadores traduzem a ideia de que a administração pública deve sempre buscar o máximo de aproximação com a verdade material ou real, e não meramente processual, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público envolvido. Nesse sentido, Odete Medauar ensina que a verdade material:

(...) exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. **Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada**, sem estar jungida aos aspectos suscitados pelos sujeitos.¹

1 MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170.





Assim, não restam dúvidas de que a preterição da apreciação das razões do agravo, que não foi realizada nem mesmo de forma perfunctória no contexto de uma eventual análise de sua admissibilidade, configura grave violação à garantia do devido processo legal.

Além de tudo, referida conduta subverte a sequência lógica dos atos processuais, lesando o direito legal e regimental do interessado de insurgir-se contra determinada decisão proferida pela Corte, dando-se prosseguimento ao processo à revelia dos argumentos e informações suscitados em sede de recurso.

Esse contexto fático remete à própria conceituação do processo em seu aspecto objetivo, em linha com as considerações doutrinárias a seguir transcritas:

Sob dois aspectos o processo pode ser considerado: pelos atos que, ordenados sucessivamente de maneira lógica, devem ser realizados durante o seu transcurso; e pela relação que se estabelece entre determinados personagens. O processo contém um aspecto objetivo e um subjetivo. Objetivo, pois é constituído por um conjunto de atos ordenadamente encadeados e previamente previstos em lei, que se destinam a um fim determinado: a prestação jurisdicional. Para que ela seja alcançada, há um procedimento, que pressupõe um encadeamento de atos se sucedendo no tempo (...).²

Essa é a lógica adotada pelo artigo 946 do CPC/2015, que busca preservar sua harmonia com os princípios estabelecidos por meio de uma sequência racional de atos processuais, vejamos:

Art. 946. O agravo de instrumento será julgado antes da apelação interposta no mesmo processo.

Parágrafo único. Se ambos os recursos de que trata o caput houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo de instrumento.

Em analogia à situação concreta aqui analisada, ignorar as razões do recurso quando da homologação da cautelar em questão pelo Plenário, não só representa violação

² Gonçalves, Marcus Vinicius Rios Direito processual civil esquematizado® / Marcus Vinicius Rios Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.





aos princípios norteadores do processo de contas, como poderia ensejar até a nulidade da própria decisão.

Sob esta ótica, não se pode deixar de considerar as consequências práticas da situação descrita, tendo em vista que os argumentos iniciais colacionados pela equipe técnica, e conseqüentemente pelo Relator na concessão da cautelar, fundamentaram-se em algumas premissas equivocadas.

Para ilustrar, destaquei o argumento apresentado pela Secex quanto à **ausência de vantajosidade** no resultado da licitação, fundado na alegação de que o valor julgado seria exatamente o mesmo orçado pela Prefeitura, razão pela qual suscitou, inclusive, a possibilidade de conluio pelas empresas.

Ocorre que, conforme informado pelo agravante e confirmado por esta Relatoria em consulta à documentação inserida no Sistema Aplic, o valor estimado no termo de referência do pregão em questão totalizou **R\$ 283.068,22** (duzentos e oitenta e três mil, sessenta e oito reais e vinte e dois centavos), enquanto o montante descrito nas atas de registro de preços formalizadas perfaz **R\$ 222.178,50**, (duzentos e vinte e dois mil, cento e setenta e oito reais e cinquenta centavos), o que indica, ao menos nesta fase de cognição estritamente sumária, **uma provável economia de R\$ 60.889,72** (sessenta mil, oitocentos e oitenta e nove reais e setenta e dois centavos).

Além disso, constatei que, muito embora tenha sido mencionado que o processo licitatório estaria em fase de homologação quando da concessão da cautelar, o fato é que o procedimento já havia sido finalizado e as respectivas atas firmadas na data de 13 de outubro de 2020, anteriormente à instauração da própria representação e, por consequência, à concessão da medida cautelar, que veio a ocorrer apenas no início de dezembro.

Portanto, denota-se que não houve a possibilidade de uma análise adequada do contexto fático do caso concreto quando do exame da cautelar pleiteada nos autos.





