



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR

Processo TC: 376/2016
Jurisdicionado: Departamento de Imprensa Oficial do Estado do Espírito Santo (DIO-ES)

O **Ministério Público de Contas (MPC)**, no exercício de suas atribuições institucionais, com fundamento nos art. 152, inciso III¹, 157², 159³ e 167⁴ da Lei Complementar Estadual 621/2012, no art. 3º, inciso III, da Lei Complementar Estadual 451/2008⁵, bem como nos art. 395⁶, 396, inciso III⁷, 402, inciso III⁸, e 411⁹

¹ Art. 152. Cabem os seguintes recursos nos processos em tramitação no Tribunal de Contas:
[...]

III - embargos de declaração;

² Art. 157. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso.

³ Art. 159. Cabe ao interessado demonstrar, na peça recursal, em preliminar, o seu interesse em intervir no processo.

⁴ Art. 167. Cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em petição dirigida ao Relator com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissão, dentro do prazo improrrogável de cinco dias, vedada a juntada de qualquer documento.

§ 2º Os embargos de declaração interrompem os prazos para cumprimento do acórdão e parecer prévio embargados e para interposição dos demais recursos previstos nesta Lei Complementar.

⁵ Art. 3º Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:

[...]

III - interpor os recursos e requerer as revisões previstas em lei;

⁶ Art. 395. O recurso deverá revestir-se das seguintes formalidades:

I - ser interposto por escrito;

II - ser apresentado dentro do respectivo prazo;

III - conter a qualificação indispensável à identificação do recorrente;

IV - ser firmada por quem tenha legitimidade e seja parte interessada;

V - conter o pedido, a causa de pedir e fundamento jurídico;

VI - conter os documentos que o instruirão, quando for o caso.

⁷ Art. 396. Poderão interpor recurso:

[...]

III - o Ministério Público junto ao Tribunal.

⁸ Art. 402. Interposto o recurso pelo Ministério Público junto ao Tribunal, serão notificados os demais interessados para se manifestarem, nos termos do art. 156 da Lei Orgânica do Tribunal, nos seguintes prazos:

[...]

III - cinco dias, nos casos de embargos de declaração.

⁹ Art. 411. Caberão embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito pelo responsável, pelo interessado, pelo sucessor ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, em petição dirigida ao Relator.

§ 2º Os embargos de declaração serão interpostos dentro do prazo improrrogável de cinco dias, contados na forma da Lei Orgânica do Tribunal.

§ 3º Os embargos de declaração interrompem os prazos para cumprimento do acórdão e parecer prévio embargados, bem como para interposição dos demais recursos previstos na Lei Orgânica do Tribunal.

§ 4º Na hipótese prevista no parágrafo anterior, os prazos recomeçam a contagem a partir da publicação do acórdão que julgou os embargos.



do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES),
vem opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

a fim de que Vossa Excelência, Conselheiro Relator, esclareça as contradições e omissões existentes na **Decisão TC 552/2016** (acostada às fl. 299/300 do Processo TC 376/2016, o qual trata de Representação interposta pelo Ministério Público de Contas, “em face da senhora Mirian Scárdua, Diretora Presidente do Departamento de Imprensa Oficial do Estado do Espírito Santo (DIO-ES), em razão de robustos indícios de prática de atos de gestão ilegais, ilegítimos e antieconômicos, no Contrato nº. 006/2013, concernente ao Processo nº. 61710415/2013, cujo objeto refere-se, em síntese, à ‘aquisição, implantação, suporte técnico e manutenção (adaptativa, corretiva e evolutiva) de Sistema para Gestão, Geração de Matriz do Diário Oficial para impressão e Automação de Publicações da Imprensa Oficial do Estado do Espírito Santo’”, ‘no valor total de R\$ 2.293.000,00 (dois milhões e duzentos e noventa e três mil reais)’, que conheceu a Representação, mas no mérito indeferiu a cautelar pleiteada.

1 DO CABIMENTO, DA LEGITIMIDADE E DA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Preceitua o art. 167, § 1º da Lei Complementar n.º 621/12¹⁰ que cabe Embargos de Declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida, que serão “**opostos por escrito pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em petição dirigida ao Relator com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, dentro do prazo**

¹⁰ **Art. 167.** Cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em petição dirigida ao Relator com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, dentro do prazo improrrogável de cinco dias, vedada a juntada de qualquer documento.



improrrogável de cinco dias, vedada a juntada de qualquer documento” (grifou-se).

