



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 219732/2016 – ASJCIV/SAJ/PGR

Suspensão de Segurança 5149 – CE

Relatora: **Ministra Presidente**

Requerente: Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Interessada: Futura Serviços Profissionais Administrativos Ltda.

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. PODER GERAL DE CAUTELA. PROVIMENTO JURISDICIONAL. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA MEDIDA ADOTADA PELA CORTE DE CONTAS. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONTRACAUTELA.

1 – Tem legitimidade ativa para incidente suspensivo o Tribunal de Contas, na defesa das suas prerrogativas constitucionais.

2 – Reconhece o Supremo Tribunal Federal a legitimidade da expedição de medidas cautelares pelas Cortes de Contas, visando a prevenir lesão ao erário e para garantia da efetividade de suas decisões. Precedentes do STF.

3 – Importa grave risco de dano à ordem pública a decisão judicial que suspende medida cautelar deferida pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará com o objetivo de resguardar a ampla competição em certame licitatório, até final decisão sobre a validade de cláusula editalícia.

4 – Parecer pelo deferimento do pedido de suspensão.

Trata-se de suspensão de segurança requerida pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará com o fim de sustar os efeitos de decisão interlocutória que, proferida nos autos do Mandado de Se-

gurança 0625999-05.2016.8.06.0000, supostamente malfez suas prerrogativas constitucionais e agride a ordem e a economia públicas do ente estadual.

O requerente considera que o provimento acima vulnera os arts. 70, 71 e 75 da Constituição Federal, por ingressar, indevidamente, no exercício do poder geral de cautela que a Constituição confere aos Tribunais de Contas.

Relata que a esfera jurisdicional foi acionada após acolhimento de representação, pela Corte de Contas estadual, que narrava possíveis irregularidades no Edital de Pregão Presencial 201003/ZPE-Ceará, da Companhia Administradora da Zona de Processamento de Exportação do Ceará, destinado à *“contratação de empresa na prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada, cujos empregados sejam regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)”*. Assinala que a licitação é do tipo menor preço, declarando-se vencedor *“o participante que apresentar a menor taxa de administração”*.

Com base em manifestação do órgão técnico do Tribunal de Contas, aduz, foi admitida representação, a qual versava, entre outros fatores, sobre a exigência de taxa mínima de administração de 1% (um por cento) para as propostas do pregão presencial.

Registra o requerente que, na mesma assentada, o Conselheiro Relator do processo deferiu medida cautelar, na forma do Despacho singular 3134, para afastar as cláusulas restritivas relacio-

nadas ao piso da taxa de administração, decisão homologada pela Resolução 1959/2016, do Plenário do TCE/CE, sob o fundamento de ampliar a competitividade do certame e prevenir eventual dano ao erário.

Sustenta que a análise produzida pelo TCE/CE foi exclusivamente técnica e teve como parâmetro o exame em abstrato de cláusulas editalícias, sob o prisma da economicidade e do dano ao erário, cognição que não poderia ser empreendida pelo Poder Judiciário.

Argumenta que, caso seja mantido um valor mínimo para a taxa de administração proposta pelos licitantes, o dano ao erário será inequívoco, disso exsurto o requisito do grave risco de lesão à economia pública.

Futura – Serviços Profissionais Administrativos Ltda. manifestou-se nos autos pela extinção do incidente, por ilegitimidade ativa do requerente, ou pela negativa ao pedido de contracautela, por não demonstração de grave lesão à ordem.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para manifestação no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Primeiramente, a matéria discutida na ação originária evidencia a competência dessa Suprema Corte para examinar o presente pedido de suspensão. O seu fundamento é de índole constitucional, uma vez que envolve a interpretação e aplicação do

art. 71 da Constituição, em face do debate acerca do poder geral de cautela dos Tribunais de Contas.

Ainda em sede preliminar, reconhece-se a legitimidade ativa do requerente, ente público não personificado, para a defesa de suas prerrogativas constitucionais, adotando-se como fio condutor dessa afirmação o raciocínio aplicado no julgamento da Suspensão de Segurança 936 (Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, *DJ* 23 de fev. 1996)¹.

