



## EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR

**Processo TC:** 376/2016  
**Apenso:** 2245/2016 (Embargos de Declaração)  
**Jurisdicionado:** Departamento de Imprensa Oficial do Estado do Espírito Santo – DIO/ES  
**Assunto:** Representação  
**Responsável:** Mirian Scárdua

O **Ministério Público de Contas (MPC)**, no exercício de suas atribuições institucionais, com fundamento no inciso IV do art. 55<sup>1</sup>, art. 152, IV<sup>2</sup>, art. 157<sup>3</sup>, art. 159<sup>4</sup>, art. 169<sup>5</sup> da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, no inciso III do art. 38<sup>6</sup> e art. 415<sup>7</sup>, da Resolução TC 261/2013 e no inciso III do artigo 3º da Lei Complementar estadual nº 451/2008<sup>8</sup>, vem interpor

## AGRAVO

em face da **Decisão TC 552/2016** (Doc. 4), prolatada nos autos do Processo TC 376/2016 – *procedimento fiscalizatório deflagrado 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*

<sup>1</sup> **Art. 55.** São etapas do processo:

[...]

IV – os eventuais recursos;

<sup>2</sup> **Art. 152.** Cabem os seguintes recursos nos processos em tramitação no Tribunal de Contas:

[...]

IV - agravo.

<sup>3</sup> **Art. 157.** O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso.

<sup>4</sup> **Art. 159.** Cabe ao interessado demonstrar, na peça recursal, em preliminar, o seu interesse em intervir no processo.

<sup>5</sup> **Art. 169.** Das decisões interlocutórias e terminativas caberá agravo formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias contado da data da ciência da decisão, na forma estabelecida no Regimento Interno.

<sup>6</sup> **Art. 38.** Compete ao Ministério Público junto ao Tribunal, em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução:

[...]

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

<sup>7</sup> **Art. 415.** Das decisões interlocutórias e terminativas caberá agravo formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias.

§ 1º O prazo referido no *caput* será contado da ciência da decisão pelo responsável ou interessado, na forma mais célere possível, dentre as hipóteses previstas no art. 64 da Lei Orgânica do Tribunal.

§ 2º O agravo será dirigido ao Relator do processo no qual a decisão é impugnada, ressalvada a hipótese de recurso em face de decisão terminativa, nos termos da parte final do art. 256 deste Regimento.

<sup>8</sup> **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;



*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)’ (Doc. 1) - que **conheceu** a Representação, mas no mérito **indeferiu a cautelar pleiteada, posteriormente aclarada pelo Acórdão TC 554/2016** (fl. 33/41 do Processo TC 2245/2016 - Embargos de Declaração – Doc. 7), - em vista das razões anexas, requerendo, após o cumprimento das formalidades legais e regimentais, seja o presente recurso submetido à apreciação do Plenário, na forma do art. 9º, inciso XIV, da Resolução TC nº 261/2013<sup>9</sup>.

## **1 DO CABIMENTO, DA LEGITIMIDADE E DA TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO**

Nos termos dos artigos 152, inciso IV<sup>10</sup>, 169<sup>11</sup> e 170<sup>12</sup> da Lei Complementar n.º 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), caberá agravo das decisões interlocutórias e terminativas.

Em sede de interpretação autêntica, a própria Lei Complementar acima mencionada, na dicção dos §§ 2º e 4º do art. 142, fornece-nos as conceituações dos signos ‘*decisão interlocutória*’ e ‘*decisão terminativa*’, nestes moldes:

Art. 142. As decisões do Tribunal de Contas poderão ser preliminares, interlocutórias, definitivas ou terminativas.

[...]

§ 2º Interlocutória é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal de Contas decide questão incidental, antes de pronunciar-se quanto ao mérito.

<sup>9</sup> **Art. 9º** Ao Plenário, órgão máximo de deliberação, dirigido pelo Presidente do Tribunal e composto por sete Conselheiros, compete:

[...]

<sup>10</sup> **XIV-** deliberar sobre os **agravos** e os embargos de declaração interpostos contra suas próprias decisões;

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

[...]

IV - agravo.

<sup>11</sup> **Art. 169.** Das decisões interlocutórias e terminativas caberá **agravo** formulado uma só vez, por escrito, **no prazo de dez dias contado da data da ciência da decisão, na forma estabelecida no Regimento Interno.** (grifou-se)

<sup>12</sup> **Art. 170.** A petição de agravo será dirigida diretamente ao Relator e conterá a exposição do fato e do direito, as razões de reforma da decisão e cópia da decisão agravada.



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

[...]

§ 4º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, determina a sua extinção pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, ou o seu arquivamento por racionalização administrativa e economia processual.