De seu turno, o art. 157 da Lei Complementar nº. 621/2012¹¹ prevê que “**o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso**”, iniciando-se sua contagem com a entrega dos autos com vista ao Órgão ministerial (art. 62, parágrafo único)¹² (grifou-se).

Denota-se à fl. 302, que os autos ingressaram na Secretaria do Ministério Público no dia **14.03.2016**. Logo, a contagem do prazo para a interposição dos Embargos de Declaração iniciou-se no dia **15.03.2016**, primeiro dia útil seguinte ao recebimento dos autos pelo MPC, com previsão de encerramento no dia **28.03.2016**, primeiro dia útil seguinte ao feriado nacional da Paixão de Cristo, que compromete os dias 24 e 25 de março.

Perfaz-se, tempestivo, portanto, o presente recurso.

2 DOS FATOS

Inicialmente, os autos foram encaminhados à Equipe Técnica do Núcleo de Cautelares (NCA) para análise, a qual expediu a **Manifestação Técnica Preliminar MTP 115/2016** (fl. 275/294), cujo conteúdo ressaltou a presença da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*), isto é, a plausibilidade, a verossimilhança do direito alegado em diversos indicativos de irregularidade apontados pelo Ministério Público de Contas, ponderando, contudo, que o dano resultante da eventual concessão da medida cautelar seria superior ao que se deseja evitar (*periculum in mora inverso*).

Nesse diapasão, a Área Técnica considerou prudente pugnar pelo indeferimento do pedido liminar de suspensão do Contrato nº. 006/2013, ante a constatação de que a suspensão do serviço poderia acarretar problemas proporcionalmente maiores aos

¹¹ Art. 157. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso.

¹² Art. 62. A comunicação dos atos e decisões presume-se perfeita com a publicação no Diário Oficial do Estado ou outro meio de divulgação oficial do Tribunal de Contas, salvo as exceções previstas em lei. Parágrafo único. A comunicação dos atos e decisões ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em qualquer caso, será feita pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista, sob pena de nulidade.



derivados de eventuais prejuízos financeiros advindos dos vícios contratuais, inclusive o sobrepreço. Veja-se:

3. DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Passamos à análise dos pressupostos autorizativos para a concessão de medida cautelar, a saber, o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*.

3.1 DO FUMUS BONI IURIS

Quanto ao *fumus boni iuris*, esse requisito **guarda relação** com a verossimilhança, ou seja, com a **plausibilidade das alegações do representante.** (grifou-se).

Passamos a analisar os pontos (indícios de irregularidades) trazidos aos autos sob essa ótica, a fim de verificarmos a presença ou não desse requisito.

- ***Estimativa de preços em desconformidade com o objeto contratado***

O Departamento de Imprensa Oficial do Estado do Espírito Santo (DIO-ES) não teria realizado pesquisa de preços de acordo com o objeto do projeto básico, que seria a contratação de empresa especializada para disponibilização de licença de uso de software, violando assim o inciso II, §2º, art. 7º da Lei 8.666/93.

[...]

Por fim, salienta-se a afirmação da gestora de que “se não se entende por ampliada a cotação dos preços esta se deu não por vontade da gestora” (fl. 88 verso dos autos). **Portanto, verifica-se a presença do *fumus boni iuris* em relação à estimativa de preços ter sido realizada em desacordo com o objeto almejado.** (grifou-se).

- ***Discrepância entre o preço contratado e o preço do mercado***

Segundo o Representante, a Equipe de Auditoria da Secont constatou que a Empresa Pública de Serviços Gráficos de Sergipe (Segrase) contratou serviços similares aos adquiridos pelo DIO-ES com um preço bastante inferior, como mostrado no Quadro 1.

[...]

Pelo exposto, **há a presença do *fumus boni iuris* em relação ao indício de irregularidade relacionado ao preço do contrato DIO/ES nº 006/2013.** (grifou-se).

[...]

- ***Ausência de apresentação de planilhas de formação de preços***

De acordo com o Representante, a Administração não elaborou na fase interna, nem exigiu das licitantes, a apresentação de planilhas de formação de preços detalhada, aptas a demonstrar a composição de custos unitários.