O deferimento dos pedidos de suspensão de segurança, de liminar e de antecipação de tutela tem caráter sabidamente excepcional. É imprescindível, então, perquirir a potencialidade de a decisão concessiva ocasionar lesão à ordem, segurança, saúde e economia públicas, não cabendo nesta sede, em princípio, a análise do mérito.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, fixou orientação no sentido de ser possível um juízo mínimo acerca da matéria de

1 “Suspensão de segurança: liminar que susta realização de plebiscito para criação de município: legitimação da Assembleia Legislativa para requerer a suspensão, a qual, no caso, e de deferir-se. 1. **A exemplo de que se consolidou com relação ao mandado de segurança, e de reconhecer-se a legitimação, para requerer-lhe a suspensão, ao órgão público não personificado quando a decisão questionada constitui óbice ao exercício de seus poderes ou prerrogativas.** 2. No processo de instituição de municípios, a realização da consulta plebiscitária não gera efeitos irreversíveis: por isso a sua sustação só e de deferir-se – o que não é o caso –, quando extremamente plausível a impugnação a sua validade, mormente quando do adiamento resultar a frustração por longo tempo da emancipação aparentemente legítima” (grifos aditados).

fundo analisada na origem, para concluir-se pela viabilidade ou inviabilidade da suspensão da decisão concessiva.

Observa-se que o mandado de segurança subjacente, impedido por Futura Serviços Profissionais Administrativos Ltda., veiculou pedido de liminar para

[...]

determinar a suspensão dos efeitos do DESPACHO SINGULAR Nº 3134/2016 e da sua ratificação pelo plenário do TCE no Processo [n]º 06312/2016-9, dando regular seguimento ao PREGÃO PRESENCIAL Nº 20160003 – ZPE Ceará até o seu encerramento, com a contratação da empresa vencedora, arbitrando multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), em caso de descumprimento, além da apuração da responsabilidade pessoal dos agentes estatais encarregados do cumprimento da ordem judicial, tanto sob o prisma penal como civil, bem como a caracterização das sanções dos arts. 80 e 81 do CPC/2015.

Em definitivo, o *writ* foi manejado com objetivo de fazer prosseguir, até a final contratação da empresa vencedora, o pregão presencial levado a efeito pela Companhia Administradora da Zona de Processamento de Exportação do Ceará – ZPE Ceará.

O provimento cuja suspensão é pleiteada funda-se nas seguintes razões:

[...]

No caso dos autos, utilizando-se de um Juízo perfunctório (não exauriente), inerente à cognição de medidas liminares, deve-se ressaltar que a empresa impetrante demonstrou que a Somos Capital Humano Serviços de Locação de Mão de Obra LTDA possui 4 (ações judiciais) nas quais busca partici-

par do Pregão Presencial nº 20160003-ZPE CEARÁ, sem sujeição aos itens 12.1.c e 14.2.b do edital (taxa mínima de administração).

A primeira delas é o mandado de segurança nº 0625627-56.2016.8.06.0000, que tramitou perante este Egrégio Tribunal de Justiça, no qual, após declarada a ilegitimidade de uma das autoridades coatoras pelo e. Relator Desembargador Mário Parente Teófilo Neto (págs.84/92), a Somos Capital Humano Serviços de Locação de Mão de Obra LTDA pediu desistência do *mandamus*, mas logo em seguida retrocedeu nessa postulação e pugnou pela remessa do feito à primeira instância, o que foi prontamente deferido pelo condutor do feito.

A segunda tentativa é o Mandado de Segurança nº 0159146-76.2016.8.06.0001, em trâmite perante a 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, o qual foi extinto pela litispendência com o mandado de segurança mencionado no parágrafo anterior (processo nº 0625627-56.2016.8.06.0000, fls.101/103).

A terceira investida da Somos Capital Humano Serviços de Locação de Mão de Obra LTDA foi o mandado de segurança nº 0159145-GABINETE DESEMBARGADORA SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA 91.2016.8.06.0001, em trâmite perante a 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, o qual foi igualmente extinto pelo mesmo motivo que o anterior, qual seja a litispendência (págs.96/98).

Por fim, a Somos Capital Humano Serviços de Locação de Mão de Obra LTDA promoveu o pedido de assistência litisconsorcial nos autos do Agravo de Instrumento nº 0625761-83.2016.8.06.0000, proposto por Servnac Soluções Corporativas Ltda perante a relatoria do Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, no intuito de ser beneficiada pela extensão a si de eventual liminar concedida àquela agravante. Contudo, tal pedido foi indeferido sob o fundamento de violação ao princípio do Juiz Natural, tendo em vista as inúmeras ações ajuizadas anteriormente pela Somos Capital Humano Serviços de Locação de Mão de Obra LTDA com o mesmo objetivo, qual seja a não sujeição ao limite mínimo

de taxa de administração no pregão presencial nº 20160003 – ZPE CEARÁ.