Aplicando o normativo supracitado ao caso em tela, tem-se que a **Decisão TC 552/2016** (Doc. 4), que, nos termos do voto do Conselheiro Relator, pugnou, dentre outros termos, **pelo indeferimento da medida cautelar pretendida**, ostenta característica de incidente processual, desafiador do recurso de Agravo, **tendo em vista possuir natureza jurídica de decisão interlocutória**, a qual não põe termo ao feito.

Ademais, o Ministério Público de Contas, ora agravante, é parte legítima, possuindo inegável interesse recursal em modificar o ato processual guerreado, sendo o agravo o instrumento necessário e adequado aos fins a que se propõe.

De seu turno, o art. 157 da Lei Complementar nº. 621/2012 preceitua que “**o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso**”, devendo a comunicação dos atos e decisões ser feita pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista ao órgão ministerial (art. 62, parágrafo único, do mesmo diploma legal).

Além disso, na linha de raciocínio empreendida pelo art. 411, § 3º, do Regimento Interno<sup>13</sup>, o recurso de Embargos de Declaração apostado pelo Ministério Público de Contas (Processo TC 2245/2016 – Doc. 5) interrompeu o prazo para interposição do Recurso de Agravo.

Denota-se, à fl. 43 do Processo TC 2245/2016, que os autos ingressaram na Secretaria do Ministério Público de Contas no dia **24 de junho de 2016**, após o saneamento parcial dos vícios apontados em sede de Embargos de Declaração. Logo, a contagem do prazo de 20 (vinte) dias para a interposição do agravo, com a

<sup>13</sup> **Art. 411.** Caberão embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo 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.



exclusão do dia do início (art. 67<sup>14</sup> da Lei Complementar nº. 621/2012), iniciou-se no dia **27 de junho de 2016**, com previsão de encerramento no dia **18 de julho de 2016**.

Perfaz-se, portanto, tempestivo o presente recurso.

Feita a análise do cabimento, da legitimidade e da tempestividade, passa-se à exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que dão suporte ao Agravo.

## **2 DOS FATOS DA DECISÃO AGRAVADA**

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 do Processo TC 376/2016 – Doc. 2), 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* reverso).

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 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**

<sup>14</sup> **Art. 67.** Para efeito do disposto nesta Lei Complementar, os prazos serão contínuos, não se interrompendo nem se suspendendo nos finais de semana e feriados, e serão computados excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento, salvo disposição legal em contrário.

**Parágrafo único.** Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil subsequente, se o início ou o término coincidir com final de semana, feriado ou dia em que o Tribunal não esteja em funcionamento ou que tenha encerrado o expediente antes da hora normal.



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

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



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

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 consequente submissão dos presentes 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 oitiva 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.



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

De posse dos autos, o Conselheiro Relator, excelentíssimo senhor Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, por intermédio do **Voto 907/2016** (fl. 295/298 do Processo TC 376/2016 – Doc. 3), 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.

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;



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

3. pela submissão do feito ao **RITO ORDINÁRIO**; (grifo nosso)

Em seguida, a Primeira Câmara do TCEES, por intermédio da **Decisão TC 552/2016** (fl. 299/300 do Processo TC 376/2016 – Doc. 4), expedida em **09 de março de 2016**, decidiu, à unanimidade, **nos termos do Voto do eminente Conselheiro Relator**, por **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) SUBMETER 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 nas autos;



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

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.

Ato contínuo, em cumprimento ao disposto no art. 360, parágrafo único, da Resolução TC 261/2013<sup>15</sup>, os autos foram remetidos a este *Parquet* de Contas, que opôs Embargos de Declaração (Doc. 5), gerando o Processo TC 2245/2016, em apenso, cujo objetivo fora suprir vícios de **contradição e omissão** na **Decisão TC 552/2016 – Primeira Câmara** (Processo TC 376/2016 – Doc. 4).

No vício de contradição, o Embargante ressalta o fato de a Equipe Técnica do Núcleo de Cautelares (NCA) ter evidenciado, de forma inequívoca, por meio da **Manifestação Técnica Preliminar MTP 115/2016** (fl. 275/294), **a plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*)** em diversos indicativos de irregularidades destacados pelo Ministério Público de Contas, inclusive nos apontamentos que sustentam o pedido liminar, e, por seu turno, a Primeira Câmara, **acompanhando o posicionamento desta Equipe Técnica**, ter denegado a medida liminar, ressaltando, em evidente contradição, a ausência dos **dois pressupostos** necessários a sua concessão, dentre eles a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*).

Diante disso, conforme foi explanado no Recurso de Embargos de Declaração, *“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 à 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”* (fl. 10 do Processo TC 2245/2016).

<sup>15</sup> **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.



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

No que tange ao **vício de omissão**, por seu turno, o Embargante constatou 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”*, uma vez que, no mérito, se limitou a declarar sucintamente que (fl. 12 do Processo TC 2245/2016 – Doc. 5):

- (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).