Quanto a esse fato assim se manifestou a gestora:

No que se refere às recomendações de observância de planilhas de formação de preços, demonstradoras de custos dos serviços, com observação da pesquisa de mercado, de maneira a subsidiar o cálculo do valor mensal dos serviços de manutenção pretendidos,



entende-se que se deve dar especial atenção à melhoria de tais documentos, estando os atos regulares com a ressalva indicada.

Compulsando os autos percebe-se não terem sido formuladas e apresentadas pelos licitantes planilhas de formação de preços, violando o art. 7º, §2º, II, da Lei 8.666/93. **Presente, portanto, o fumus boni iuris quanto a esse ponto.** (grifou-se).

- **Renovação contratual sem a devida pesquisa de preços**

Em relação a esse indício de irregularidade, o Representante sustenta que, no momento da prorrogação contratual, o gestor não estaria autorizado a presumir que o vencedor do certame ainda se mantém como detentor da melhor proposta no mercado. Teria, na verdade, o dever de realizar ampla pesquisa de preços a ser anexada à justificativa por escrito, na forma exigida pelo artigo 57, § 2º da Lei 8.666/93, citando ainda o artigo 28, § 1º da Portaria SEGER/PGE/SECONT nº 049-R/2010, que determina a realização de pesquisas de preços de mercado ou de preços contratados por outros órgãos e entidades da Administração Pública, nos casos de aditivos de prorrogação de prazo, visando manter o contrato mais vantajoso para a Administração.

[...]

Em relação a esse ponto, esta Corte de Contas, quando da análise meritória, emitirá decisão que enfrentará se as prorrogações contratuais se deram em conformidade com a ordem jurídica vigente. Mas, repetimos, essa questão é meritória. **Por ora, diante da análise que procedemos, a saber, quanto à presença ou ausência do fumus boni iuris, posicionamo-nos pela sua presença,** considerando a redação do artigo 57, II é clara em expressar que a prestação de serviços a serem executados de forma contínua poderá ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos, **com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosos para a administração.** (grifou-se).

3.2 DO PERICULUM IN MORA

O segundo pressuposto genérico e essencial para a concessão de qualquer espécie de provimento cautelar é conhecido como *periculum in mora*, significando o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

[...]

Diante de todo o exposto, **verifica-se a presença do periculum in mora inverso, capaz de aconselhar a não expedição, no momento, de qualquer provimento de natureza cautelar,** considerando que a suspensão do serviço em questão poderia acarretar entraves e problemas a que a Administração honre com o princípio constitucional da publicidade, isso sem embargo desta Corte de Contas, ao proceder ao seu julgamento de mérito, concluir pela invalidade dos termos aditivos procedidos pelo DIO/ES, diante dos indícios de irregularidades constatados. (grifou-se).

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

4.1 Conhecer e receber a representação, pelo preenchimento dos requisitos constantes do artigo 94 da Lei Complementar 621/2012.

4.2 **Indeferir a medida cautelar pleiteada, diante da presença do periculum in mora inverso,** com a conseqüente submissão dos presentes



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

autos ao rito ordinário, por não preenchimento dos requisitos constantes dos artigos 306 e 376, incisos I e II do RITCEES (Resolução TC nº 261, de 4 de junho de 2013). (grifou-se).

4.3 Determinar a oitava da parte quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do artigo 307, § 3º do RITCEES.

4.4 Cientificar o representante da decisão do Tribunal, nos termos do artigo 307, § 7º do RITCEES.

É como nos manifestamos e submetemos à consideração superior.

De posse dos autos, o Conselheiro Relator, excelentíssimo senhor Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, por intermédio do **Voto 907/2016** (fl. 295/298), concluiu que a petição inicial não trouxe à colação elementos suficientes à demonstração da plausibilidade do direito perseguido pelo Representante, e que nesse sentido foi a orientação dada pela Área Técnica. Na oportunidade ainda ressaltou que o Núcleo de Cautelares não vislumbrou indícios de irregularidades suficientes à concessão da medida de urgência requerida e, da mesma forma, firmou o seu entendimento. Confira-se:

II.2 DA MEDIDA CAUTELAR REQUERIDA

Verifico que **a petição inicial não traz à colação elementos suficientes à demonstração da plausibilidade do direito perseguido pelo Representante e nesse sentido foi a orientação dada pela área técnica.** (grifou-se).

No tocante à medida cautelar requerida, não vislumbro, nesta oportunidade, a convergência dos requisitos ensejadores de sua concessão, quais sejam a demonstração de que o bom direito está presente e também o perigo da demora da conclusão de análise do mérito das questões postas.

