

Excelentíssimo Senhor Relator **SEVERIANO JOSÉ COSTANDRADE DE AGUIAR** da 4ª
RELATORIA do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS.

Processo n.º 415/2021

CELSO SOARES REGO MORAIS, Prefeito de Paraíso do Tocantins, **UBIRATAN CARVALHO FONSECA**, Secretário de Infraestrutura, Serviços Públicos e Implementos e **CRISTINA SARDINHA WANDERLEY**, Presidente da CPL e Pregoeira, todos qualificados nos autos do processo em epígrafe, movido por **DATAPROM EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA INDUSTRIAL LTDA**, também qualificada, vem, perante Vossa Excelência, através de seus advogados, estabelecidos profissionalmente na Rua José Bonifácio, n.º 810, centro, Paraíso do Tocantins – TO, telefones (63) 99939-2552, e-mail: lucena.advogados3@gmail.com, apresentar:

DEFESA C/C PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

O que fazem nos seguintes termos:

I - PRELIMINARMENTE

Entende os representados que a r. cautelar foi proferida em omissão e em contradição ao art. 1º e segs. da Lei federal nº. 13.655, de 25 de abril de 2018,

que altera o Decreto Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 o que deve desde logo ser prequestionada:

Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

“Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).”

“Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

“Art. 25. (VETADO).”

“Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).”

“Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.”

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).”

“Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. Vigência

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO).”

“Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

(...)

Considerando que a cautelar proferida não preserva atos legais praticados no certame, causando grande prejuízo aos cofres públicos, de modo que devem ser analisados os obstáculos e as dificuldades reais da administração pública, sob o prisma do princípio da eficiência e do devido processo legal e, por fim, tendo em vista que o objeto desta licitação são bens de grande importância para a segurança dos munícipes da cidade de Paraíso do Tocantins, fato este que afeta a legalidade, a moralidade e eficiência da gestão municipal, assim como alhures citado, entende que o art. 22 do Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942, não foi aplicado, negando vigência a norma federal:

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão

consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Assim, socorre à presença deste Douto Relator para, preliminarmente, apresentar o prequestionamento quanto à norma do art. 22 do Decreto Lei nº. 4.657, de 04 de setembro de 1942, **pugnando em sede de preliminar para que sejam mantidos como válidos, todos os atos administrativos realizado no Processo Administrativo n.º 1053/2020 e que dele decorre o Pregão Presencial n.º037/2020.**

Caso a preliminar acima arguida não seja acolhida, o que se admite apenas por hipótese passam os representados a analisarem o mérito do caso em apreço.

II – MOLDURA DA DEFESA:

O caso foi iniciado com diversos argumentos, já superados pelas vias anteriores. O despacho exarado por esta Corte tem um objetivo bastante específico, conforme se denota abaixo:

V - Ato contínuo, encaminhem-se os presentes autos ao setor competente, para, em cumprimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5º, LIV e LV da Carta Magna, e com fundamento no inciso I do art. 27 e art. 80, da Lei Orgânica nº. 1.284/2001, c/c art. 202, art. 205 do Regimento Interno, providenciar a citação dos responsáveis Celso Soares Rego Moraes, Prefeito de Paraíso do Tocantins - TO, CPF: 012.778.241-93, Ubiratan Carvalho Fonseca, Secretário de Infraestrutura, Serviços Públicos e Implementos Agrícolas – CPF: 814. 766.201-72, e a senhora Cristina Sardinha Wanderley, Presidente da CPL e Pregoeira – CPF: 867.506.661-91, **para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem alegações de defesa, sobre os apontamentos**

delineados nos itens 6.12 e 6.20 do presente Despacho, e, ainda, sobre se houve adesão a ata de registro e quais foram os órgãos/Municípios que aderiram a ata de registro de preços (Município e órgão), alertando-os da possibilidade de o Tribunal, vir assinar prazo para anular o resultado em qualquer fase, no âmbito do referido certame, caso não seja apresentada manifestação ou esta não seja acolhida;

Portanto, apenas os itens 6.12 e 6.20 serão aqui analisados.