Assim sendo, verificou-se **“a inocorrência 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)”** (fl. 12 do Processo TC 2245/2016 – Doc. 5).

Em resposta ao Recurso de Embargos de Declaração (Doc. 5), a Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, por intermédio do **Acórdão TC 554/2016** (fl. 33/41 do Processo TC 2245/2016 – Doc. 7), nos termos do voto do Conselheiro Relator (Doc. 6), coadunando-se com a visão deste *Parquet* de Contas, decidiu pelo



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

**conhecimento** do recurso e, no mérito, pelo seu **provimento**, com a necessária correção da **Decisão TC 552/2016** (Doc. 4), que passou a ser lida com a seguinte redação, atinente ao terceiro parágrafo, mantendo os seus demais termos. Confira-se:

### III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **VOTO** pelo **conhecimento** dos presentes Embargos, e no mérito, pelo seu **provimento**, com a necessária correção da Decisão TC 552/2016, que deve ser prolatada com a seguinte redação, atinente ao terceiro parágrafo, mantendo os seus demais termos:

Onde se lê:

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

Lê-se:

*“Considerando a presença do periculum in mora inverso”;*

Dê-se ciência aos interessados da presente Decisão.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2245/2016, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e cinco de maio de dois mil e dezesseis, à unanimidade, **conhecer** os presentes Embargos de Declaração e, no mérito, dar-lhes **provimento**, com a necessária correção da Decisão TC-552/2016, que deve ser prolatada com a seguinte redação, atinente ao terceiro parágrafo, mantendo os seus demais termos: onde se lê: “Considerando a ausência dos requisitos ensejadores da concessão da medida cautelar pleiteada”, leia-se: “Considerando a presença do *periculum in mora inverso*”, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

Portanto, em consonância com as razões assentadas no Recurso de Embargos (Doc. 5), a Primeira Câmara **reconheceu o vício de contradição** ao registrar que o procedimento fiscalizatório deflagrado possui elementos que evidenciam a probabilidade, a verossimilhança do direito, inclusive em pontos que subsidiaram a tutela provisória requerida, afastando-a, contudo, sob a isolada alegação de *periculum in mora reverso*. Veja-se:

### II.2 – DO MÉRITO:

Tratam os embargos de supostas contradições relacionadas à decisão prolatada pela Primeira Câmara - **Decisão TC 552/2016**, oriunda de entendimento vertido no voto proferido na Representação em apenso (fls. 295/298 do TC 376/2016), tendo em vista a fundamentação dada para a negativa da cautelar pugnada naqueles autos.

Passo a reprodução da contradição alegada pelo embargante:



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

1º - A contradição se reporta ao indeferimento da cautelar, em razão da ausência do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, inobstante ter sido registrado o acompanhamento dos termos da **MTP 115/2016**, uma vez que o próprio NCA teria negado a cautelar apenas em razão do *periculum in mora reverso*, acatando a verossimilhança do direito salientado nos tópicos da representação.

Neste contexto, tem o embargante o intuito de que esta Corte de Contas evidencie em que medida corrobora a manifestação da Equipe Técnica, corrigindo a fundamentação para a negativa da cautelar da forma apresentada no voto e consubstanciada na Decisão TC 552/2016.

Há de se ressaltar primeiramente que o conteúdo das irregularidades alegadas foi devidamente analisado pela área técnica, sobre as quais se conclui pela plausibilidade das alegações do representante.

Assim, considerando que me respaldei nas razões encartadas pelo NAC para a formação de juízo de valor sobre a matéria e o consequente convencimento para a negativa da tutela de urgência requerida nestes autos, reproduzo trechos da fundamentação traçada na MTP 115/2016, que contou com os elementos de convencimento fornecidos por aquele Núcleo, adotando na íntegra a manifestação técnica como fundamentos deste voto, conforme trechos que passo a transcrever:

**1) Estimativa de preços em desconformidade com o objeto contratado**

“Conforme o Representante, 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.

(...) Analisando a questão, deve-se mencionar que o objeto do certame era a aquisição, implantação, manutenção evolutiva, adaptativa, corretiva e suporte técnico de sistema já disponível no mercado (fl. 5 do processo DIO/ES 61710415).

Isso significa dizer que o desenvolvimento do sistema não era uma opção aceitável para a Administração. Ainda assim, na estimativa de preços foram consideradas propostas de empresas que não possuíam o software já disponível para licenciamento, conforme dito às fls. 05/08 do Relatório Conclusivo de Auditora Secont nº 001-A/2015.