A rigor, as supostas irregularidades apontadas no contrato nº 0069/2013 não de passar por análise detida por parte da área técnica desta Corte, que deverá apurar se as mesmas guardam ou não relação de pertinência com as supostas irregularidades narradas pelo *Parquet* de contas.

Em uma análise sumária dos pontos elencados, **o NAC não vislumbrou indícios de irregularidades suficientes à concessão da medida de urgência requerida e, da mesma forma, firmo o meu entendimento.** (grifou-se).

Nesse passo, a medida cautelar não deverá se confundir com a satisfação do objeto da Representação e nem mesmo deverá possuir o escopo de antecipar a tutela cognitiva de caráter meritório, mas tão somente deverá servir como uma garantia de efetividade do pronunciamento jurisdicional.

Portanto, entendo por bem, no caso destes autos, indeferir a medida cautelar pretendida, em especial pela necessidade de análise técnica aprofundada sobre algumas das questões trazidas à colação.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

Assim, por não estarem demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, como bem asseverado pelo NAC, entendo pelo indeferimento da cautelar pleiteada pelo representante.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, com base na competência outorgada pelo inciso V1, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), acompanho o posicionamento técnico e **VOTO**:

1. preliminarmente, por **RECEBER** este expediente como Representação, nos termos do art. 101 da Lei Orgânica deste Tribunal;
2. por **INDEFERIR** a medida cautelar pretendida;
3. pela submissão do feito ao **RITO ORDINÁRIO**; (grifo nosso)

Por intermédio da **Decisão TC 552/2016** (fl. 299/300), expedida em **09 de março de 2016**, a Primeira Câmara do TCEES decidiu, por unanimidade, **nos termos do Voto do eminente Conselheiro Relator**, conhecer a Representação oferecida pelo Ministério Público de Contas e, no mérito, **indeferir** o provimento cautelar. Confira-se:

DECISÃO TC – 552/2016 – PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO – TC-376/2016

ASSUNTO – REPRESENTAÇÃO

REPRESENTAÇÃO – REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS – REPRESENTADO: DEPARTAMENTO DE IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – RESPONSÁVEL: MIRIAN SCARDUA (DIRETORA PRESIDENTE) – 1) RECEBER – 2) INDEFERIR CAUTELAR – 3) SUBMETTER AO RITO ORDINÁRIO – 4) NOTIFICAR – PRAZO: 10 DIAS – 5) À ÁREA TÉCNICA.

Considerando que compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de providências para o fiel cumprimento da lei, bem como a sustação de ato impugnado;

Considerando Representação, com pedido de cautelar, representada pelo Ministério Público Especial de Contas - MPEC, onde relata a presença de supostas irregularidades na execução do contrato nº 006/2013 celebrado entre a empresa Gendoc Sistemas e Empreendimentos Ltda e o Departamento de Imprensa Oficial do Espírito Santo - DIO-ES, cujo objeto se refere à “aquisição, implantação, manutenção adaptativa, corretiva, evolutiva e suporte técnico de sistema para Gestão, Geração da Matriz do Diário Oficial para impressão e Automação de Publicações da Imprensa Oficial do Estado do Espírito Santo”;

Considerando a ausência dos requisitos ensejadores da concessão da medida cautelar pleiteada;



DECIDE a Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, por unanimidade, em sua 6ª sessão ordinária, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias chamoun, que integra esta Decisão:

1. **Receber** como Representação, nos termos do artigo 101 da Lei Orgânica deste Tribunal;
2. **Indeferir a cautelar** pretendida;
3. Submeter o feito ao **Rito Ordinário**;
4. **Notificar** a Diretora Presidente do DIO-ES para ciência, concedendo-lhe o prazo de 10 dias, caso pretenda apresentar manifestação complementar à aquela já feita nos autos;
5. Após decurso do prazo conforme artigo 125 § 4º da LC 621/2012, **remeter** os autos à Secretaria Geral de Controle Externo para prosseguimento da instrução do feito.

Finalmente, em cumprimento ao disposto no art. 360, parágrafo único, da Resolução TC 261/2013¹³, Regimento Interno do TCEES, os autos foram remetidos a este *Parquet* de Contas.

Em síntese, são esses os fatos que contextualizam o presente Recurso.