III – DO ITEM 6.12 DO DESPACHO:

O item 6.12 do despacho tem o seguinte conteúdo:

6.12. Quanto a **exigência excessiva, impertinente e desnecessária, que compromete o caráter competitivo do certame e indica direcionamento da licitação**, concernente ao **prazo exíguo para apresentação de amostras e documentos** (itens 6.5 e 6.6 do Anexo II do Edital), entendo que possa causar restrição à competitividade do certame, tendo em vista que o prazo de 48 horas não se mostraria razoável para comprovar características estabelecidas no Edital do Certame, conforme delineado nos itens 6.5, 6.6, 6.7, 6.8, e 6.9 do Edital (Anexo II)

A questão se refere aqui ao prazo para apresentação de amostras e documentos. Com todo o respeito devido à esta relatoria, através de esmerado parecer com análise prévia da questão, é importante desde logo mencionar que a pretensão autoral não merece ser acolhida.

O objetivo de toda a pretensão é declarar a nulidade do dispositivo editalício que determina o prazo de 48 horas para a comprovação das características das amostras, considerado, em perfunctória análise, exíguo.

A tese autoral, contudo, somente faria sentido se tivesse sido ela vencedora do certame, com sua contratação esbarrada no dispositivo que alega ser ilegal, o que a faria logicamente perder sua posição de contratante para um eventual segundo colocado.

Mas veja: **NÃO É A PARTE VENCEDORA** que está discutindo a determinação editalícia. **É A PARTE VENCIDA.**

Portanto, a empresa autora **NÃO SOFREU COM QUALQUER VIGÊNCIA DESTE DISPOSITIVO, NÃO SENDO A ELA APLICADO.**

Sobre a exigência em si, é certo que, no que se refere ao prazo para apresentação de amostras, a legislação é omissa, cabendo à Administração Pública estabelecer nos termos do edital prazo adequado aos princípios da isonomia e competitividade do certame.

Assim, a análise é casuística.

No presente caso, o edital já determina a especificação técnica dos produtos, cuja exigência foi considerada lícita por esta Corte. E os produtos licitados são basicamente de fabricação padronizada dos licitantes. **LEMBRANDO QUE SE TRATA DE PRODUTOS SEMAFÓRICOS, FABRICADOS POR EMPRESAS QUE, EM SUA IMENSA MAIORIA, VENDEM APENAS A ÓRGÃOS PÚBLICOS E ESTÃO ACOSTUMADAS A LICITAR.**

Portanto, não é necessário grande esforço e nem o consumo de grande tempo para preparar amostras, tendo em vista que a comprovação é meramente de adequação de medidas e especificações técnicas facilmente colhidas de produtos que as empresas já produzem.

Por este motivo é que o edital previu 48 (quarenta e oito horas) e a análise casuística indicou ser prazo mais do que suficiente.

O julgado REP 11/00683949 não é paradigma para o presente, pois, ali se analisava uniformes escolares, com padronização específica, o que não é o caso. É claro que a fabricação de uma única peça de uniforme escolar padronizado é muito onerosa para as estamparias, aí sim trazendo prejuízo. **Mas, mais uma vez, a análise é casuística.**

O Acórdão n.º 304/2021 do pleno do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ também não se aplica, pois ali se trata de produtos de grande complexidade vinculados a laudos. Além de que, o prazo discutido ali era para apresentação destes laudos mesmos.

Os casos citados do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO remetem a outras análises casuísticas, que os torna impossível de serem aplicados.

Acórdão n.º 2161/2015-TCU-PLENÁRIO se refere a complexos testes práticos, não encontrando berço no presente.

Os demais casos citados são aqueles que afirmam ser o prazo de 05 (cinco) dias suficiente para apresentação de amostras, mas veja que todos eles citam o **VENCEDOR** como orientado por esta regra.