**(...) Portanto, verifica-se a presença do *fumus boni iuris* em relação à estimativa de preços ter sido realizada em desacordo com o objeto almejado.”**

**2) 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.

(...) O próprio Núcleo de Tecnologia da Informação do DIO-ES se manifestou em 02 de setembro de 2015 em resposta ao Relatório Preliminar de Auditoria 01-A/2015, confirmando que o valor despendido pelo DIO-ES em relação ao item 2 – serviços de manutenção corretiva e adaptativa do software – estava acima do praticado pela Gendoc em outros estados, conforme Quadro 2.



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

(...) Em relação a semelhanças e diferenças existentes entre as funcionalidades contratadas pelo DIO/ES e pela Segrase, após análise das informações trazidas aos autos é de se reconhecer que há grande similaridade entre as duas contratações sob esse aspecto. Ainda assim, existem diferenças técnicas apontadas pela gestora como linguagem de programação, banco de dados, fila de processo, mecanismo de busca e clipping, insta dizer que é normal existirem atualizações e evoluções nas versões dos softwares, como acontece em outros mercados. A atualização e evolução dos sistemas é até uma questão de sobrevivência para a empresa de software, e está relacionada a sua competitividade ante a concorrência. Por outro lado, uma das vantagens do licenciamento é que um mesmo software pode ser desenvolvido uma vez e vendido para vários clientes. Assim os custos envolvidos na produção são repartidos entre os compradores. Portanto, o fato das funcionalidades e características não serem idênticas, embora similares, não é suficiente para explicar a diferença de valores observada entre os dois contratos.

**(...) 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.”**

### **3) 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.

**(...) 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.”**

### **4) 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.”**



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

**5) Inexistência de aditamento contratual ante a alteração do prazo de execução do objeto**

“Afirma o Representante que, conforme item 7.2 do Contrato nº 006/2013, seu objeto seria implantado em no máximo quarenta dias contados do recebimento da Ordem de Serviço Inicial, e que embora o contrato tenha sido celebrado em 26 de agosto de 2013, segundo o Relatório de Progresso referente ao objeto do Edital de Pregão Eletrônico nº 15/2013 (fl. 736), a entrega do sistema teria sido efetivada somente em 28 de março de 2014, perfazendo 288 dias após a assinatura, não havendo registro documental da emissão prévia da Ordem de Serviço Inicial.

**(...) Em relação a esse ponto, entendemos não haver reflexo, ao menos de forma direta, e no presente momento, para um opinamento quanto à necessidade ou não de se expedir eventual medida acautelatória, embora seja ponto importante a ser considerado quando da análise relativa à procedência ou improcedência da presente representação. Ou seja, deverá ser devidamente tratado quando da análise de mérito.”**

**6) Alteração do gestor do contrato sem ato de designação formal**

“Afirma o Representante que o DIO-ES teria alterado o gestor do contrato em questão, em agosto de 2014, sem expedir qualquer ato de designação formal, o que enfraqueceria os múltiplos aspectos que envolvem a fiscalização desse acordo de vontades, transcrevendo, para corroborar suas afirmações, o artigo 67 da Lei 8.666/93.

**(...) Em relação a esse ponto, entendemos não haver qualquer reflexo para um opinamento quanto à necessidade ou não de se expedir eventual medida acautelatória, devendo ser devidamente tratado quando da análise de mérito.”**

**7) Cálculo inexato da fatura paga**

“Em relação a esse ponto, o Representante afirma que, segundo a representante, a Equipe de Auditoria da SECONT, a Nota Fiscal nº 293 teria sofrido ajuste em virtude da mudança do período de prestação de serviço, que se iniciava em 11 de agosto de 2014, e finalizava em 10 de setembro de 2014. Passou então a ser finalizado em 04 de setembro de 2014.

Afirma que o valor mensal de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) deveria ter sido ajustado para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), quantia proporcional à redução de 6 dias, e não para o valor de R\$ 62.500,00 (sessenta e dois mil e quinhentos reais), como cobrado a nota fiscal supracitada, pugnando então pela devolução ao erário da quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

**(...) Em relação a esse ponto, entendemos não haver qualquer reflexo para um opinamento quanto à necessidade ou não de se expedir eventual medida acautelatória, devendo ser devidamente tratado quando da análise de mérito.”**

[...]

Nesse passo, entretanto, considero que merecem acolhida os embargos ora analisados, uma vez que restou devidamente demonstrada a contradição alegada, cabendo, pois, em que pese a **manutenção da negativa da cautelar**, a correção no resultado da Decisão, especificamente em relação à motivação adotada que se encerra no **periculum in mora reverso**, nos moldes retratados na manifestação técnica constante na MTD 115/2016, acima explicitada.