Passe-se à fundamentação dos pontos constantes na **Decisão TC 552/2016** (fl. 299/300), passíveis de declaração em razão da existência de vícios de contradição e omissão.

3 DA CONTRADIÇÃO

Conforme relatado, conquanto a Equipe Técnica do Núcleo de Cautelares (NCA), por intermédio da **Manifestação Técnica Preliminar MTP 115/2016** (fl. 275/294), tenha destacado a plausibilidade do direito alegado em diversos indicativos de irregularidades apontados pelo Ministério Público de Contas, por outro giro, avaliou que o dano resultante da eventual concessão da medida cautelar seria superior ao que se desejava evitar.

¹³ **Art. 360.** A comunicação dos atos e decisões presume-se perfeita com a publicação no Diário Oficial do Estado ou outro meio de divulgação oficial do Tribunal, salvo as exceções previstas em lei.
Parágrafo único. A comunicação dos atos e decisões ao Ministério Público junto ao Tribunal, em qualquer caso, será feita pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista, sob pena de nulidade.



Portanto, de forma inequívoca, o NCA evidenciou que há fumaça do bom direito no bojo da Representação do Ministério Público de Contas, inclusive em indicativos de irregularidades que sustentam o pedido liminar. Confira-os novamente (grifo nosso):

3. DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Passamos à análise dos pressupostos autorizativos para a concessão de medida cautelar, a saber, o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*.

3.1 DO FUMUS BONI IURIS

Quanto ao *fumus boni iuris*, esse requisito **guarda relação com a verossimilhança**, ou seja, com a **plausibilidade das alegações do representante**.

Passamos a analisar os pontos (indícios de irregularidades) trazidos aos autos sob essa ótica, a fim de verificarmos a presença ou não desse requisito.

- ***Estimativa de preços em desconformidade com o objeto contratado***

[...]

Por fim, salienta-se a afirmação da gestora de que “se não se entende por ampliada a cotação dos preços esta se deu não por vontade da gestora” (fl. 88 verso dos autos). **Portanto, verifica-se a presença do *fumus boni iuris* em relação à estimativa de preços ter sido realizada em desacordo com o objeto almejado.**

- ***Discrepância entre o preço contratado e o preço do mercado***

[...]

Pelo exposto, **há a presença do *fumus boni iuris* em relação ao indício de irregularidade relacionado ao preço do contrato DIO/ES nº 006/2013.**

[...]

- ***Ausência de apresentação de planilhas de formação de preços***

Compulsando os autos percebe-se não terem sido formuladas e apresentadas pelos licitantes planilhas de formação de preços, violando o art. 7º, §2º, II, da Lei 8.666/93. **Presente, portanto, o *fumus boni iuris* quanto a esse ponto.**

- ***Renovação contratual sem a devida pesquisa de preços***

[...]

Em relação a esse ponto, esta Corte de Contas, quando da análise meritória, emitirá decisão que enfrentará se as prorrogações contratuais se deram em conformidade com a ordem jurídica vigente. Mas, repetimos, essa questão é meritória. **Por ora, diante da análise que procedemos, a saber, quanto à presença ou ausência do *fumus boni iuris*, posicionamo-nos pela sua presença,** considerando a redação do artigo 57, II é clara em expressar que a prestação de serviços a serem executados de forma contínua poderá ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos, **com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosos para a administração.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

Ocorre que o Conselheiro Relator, cujo Voto foi acolhido à unanimidade pela Primeira Câmara desta egrégia Corte de Contas, respaldara-se no posicionamento da Equipe Técnica, não apenas para denegar a medida liminar, mas também para ressaltar a ausência dos **dois pressupostos** necessários à sua concessão, dentre eles a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*). Confira os trechos do Voto sobre os quais paira a contradição em comento:

- “Verifico que **a petição inicial não traz** à colação elementos suficientes à **demonstração da plausibilidade do direito** perseguido pelo Representante **e nesse sentido foi a orientação dada pela área técnica.**” (fl. 297) (grifou-se).
- “Em uma análise sumária dos pontos elencados, **o NAC não vislumbrou indícios de irregularidades suficientes à concessão da medida de urgência requerida** e, da mesma forma, firmo o meu entendimento”. (fl. 297) (grifou-se).
- Assim, **por não estarem demonstrados o fumus boni iuris** e o *periculum in mora*, **como bem asseverado pelo NAC,** entendo pelo indeferimento da cautelar pleiteada pelo representante. (grifou-se).