Neste sentido, é forçoso reconhecer, a título de cognição não exauriente, que o ato coator ora impugnado, da lavra do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, possui fortes indícios de invalidade, pois aquela corte de contas teria analisado questão já suscitada em 4 (quatro) ações judiciais e decidido sobre matéria de interesse eminentemente privado, contrariando o novo entendimento consolidado no artigo 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que passou a admitir a adoção de medidas cautelares apenas nas hipóteses de fundado receio de lesão grave ao interesse público, nos seguintes termos:

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

Ademais, a Constituição do Estado do Ceará, no inciso X do artigo 76, não confere ao Tribunal de Contas do Estado poderes para cancelar ato administrativo, mas tão somente sustar a execução de ato impugnado.

Desta forma, é possível a constatação de indícios de que o TCE, ao promover o cancelamento do pregão presencial nº 20160003-ZPE CEARÁ, ultrapassou os limites de sua competência constitucional. Presentes, pois, os fundamentos relevantes do pedido liminar do presente mandado de segurança.

Em análise ao Mandado de Segurança (MS) 28745, a ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu pedido de liminar feito pela Petrobras contra decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou a aplicação da Lei nº 8.666/1993 – a Lei de Licitação – aos

procedimentos licitatórios da autora. Com a decisão da ministra, a determinação do TCU ficara suspensa, até julgamento do mérito, e a estatal continuara a adotar regime diferenciado para realizar licitações.

No que atine ao perigo de ineficácia de medida, ao seu turno, resta evidente que o cancelamento daquele certame licitatório pode comprometer a realização das atividades-fim da Companhia Administradora da Zona de Processamento de Exportação do Ceará – ZPE CEARÁ, que estaria impedida de realizar contratações essenciais para o seu regular funcionamento. Assim, tal situação reclama uma rápida tutela jurisdicional, no intuito de não impor àquela companhia o risco de lesões graves de difícil ou impossível reparação.

Por estas razões, presentes os requisitos autorizadores da concessão de medida liminar em Mandado de Segurança, **DEFERE-SE** liminar pretendida por FUTURA – SERVIÇOS PROFISSIONAIS ADMINISTRATIVOS LTDA, no intuito de suspender a eficácia do despacho singular nº 3134/2016 e a sua posterior homologação pelo pleno do Tribunal de Contas do Estado do Ceará nos autos do processo nº 06312/2016-9, possibilitando o regular processamento do pregão presencial nº 20160003-ZPE CEARÁ.

[...] (grifos acrescentados aos do original)

Na presente hipótese, a medida cautelar concedida pelo despacho singular – e homologada pelo Plenário da Corte de Contas – asseverou:

Trata-se de Representação, da lavra de pessoa jurídica de direito privado, em face de supostas ilegalidades nas cláusulas 12.1 “c”, 14.2 “b” e 13.3 do edital do Pregão Presencial nº 20160003 – ZPE CEARÁ, cujo objeto é a contratação de empresa para a prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada, regidos pela CLT, para atender às necessidades das áreas Técnica, operacional, administrativa e tecnológica da in-

formação da Companhia Administradora da Zona de Processamento de Exportação do Ceará- ZPE.

Considerando as razões de fato e de direito apontadas na presente representação e o teor do §1º, art. 113 da Lei nº 8.666/93, o qual confere legitimidade aos licitantes para representar às Cortes de Contas acerca de irregularidades na aplicação da referida lei;

Considerando o teor do Certificado nº 0015/2016, no qual restou demonstrada a presença do "fumus boni juris", observado nos indícios de irregularidades relacionadas às cláusulas 12.1 "c" e 14.2 "b" do edital do Pregão Presencial nº 20160003 – ZPE, as quais estabelecem um percentual mínimo de 1% para a taxa de administração, comprometendo a competitividade do certame, em ofensa ao art. 3º, §1º, inciso I da Lei Federal nº 8.666/1993 e decisões desta Corte de Contas (Processo nº 006675/2013-2) e do TCU (Acórdão 552/2008);

Considerando também a assentada jurisprudência da Corte de Contas Federal – Acórdão 1443/2014 – no sentido de que, nas contratações de serviços de terceirização, os atestados de capacidade técnica devem, em regra, comprovar a habilitação da licitante na gestão de mão de obra e não nas atividades a serem contratadas;