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

Por outro lado, a Primeira Câmara se esquivou, mais uma vez, do dever constitucional de aduzir expressamente os fundamentos determinantes da denegação da medida cautelar, **omitindo-se sobre os elementos cognitivos que culminaram na tese de *periculum in mora reverso*, limitando-se a transcrever trechos da Manifestação Técnica Preliminar MTP 115/2016 (Doc. 2). Veja-se:**

Por outro lado, filio-me ao requisito que motivou a área técnica para a não concessão do provimento cautelar - ***periculum in mora inverso***, trazendo os argumentos constantes na MTP 115/2016, a serem considerados por este Colegiado como os motivos determinantes à negativa da cautelar pleiteada:

“O Representante, em sua exordial, pugna pela suspensão total do Contrato nº 006/2013, sob o argumento de que atualmente, os valores pagos a Gendoc Sistemas e Empreendimentos Ltda apresentariam robustos indicativos de sobrepreço.

Em sua resposta, a autoridade notificada, tratando especificamente sobre a questão, alegou que o contrato em questão estaria em execução desde 26/08/2013, e que sua inesperada suspensão certamente ocasionaria prejuízos aos anseios da sociedade, em razão da descontinuidade da ação estatal específica, a saber, publicações na imprensa oficial, invocando, então, o *periculum in mora inverso*, que ocorreria sempre que o dano resultante da concessão da medida for superior ao que se deseja evitar, sendo, em sua opinião, esse o caso dos autos.

Na presente situação, passamos a fazer algumas colocações.

Como se depreende das fls. 969 e 987 do processo DIO/ES 61710415, o segundo e o terceiro termo aditivo não tratam do item 01 do Contrato 006/2013 – licenciamento e implantação de Software – no valor de R\$ 1.280.000,00. Esses aditivos contemplam apenas o item 02 – Suporte Técnico com manutenção corretiva e adaptativa do Software – e o item 03 do Contrato 006/2013 – Serviço de manutenção evolutiva do Software. Portanto, uma suspensão do contrato refletiria apenas nos pagamentos dos itens 02 e 03.

O sobrepreço alegado pelo representante teria ocorrido em relação aos itens 01 e 02. O item 01 encontra-se, aparentemente, já executado. O item 02 trata-se de suporte técnico com manutenção corretiva e adaptativa do Software. A suspensão desse serviço pode dificultar a publicação de atos oficiais governamentais, pois eventuais problemas nas publicações realizadas pelo sistema não seriam tratados pela empresa contratada, o que poderia ocasionar um dano inverso.

**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.”**

Nesse sentido, coaduno com a análise vertida na MTP 115/2016, que a meu ver dispensa maiores explanações, não somente pela sua completude mas, sobretudo, considerando que a análise meritória será em momento oportuno devidamente esgotada nestes autos, cabendo a ressalva de que nos restringimos, nesta oportunidade, à discussão sobre a concessão ou não da medida acautelatória pugnada.

Por derradeiro, os autos foram remetidos a este *Parquet* para ciência, sendo imperiosa a necessidade de reforma do **Acórdão 552/2016** (Processo TC 552/2016 – Doc. 4), agora reinterpretado por força do **Acórdão 554/2016** (Processo TC 2245/2016 – Doc. 7), nos termos delineados a seguir.

### 3 FUNDAMENTOS

#### 3.1 DA NULIDADE DA DECISÃO 552/2016 POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AOS MOTIVOS DETERMINANTES PARA A DENEGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA

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 Magna<sup>16</sup>. Registre-se, igualmente, que a Lei Fundamental comina sanção de **nulidade** em decorrência da inobservância do referido preceito.

Em reforço, cita-se a inovação legislativa presente no art. 489 do Novo Código de Processo Civil<sup>17</sup> (Lei nº. 13.105/2015), aplicável subsidiariamente ao caso por força do art. 70 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas (Lei Complementar 621/2012)<sup>18</sup>, a qual **não considera fundamentada a decisão**, que, dentre outros motivos, **(i)** invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; e **(ii)** não

<sup>16</sup> 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](#))

<sup>17</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em: 17 de mai. 2016.

<sup>18</sup> Art. 70. Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil.



enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Confira-se:

## **Seção II**

### **Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença**

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...]

§ 1º **Não se considera fundamentada** qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

[...]

Portanto, 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 tomada<sup>19</sup>.

Não obstante a indiscutível certeza teórica de que toda decisão, judicial ou administrativa, deve ser motivada, verifica-se que a **Decisão TC 552/2016 (Processo TC 376/2016)** revelou uma análise carente de densidade argumentativa, ao denegar o pedido de concessão de medida cautelar, que possuía a finalidade de

---

<sup>19</sup> Contudo, a despeito da imprescindibilidade desta imposição, como bem apontado por Daniel Sarmiento “*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.