Isto faz a questão toda retornar ao primeiro argumento utilizado, de que a autora não venceu e, portanto, não sofreu qualquer vigência da norma.

Aplica-se ao caso o princípio de ***pas de nullité sans grief***. Alguns defendem que este princípio significa que a nulidade só será declarada se for

demonstrado o prejuízo. Outros, que não se declara a nulidade se for possível demonstrar a inocorrência de prejuízo.

Porém, qual seja a lógica aplicada, à autora não há prejuízo demonstrado e há prova cabal de inocorrência de prejuízo, uma vez que não foi ela vencedora do certame a ser obrigada a apresentar amostras em 48 (quarenta e oito horas).

A declaração de nulidade deste dispositivo (sendo totalmente desnecessário jogar por terra a competição apenas por causa dele), apenas fará com que a empresa vencedora, que não é a autora, tenha o prazo de 05 (cinco) dias – considerado adequado em outro momento do despacho – para apresentar as amostras, que inclusive já foram apresentadas.

Ou seja, a providência pleiteada é totalmente irrelevante à própria autora. **NÃO HÁ SEQUER INTERESSE PROCESSUAL NESTE PONTO**, pois não há utilidade na providência pleiteada.

Por fim, sobreleva registrar que, em se tratando de pregão, a celeridade está intrínseca à própria idealização do procedimento, inicialmente formalizado no texto da Medida Provisória n.º 2.182-18/2001 e confirmado na Lei n.º 10.520/02.

Sobre a celeridade, segue o TCU:

Nessa esteira, penso que há que se analisar a modalidade do pregão sobre a ótica da celeridade, acima mencionada, eis que essa característica está intimamente associada ao nascedouro desse instituto, mas sem se olvidar da necessária observância ao princípio da eficiência, porquanto é em razão desse postulado que se busca uma maior qualidade/economicidade do ato administrativo, de modo a melhorar a relação custo/benefício do trabalho da Administração Pública. É possível concluir, a partir dessas breves ponderações, ser admissível a exigibilidade de amostras se restar obedecido esse

binômio celeridade /eficiência. (...) Acórdão 1182/2007 Plenário (Voto do Ministro Relator).

Portanto, as peculiaridades do caso concreto e a análise casuística retiram qualquer razão da impugnação autoral, devendo ser considerada lúdima a redação editalícia original.

III.1 – OPORTUNIDADE:

Caso esta Corte entenda ainda não ser o prazo determinado suficiente, ainda que depois da análise do caso, requer que seja preservado o certame, tendo em vista serem os bens de grande importância para a segurança dos munícipes da cidade de Paraíso do Tocantins, no sentido principal de as penalidades alcancarem apenas novas licitações, com proibição de repetição.

IV – DO ITEM 6.20 DO DESPACHO:

O item 6.20 do despacho tem a seguinte redação:

6.20. No que se refere a alegação de ausência de previsão de juros e penalizações para pagamentos em atraso, afrontando o art. 40, XIV, 'c' e 'd', da Lei nº 8.666/1993, entendo como pertinente o apontamento apresentado pela representante, em razão de ausência de previsão de critério de atualização monetária e penalizações por atrasos nos pagamentos no Edital do Certame.

Primeiramente, a questão está preclusa, pois não há notícia nos autos – salvo engano – de a autora ter impugnado este ponto específico do Edital.

A autora também tece sua tese apenas no que se refere aos casos de pagamentos em atraso. Neste quesito, o próprio julgado apontado por esta

relatoria originado do STJ (STJ - REsp: 1586366 CE 2016/0043221-4, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Publicação: DJ 02/05/2017), soterra a questão:

8. No tocante à correção monetária em razão do pagamento de parcelas em atraso pela Administração, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser devida independente de expressa previsão contratual nesse sentido.