Em suma, revela-se inconciliável que o Conselheiro Relator acolha o pronunciamento do NCA **sem qualquer ressalva**, considerando que a Representação não traz à colação elementos suficientes a demonstração da plausibilidade do direito perseguido, **e que nesse sentido foi a orientação dada pela Equipe Técnica**, quando, em verdade, o próprio NCA, em diversos trechos da **MTP 115/2016**, observa a verossimilhança, a plausibilidade das alegações do *Parquet* sobre os indicativos de irregularidades que motivaram o pedido liminar, inclusive, sugerindo o indeferimento da cautelar ante a constatação isolada do *periculum in mora reverso*.

Destarte, ante a falta de coerência da Decisão TC 552/2016, utiliza-se desses Embargos Declaratórios com o fito de que esta Corte evidencie em que medida corrobora com a manifestação da Equipe Técnica do NCA.



4 OMISSÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES PARA A DENEGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR

O dever constitucional de fundamentar toda e qualquer decisão, interlocutória, terminativa ou definitiva, encontra-se expresso no art. 93, incisos IX e X, da Carta Magna¹⁴. Registre-se, igualmente, que a Lei Fundamental comina sanção de nulidade em decorrência da inobservância do referido preceito.

A fundamentação ou motivação constitui a base intelectual de toda e qualquer decisão, e que, por sua vez, deve traduzir todo o raciocínio desenvolvido no processo.

Como cediço, a necessidade de consistente fundamentação das decisões traduz o ideário de se valer de uma carga argumentativa sólida e objetiva, apta a conferir transparência ao conteúdo da escolha efetuada pelo magistrado. Para além de uma garantia de índole constitucional, a fundamentação calcada em uma portentosa carga argumentativa baseada, máxime, em dados empíricos e objetivos, imprime uma maior racionalidade ao processo de justificação do julgamento, reforçando, destarte, o acerto da decisão tomada¹⁵.

Não obstante a indiscutível certeza teórica de que toda decisão, judicial ou administrativa, deve ser motivada, verifica-se que a **Decisão TC 552/2016** revelou uma análise carente de densidade argumentativa, ao denegar o pedido de concessão de medida cautelar, que possuía a finalidade de suspender o Contrato nº. 006/2013, extremamente desvantajoso para o Departamento de Imprensa Oficial do Estado do Espírito Santo, tendo em vista os robustos indicativos de sobrepreço nos

¹⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

¹⁵ Contudo, a despeito da imprescindibilidade desta imposição, como tem apontado Daniel Sarmento “*muitos juízes [...] passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. [...] abrindo um espaço muito maior para um decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo.*”

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200.



valores dos serviços cobrados pela empresa Gendoc Sistemas e Empreendimentos Ltda.

A decisão em análise, assentada no Voto do eminente Conselheiro Relator, se limitou a declarar sucintamente que:

- (1) “(...) *não vislumbro, nesta oportunidade, a convergência dos requisitos ensejadores de sua concessão, quais sejam a demonstração de que o bom direito está presente e também o perigo da demora da conclusão de análise do mérito das questões postas*” (fl. 297, parágrafo segundo);
- (2) “(...) *o NAC não vislumbrou indícios de irregularidade suficientes à concessão da medida de urgência requerida e, da mesma forma, firmo o meu entendimento*” (fl. 297, parágrafo quarto); e, continua aduzindo que,
- (3) “(...) *por não estarem demonstrados o fumus boni iuris e o periculum in mora, como bem asseverado pelo NAC, entendo pelo indeferimento da cautelar pleiteada pelo representante*” (fl. 297, parágrafo sétimo).

Constata-se, portanto, **a inoccorrência de quaisquer considerações a respeito dos motivos que conduziram ao indeferimento do provimento acautelatório, ou seja, não adentrou-se no mérito do juízo formado no espírito do magistrado e, desta forma, impedindo a formação de juízos de valores acerca do acerto ou desacerto da decisão optada, o que prejudica demasiadamente a eventual interposição de recurso de agravo de instrumento por parte do Ministério Público de Contas (função endoprocessual da fundamentação).**

Realçando a relevância da matéria, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida e Rita Dias Nolasco destacam que “*a decisão bem fundamentada, mesmo que contrária ao*



*interesse da parte, gera, naturalmente, a credibilidade quanto ao acerto da decisão*¹⁶.