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

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

A decisão em análise, assentada no Voto do eminente Conselheiro Relator (Doc. 3), 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).**

Em idêntica senda o **Acórdão TC 554/2016 (Processo TC 2245/2016)**, no qual o Conselheiro Relator considerou prudente acompanhar a Equipe Técnica, sem realizar qualquer apontamento a respeito. Veja-se (Doc. 7):

- **(1) “Por outro lado, filio-me ao requisito que motivou a área técnica para a não concessão do provimento cautelar - *periculum in mora inverso*, trazendo os argumentos constantes na MTP 115/2016, a serem considerados por este Colegiado como os motivos determinantes à negativa da cautelar pleiteada.” (fl. 38 do Processo TC 2245/2016)**
- **(2) “Nesse sentido, coaduno com a análise vertida na MTP 115/2016, que a meu ver dispensa maiores explicações, não somente pela sua**



***completude mas, sobretudo, considerando que a análise meritória será em momento oportuno devidamente esgotada nestes autos, cabendo a ressalva de que nos restringimos, nesta oportunidade, à discussão sobre a concessão ou não da medida acautelatória pugnada.” (fl. 39 do Processo TC 2245/2016)***

Constata-se, portanto, **em ambas as situações**, a inocorrência de quaisquer considerações a respeito dos motivos que conduziram ao indeferimento do provimento acautelatório, ou seja, não se adentrou 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 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*”<sup>20</sup>.

Em verdade, ao julgador competia o dever constitucional de expor os fundamentos fáticos e jurídicos<sup>21</sup> que geraram sua convicção exteriorizada no *decisum*, por intermédio de exame circunstanciado e analítico das alegações deste *Parquet* de Contas.

**Ressalte-se 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*) **não pode ser considerada válida.**

<sup>20</sup> Recursos e a duração razoável do processo. Crescente utilização da tutela antecipatória em busca da agilização processual. Gazeta Jurídica: Brasília. 1ª edição. p. 63.

<sup>21</sup> 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.



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.

Logo, considerando que a motivação “*é elemento que legitima a decisão, deixando-a conforme a Constituição*”<sup>22</sup>, este Órgão Ministerial pugna pela **nulidade** da **Decisão TC 552/2016** em face da inegável ausência de fundamentação a validá-la (fl. 299/300 do Processo TC 376/2016 – Doc. 4).

### 3.2 DA TUTELA PROVISÓRIA

Conforme cediço, a **Primeira Câmara**, em sede de **Decisão TC 552/2016** (fl. 299/300 do Processo TC 376/2016 – Doc. 4), denegou o pedido liminar do Representante apoiando-se unicamente na argumentação da Equipe Técnica do Núcleo de Cautelares, que, por sua vez, conquanto tenha constatado a **verossimilhança das alegações**, verificou *in casu*, 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”. Veja-se:

**Portanto, uma suspensão do contrato refletiria apenas nos pagamentos dos itens 02 e 03.**

O sobrepreço alegado pelo representante teria ocorrido em relação aos itens 01 e 02. O item 01 encontra-se, aparentemente, já executado. **O item 02 trata-se de suporte técnico com manutenção corretiva e adaptativa do Software. A suspensão desse serviço pode dificultar a publicação de atos oficiais governamentais, pois eventuais problemas nas publicações realizadas pelo sistema não seriam tratados pela empresa contratada, o que poderia ocasionar um dano inverso.**

---

<sup>22</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Vol II, 6ª Ed.. p. 303.



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”.

Buscou-se, portanto, a primeira vista, em nítida preponderância de valores - ponderação dos riscos apresentados por cada uma das partes processuais para verificar qual mereceria proteção -, privilegiar a continuidade do serviço público (princípio da permanência), em contraste à observância aos princípios norteadores da administração pública, mormente a moralidade administrativa, ainda que diante de robustos elementos que, vistos de maneira isolada ou conjuntamente, legitimariam o deferimento da tutela provisória.

A título de curiosidade, mister trazer à baila a fórmula sintetizada por Cassio Scarpinella Bueno<sup>23</sup>, segundo a qual a tutela antecipada deve ser concedida sempre que a probabilidade de o autor receber julgamento final a seu favor ( $P_a$ ), multiplicada pelo dano que ele pode vir a sofrer caso a tutela não lhe seja antecipada ( $D_a$ ), for maior que a probabilidade de o réu receber julgamento favorável ( $1-P_a$ ), multiplicada pelo dano que ele, réu, poderá vir a experimentar caso a tutela seja antecipada para o autor ( $D_r$ ):

$$P_a (D_a) > (1-P_a) D_r$$

Nesse diapasão, o fundamento para a denegação arrimou-se sobre o princípio da proporcionalidade, consubstanciado no *periculum in mora inverso*, haja vista que a situação a ser produzida com o deferimento do provimento cautelar, na avaliação da Primeira Câmara, poderia causar um dano superior ao da sua denegação.

Ocorre que a concessão da tutela provisória no caso *sub examine*, diante das suas peculiaridades, não perpassa tão-somente pela análise dos requisitos de uma tutela provisória **de urgência** (probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao

<sup>23</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares**. 3 ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 46 e 47.