Daí decorre o fato de que, embora aparentemente presente a plausibilidade jurídica das alegações iniciais, do exame do procedimento licitatório em questão não se verificou indícios concretos de prejuízo ao resultado do certame.

Conforme noticiado pelo agravante, o procedimento contou com a participação de três empresas, todas sagrando-se vencedoras de parcela do objeto licitado, o que resultou em uma contratação em um valor total substancialmente menor do que aquele orçado pela Prefeitura.

Nessa linha, entendo que a suspensão cautelar determinada pelo então Relator já não se justificava à época de sua concessão, tendo em vista que não houve a demonstração do perigo de dano grave ou de difícil reparação a decorrer do aguardo da instrução processual, já que finalizado o certame, não se constata os eventuais prejuízos à competitividade que a citada jurisprudência visou resguardar quando da regulamentação da matéria.

Assim, não seria prudente manter a suspensão cautelar da contratação por esta Corte de Contas, uma vez que a concessão da medida exige a demonstração da inequívoca probabilidade do direito **cumulativamente ao *periculum in mora***, de modo que **a sustação ou anulação de atos administrativos por este Tribunal deve ser sempre em caráter excepcional**, notadamente nesta seara de cognição estritamente sumária, caso em que, frequentemente, a instrução processual não admite um exame mais aprofundado da matéria.

Sobre o tema, pertinentes as lições de Fredie Didier Jr., citando José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual:

“A prova inequívoca deve conduzir o magistrado a um juízo de probabilidade, verossimilhança, sobre os fatos narrados. O juízo de verossimilhança é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um "elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor". É imprescindível acrescentar que a verossimilhança refere-se não só à matéria de fato, como também à





plausibilidade da subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.³

No mesmo sentido é o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES RELACIONADAS À HABILITAÇÃO DA LICITANTE VENCEDORA DO CERTAME. REPRESENTAÇÃO CONHECIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO PROVIMENTO ACAUTELATÓRIO. INDEFERIMENTO DA MEDIDA EXCEPCIONAL PLEITEADA. AGRAVO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA.

[...]

4. Neste juízo inicial, não vislumbro a **necessidade de concessão da medida cautelar** solicitada, que é sempre de natureza excepcional, devendo, por isso, **ser expedida somente quando, indiscutivelmente, estiverem presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.**

5. Como bem exposto na instrução precedente, **não há, nos presentes autos, elementos suficientes para caracterização inequívoca do *periculum in mora*. O contrato decorrente do certame ora impugnado já foi assinado, de modo que os serviços já estão em execução. Ademais, não há indícios que sugiram a existência de irreparabilidade ou difícil reparação do direito pleiteado pela representante, caso se tenha de aguardar o trâmite normal deste processo.**

[...] (Tomada de Contas 046.553/2012-6, Plenário, Relator Ministro Valmir Campelo, julgada em 30/1/2013).

Vale destacar ainda que embasado no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no âmbito das decisões judiciais e administrativas deve o julgador demonstrar a necessidade e adequação de eventual medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas no caso concreto.

Sob esta ótica, vejo que admitir a manutenção da suspensão cautelar da licitação nessas condições configuraria um apego excessivo ao formalismo, baseado na construção jurisprudencial exposta, sem levar em conta a razoabilidade da medida diante do contexto fático do caso, ignorando-se o objetivo almejado pelos Tribunais, qual seja, a

3 DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 2. 6ª ed. Editora Podivm. p.500.





preservação do interesse público e do resultado útil dos processos de contratação respectivos.

Diante do exposto, em consonância com o Parecer Ministerial nº 4.103/2021, subscrito pelo Procurador de Contas Getúlio Velasco Moreira Filho, submeto à homologação deste Egrégio Plenário o Julgamento Singular nº 948/JCN/2021, no sentido de **conhecer** o Recurso de Agravo e, no mérito, dar-lhe **provimento**, para revogar o Julgamento Singular nº 816/MM/2020 e o Acórdão nº 622/2020 – TP, tornando sem efeito a medida cautelar que determinou a suspensão do Pregão Presencial nº 082/2020.

Cuiabá, 25 de agosto de 2021.

(assinatura digital)⁴

CONSELHEIRO JOSÉ CARLOS NOVELLI
Relator

⁴Documento assinado por assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006