No entanto, em relação às demais formas de compensação financeira e eventuais descontos decorrentes de antecipação de pagamento, devem estar expressamente previstos no ato convocatório e no contrato administrativo decorrente. 9. Inconteste, portanto, que o Edital descumpriu o art. 40, inciso XIV, d, da Lei n. 8.666/93, ao deixar de estabelecer as regras de pagamento à contratada, com a especificação dos critérios de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos.

Como o problema relatado pela autora é apenas em razão dos encargos, e como o próprio STJ entendeu que os encargos não precisam estar previstos, pois decorrentes de Lei, a questão resta esvaziada.

Até mesmo em caso de condenação, as dívidas administrativas da fazenda pública já contam com tese fixada pelo STJ sobre os encargos (REsp 1.492.221, 1.495.144 e 1.495.146).

A correção e juros variam de índices de acordo com a natureza da condenação. Conforme consignado pelo ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, *“definidas as hipóteses em que é legítima a incidência do artigo 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/09) e as hipóteses nas quais a norma não incide, cumpre estabelecer os critérios a serem utilizados na atualização monetária e na compensação da mora (juros de mora), a depender da natureza da condenação imposta à Fazenda Pública”*.

Nas condenações administrativas em geral, foi decidido que estas sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5%

ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/09: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/09: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

Portanto, além de preclusa a discussão, esvaziada está, pois, a abordagem da autora é apenas quanto aos encargos por atraso, que não precisam estar sequer no contrato por serem de decorrência legal, quiçá no Edital.

IV.1 – OPORTUNIDADE:

Caso esta Corte entenda ainda que a omissão editalícia seja relevante e com discussão ainda não fulminada pelo tempo, requer que seja preservado o certame, tendo em vista serem os bens de grande importância para a segurança dos munícipes da cidade de Paraíso do Tocantins, no sentido principal de as penalidades alcancarem apenas novas licitações, com proibição de repetição.

V – DA OBRIGAÇÃO DE INFORMAR:

Por determinação da relatoria desta Corte, o município de Paraíso do Tocantins – TO informa que, **NENHUM** município ou órgão aderiu à referida ata de registro de preços;

VI – DOS PEDIDOS:

Diante do exposto, requerem os peticionários, afim de que seja reconsiderada a liminar concedida, pugnando pela sua revogação, e por consequência:

a) que seja mantida incólume a exigência de apresentação das amostras em 48 (quarenta e oito) horas, já que as peculiaridades do caso concreto e a análise casuística retiram qualquer razão da impugnação autoral, devendo ser considerada lídima a redação editalícia original;

a1) oportunamente, caso esta Corte entenda ainda não ser o prazo determinado suficiente, ainda que depois da análise do caso, requer que seja preservado o certame, tendo em vista serem os bens de grande importância para a segurança dos munícipes da cidade de Paraíso do Tocantins, no sentido principal de as penalidades alcançarem apenas novas licitações, com proibição de repetição;

b) que seja declarada a preclusão da tese autoral quanto aos encargos, uma vez que tal ponto não foi abordado em impugnações e, no mérito, não seja acolhida a pretensão, uma vez que a autora somente ataca os encargos por atraso, que não necessitavam estar previsto no Edital e nem mesmo no contrato, por decorrentes de Lei;

b1) caso esta Corte entenda ainda que a omissão editalícia seja relevante e com discussão ainda não fulminada pelo tempo, requer que seja preservado o certame, tendo em vista serem os bens de grande importância para a segurança dos munícipes da cidade de Paraíso do Tocantins, no sentido principal de as penalidades alcançarem apenas novas licitações, com proibição de repetição.

Por fim, seja revogada a medida liminar concedida no presente mandamus, uma vez que não estão preenchidos os requisitos para sua concessão.

Termos em que,
Pedem deferimento.

Paraíso do Tocantins - TO, data do protocolo.

Gilberto Sousa Lucena
OABTO