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

resultado útil do processo), mas também pelas hipóteses previstas para o deferimento de uma tutela provisória **de evidência**.

Isso porque o material probatório acostado aos autos apresenta uma densidade tão grande que não apenas evidencia a probabilidade das alegações do Representante, mas a sua verdadeira ocorrência.

Destarte, convém enfatizar que as irregularidades que sustentam o pedido liminar estão instruídas por acervo documental inexoravelmente suficiente dos fatos constitutivos do direito que o Representante pretende defender (defesa da ordem jurídica, representando contra a ilegitimidade ou irregularidade de qualquer despesa<sup>24</sup>), os quais o Representado, ressalte-se, **nas diversas oportunidades que teve, não opôs qualquer prova capaz de gerar dúvida razoável**, o que nos permite entender pela perfeita subsunção do caso em comento à hipótese de incidência descrita na norma do inciso IV, art. 311, da Lei nº 13.105/2015<sup>25</sup>, *ipsis litteris*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A ratificar o acima expendido, convém rememorar que o próprio Controle Interno, isto é, a Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT), em sede de **Relatório Conclusivo de Auditoria nº. 001-A/2015** (Doc. 8), na estrita observância às normas estabelecidas na Portaria SECONT nº. 003-R/2014<sup>26</sup>, e **após oportunizar o devido contraditório**, verificou as mesmas irregularidades que embasaram a Representação do *Parquet* de Contas, relacionadas ao contrato

<sup>24</sup> **Art. 38.** Compete ao Ministério Público junto ao Tribunal, em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução:

I - promover a defesa da ordem jurídica, representando contra a ilegitimidade ou irregularidade de qualquer despesa;

<sup>25</sup> Aplicado subsidiariamente por força do art. 70 da Lei Complementar 621/2012: “Art. 70. Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil.”

<sup>26</sup> Define os padrões técnicos a serem adotados, no âmbito da Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT, para a realização de Auditoria, e estabelecer os modelos de elaboração de diversos procedimentos. Disponível em: [http://secont.es.gov.br/Media/secont/Legislações/INSTITUCIONAL/portaria\\_secont003\\_2014\\_padroes\\_tecnicos.pdf](http://secont.es.gov.br/Media/secont/Legislações/INSTITUCIONAL/portaria_secont003_2014_padroes_tecnicos.pdf) Acesso em: 15 de jul. 2016.



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

celebrado entre o *Departamento de Imprensa Oficial do Estado do Espírito Santo (DIO-ES)* e empresa *Gendoc Sistemas e Empreendimentos Ltda.* (Processo 61710415/2013), dentre as quais, cita-se, por imperioso, **o pagamento a maior** pelo licenciamento e pela implantação de software, bem como pelos serviços de manutenção, situação que demandou a sugestão, não acolhida, registre-se, de instauração de Tomada de Contas Especial, na forma do art. 152 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo<sup>27</sup>. Confira a parte dispositiva do Relatório:

### III CONCLUSÃO

As constatações desta auditoria evidenciaram, em perspectiva ampla, a necessidade de aperfeiçoamento dos procedimentos de controle interno em relação à realização de licitação, gestão e fiscalização do contrato objeto da auditoria.

Em relação à licitação, evidenciou-se que a recomendação apresentada pela Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT), em decorrência da análise prévia do processo licitatório, de ampliar a pesquisa de preços, contemplando contratos similares ao objeto licitado, não foi atendida pelo Departamento de Imprensa Oficial do Espírito Santo (DIO/ES), que **optou por manter propostas em desacordo com o objeto licitado, ou seja, de desenvolvimento de sistema ao invés de aquisição de licença de uso, para fins de estimativa do valor de mercado da contratação.**

**A comparação com contrato semelhante celebrado, em 31/08/2012, pela Empresa Pública de Serviços Gráficos de Sergipe – SEGRASE com a mesma empresa GENDOC, permitiu evidenciar uma diferença significativa entre os valores do mesmo serviço. Enquanto a SEGRASE contratou pelo valor de R\$ 579.000,00 (quinhentos e setenta e nove mil reais), conforme o Quadro 06, o DIO/ES contratou os mesmos serviços por um valor 276,5% (duzentos e setenta e seis inteiros e cinco décimos por cento) superior àquele.**

Assim, em homenagem ao princípio da legalidade, a situação evidenciada demanda aos gestores do DIO/ES que observem, de forma imediata, o que estabelece as normas do TCE/ES, especialmente o art. 152 de seu Regimento Interno, aprovado pela Resolução TC nº 261, de 04 de junho de 2013.