Como se observa, no caso em tela, apresenta-se demasiadamente penoso ao Representante interpretar os elementos cognitivos que culminaram na defesa da tese da carência dos requisitos necessários à concessão da tutela de urgência requerida nos autos.

Em verdade, ao julgador competia o dever constitucional de expor os fundamentos fáticos e jurídicos¹⁷ que geraram sua convicção exteriorizada no *decisum*, por intermédio de exame circunstanciado e analítico das alegações deste *Parquet* de Contas.

Ressalte-se, por imperioso, que a simples concordância com a argumentação da Equipe Técnica não torna prescindível a demonstração dos motivos precisos da decisão proferida por esta Corte de Contas.

Deveras, decisão que se apoia em voto do conselheiro Relator que, por sua vez, se restringe a reportar-se a argumentação da Equipe Técnica (fundamentos *aliunde*) é inválida, sendo necessária a devolução dos autos para que seja sanado o grave vício, sob pena de nulidade.

Esclarece-se, contudo, **a necessidade de se levar em conta a posição da Equipe Técnica**, mas, em qualquer caso, cabe a essa Corte **expor as razões** pelas quais concorda ou não com o posicionamento dela.

Repisando o tema, Fredie Didier Junior, ao proceder percuciente abordagem acerca dos elementos essenciais das decisões judiciais, com sua peculiar agudeza de raciocínio, tece pertinentes comentários, adequadamente aplicáveis ao caso em tela. Veja-se:

¹⁶ Recursos e a duração razoável do processo. Crescente utilização da tutela antecipatória em busca da agilização processual. *Gazeta Jurídica*: Brasília. 1ª edição. p. 63.

¹⁷ Como cediço, a fundamentação deve ser explícita e detalhada, acolhendo ou refutando cada específica alegação e, evitando, assim, abordagens imprecisas, subjetivas e com conteúdo enigmático.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

É bastante comum o operador do direito depara-se, no seu dia-a-dia , com decisões do tipo “*presentes os pressupostos legais, concedo a tutela antecipada*”, ou simplesmente “*defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos*”, ou ainda “*indefiro o pedido, por falta de amparo legal*”.

Essas decisões não atendem à exigência da motivação: trata-se de tautologias, que, exatamente por isso, não servem como fundamentação. O magistrado tem necessariamente que dizer o *por que* entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela antecipada; tem que dizer *de que modo* as provas confirmam os fatos alegados pelo autor (e também, como já se viu, por que as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram). Em outras palavras, o julgador tem que ‘ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento’¹⁸.

Ademais, a ausência de motivação/fundamentação, elemento essencial de toda e qualquer decisão judicial e administrativa, estreme de dúvidas, **impossibilita que a sociedade verifique o legítimo exercício da função fiscalizatória/jurisdicional por parte dessa Corte de Contas**¹⁹ (*função extraprocessual da fundamentação*).

Logo, considerado a presença da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*), isto é, a plausibilidade, a verossimilhança do direito alegado em diversos indicativos de irregularidades apresentados pelo Representante, e corroborados nos moldes da **Manifestação Técnica Preliminar MTP 115/2016**; considerando que a motivação “*é elemento que legitima a decisão, deixando-a conforme a Constituição*”²⁰, este Órgão Ministerial pugna pelo encaminhamento dos autos ao Conselheiro Relator para aclará-lo no sentido de revelar as fundamentações que gerou a formação de juízo de valor no sentido de ausência dos pressupostos para a concessão da medida cautelar, suprimindo, com isso, o vício de omissão, e, após, sejam encaminhados ao Plenário para a ratificação do Voto expedido.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Vol II, 6ª Ed.. p. 300 e 301.

¹⁹ Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves “**a fundamentação é indispensável para a fiscalização da atividade judiciária, assegurando-lhe a transparência**”. Direito Processual Civil Esquemático, São Paulo: Saraiva, 2014. 4ª. Ed. p. 73.

²⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Vol II, 6ª Ed.. p. 303



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

5 DO REQUERIMENTO

Isto posto, o **Ministério Público de Contas** requer o conhecimento dos presentes Embargos para o fim de aclarar a Decisão recorrida (**Decisão TC 552/2016**), dissipando as contradições e omissões nele existentes.

Vitória, 28 de março de 2016.

Nesses termos pede deferimento.