Na gestão e fiscalização do Contrato, o DIO/ES deve envidar esforços no sentido de adequar procedimentos internos observando o estabelecido nas normas regentes, no caso a Lei Federal nº. 8666/1993 e a Portaria

<sup>27</sup> Seção IV

#### **Da Tomada de Contas Especial**

Art. 152. A autoridade administrativa competente, diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pelo Estado ou Município, mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, da ocorrência de extravio, perda, subtração ou deterioração culposa ou dolosa de valores e bens ou da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.



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

SEGER/PGE/SECONT nº. 049-R/2010, especialmente quanto à designação do gestor e fiscal do contrato, ao correto aditamento das alterações contratuais e ao acompanhamento de prazos e demais condições estabelecidas em contrato.

Por fim, é oportuno frisar também que as correções não devem se restringir às apontadas neste relatório, visto que as inconsistências foram identificadas mediante análise amostral de acordo com o escopo definido, não se podendo descartar, portanto, a possibilidade de ocorrência de outras situações não detectadas.

Ademais, ainda sobre tal aspecto, conforme destacado na Representação, o próprio **Núcleo de Tecnologia da Informação do DIO-ES**, à fl. 1015 do Processo 61710415/2013, constatou que o preço cobrado pelo item 2 do Contrato nº. 006/2013 – Serviço de Manutenção Corretiva e Adaptativa do Software, estava acima do praticado em outros Estados:

Diante do exposto, observamos que **o valor pago pelo DIO/ES está acima dos valores praticados por outros Estados** e submetemos as informações para apreciação da diretoria do DIO, que marcou uma reunião para esclarecimentos junto à empresa, datada para 03/09/2015.

Assim sendo, ante a notoriedade do direito que se busca tutelar, em verdade - com o devido respeito ao juízo de valor a ser exercido por cada um dos membros desta Corte de Contas - revela-se pouco provável que a Representada consiga desconstruir, ao final do processo, os principais fundamentos que embasam o pedido liminar, o qual se inclina, inspirado na segurança proporcionada pela densa massa probatória, para a procedência do procedimento fiscalizatório, o que inevitavelmente acarretará mudanças significativas na postura da Administração Pública quanto ao Contrato nº. 006/2013, mormente no que tange aos valores despendidos muito acima do preço de mercado.

À vista disso, não se apresenta razoável que o Representante, na condição de parte interessada na defesa do patrimônio público, e a própria sociedade, que exige respostas rápidas no tocante à aplicação irregular dos escassos recursos públicos, aguardem toda a tramitação do Processo TC 376/2016, sob o rito ordinário, suportando o ônus do Contrato nº. 006/2013, o qual pode ser encerrado sem a tempestiva e oportuna resposta desta Corte de Contas.



Nessa ordem de ideias, consciente dos valores de cada bem jurídico posto em discussão (continuidade do serviço público vs. prosseguimento da situação de dano ao erário), pugna-se, como medida que possui aptidão de apaziguar o conflito de interesses, pela continuidade da prestação dos serviços de manutenção pela empresa *Gendoc Sistemas e Empreendimentos Ltda.* **tão-somente pelo período suficiente à conclusão de um novo procedimento concorrential para o mesmo objeto**, evitando, com isso, o único prejuízo decorrente da imediata concessão da tutela provisória, qual seja, a incidência do *periculum in mora reverso*.

#### 4 DOS PEDIDOS

Ante o exposto, **pugna** o Ministério Público de Contas:

**4.1** seja declarada **nula** a **Decisão TC 552/2016**, ante a ausência de fundamentação;

**4.2** concomitantemente, presentes os requisitos necessários e indispensáveis à concessão da tutela provisória, conforme delineado ao longo do Recurso, **determine**, com esboço no art. 1º, incisos XV e XVI, todos da Lei Complementar nº 621/2012<sup>28</sup>, a imediata instauração **de um novo procedimento concorrential para o mesmo objeto do Contrato 006/2013**, permitindo a continuidade da prestação do serviço de manutenção pela empresa *Gendoc Sistemas e Empreendimentos Ltda.* **tão-somente pelo período suficiente à seleção de uma nova e melhor proposta**, evitando, com isso, o único prejuízo decorrente da imediata concessão da tutela provisória, qual seja, a incidência do *periculum in mora reverso*;

---

<sup>28</sup> **Art. 1º.** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

**XV - expedir medidas cautelares** previstas nesta Lei Complementar, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões;

**XVI - assinar prazo** para que o **órgão ou entidade adote as providências necessárias** ao exato cumprimento da lei, se verificada qualquer ilegalidade;



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

**4.3** Por derradeiro, com fulcro no inc. III<sup>29</sup> do art. 41 da Lei 8.625/93, bem como no parágrafo único<sup>30</sup> do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

Vitória, 15 de julho de 2016.

Nesses termos pede deferimento.

---

<sup>29</sup> Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

<sup>30</sup> Art. 53. São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**