Considerando a presença também do "periculum in mora", haja vista que a abertura do certame está marcada para o dia 17.08.2016, às 14:30;

Considerando o disposto no art. 21-A da Lei Estadual nº 12.509/95 e art. 16 do Regimento Interno desta Corte e ainda, o teor da Resolução 1660/2011, por meio da qual esta Corte entendeu possível a concessão de cautelar "inaudita altera pars";

Considerando que a prévia oitiva da autoridade competente nos termos do art. 21-A da Lei nº 12.509/1995 pode frustrar o exercício do poder de cautela por parte desta Corte de Contas no caso em apreço;

Defiro medida cautelar, "inaudita altera pars", por entender presente seus requisitos autorizadores e determino:

a) ao Diretor Presidente da ZPE, Mário Lima Júnior, que, em face da presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar, cancelem a realização do certame marcado para o dia 17.08.2016 e, caso queiram dar continuidade ao certame, observem o disposto no art. 21, § 4º da Lei 8.666/93, reabrindo prazo para apresentação das propostas, com ampla divulgação aos interessados em participar da licitação, de que restam afastadas as cláusulas 12.1 “c” e 14.2 “b” do edital do Pregão Presencial nº 20160003 – ZPE, até ulterior decisão desta Corte de Contas;

b) ao Diretor Presidente da ZPE, Mário Lima Júnior, que se quiser dar andamento ao certame, também observe a jurisprudência do TCU, esposada no Acórdão nº 1443/2014-P, no sentido de que nas contratações de serviços de terceirização, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a habilidade da licitante na gestão de mão de obra e não nas atividades a serem contratadas, bem como em relação à fixação dos quantitativos mínimos já executados, não estabeleça percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos de postos a serem executados;

c) em respeito aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, que seja concedido o prazo de 15 (quinze) dias ao Sr. Mário Lima Júnior, Diretor Presidente da ZPE CEARÁ, para que apresente as razões de justificativas acerca do teor da presente Representação e do Certificado nº 0015/2016, em especial os questionamentos referentes aos itens 12.1 “c”, 14.2 “b” e 13.3 do edital, bem como, se assim o desejar, sobre os requisitos autorizadores da presente decisão;

d) que seja comunicada a presente decisão imediatamente, por meio de fax, aos Srs. Alexandre Fontenele Bizerril, pregoeiro condutor do certame e ao Diretor Presidente da ZPE, Mário Lima Júnior;

e) que seja comunicada a presente decisão ao Sr. Andrei Barbosa de Aguiar, advogado e procurador, devidamente qualificado nos autos, da empresa representante.

Encaminhem-se à Unidade de Expedição de Documentos para que promova a cientificação das referidas autoridades

acerca da presente decisão. Após, retorne os autos a este Gabinete.

Notifique-se, ainda, aos interessados, de que o não atendimento à diligência do Relator ou à decisão do Tribunal, sem causa justificada, pode resultar na multa insculpida no art. 62, V, da Lei Estadual nº 12.509/95.

Como se vê, a decisão da Corte de Contas pautou-se pela necessidade de garantir ampla participação de interessados no pregão presencial, mediante afastamento de requisito aparentemente desnecessário para a garantia do cumprimento das obrigações licitadas e potencialmente agressivo ao mandamento do art. 37, XXI, da Constituição Federal².

Além disso, o cancelamento do pregão presencial não foi determinado de modo a impedir a continuidade do certame, mas apenas para que a autoridade administrativa que preside a ZPE Ceará reabrisse o prazo para apresentação de propostas sem a exigência dos requisitos das cláusulas 12.1 “c” e 14.2 “b” do edital, com ampla divulgação aos interessados. Portanto, na prática, a apreciação superficial dos fatos leva a crer tratar-se de comando de natureza meramente suspensiva do processo licitatório em curso,

2 “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

que não desborda do rol de atribuições do art.71 da Constituição Federal.

A decisão cuja suspensão é pleiteada, no entanto, foi expressa ao atestar que, na adoção da medida cautelar, o TCE/CE “*ultrapassou os limites de sua competência constitucional*”. Negou reconhecimento, em outras palavras, ao direito da Corte de Contas de adotar medida cautelar que garanta a efetividade de suas decisões, esvaziando o poder geral de cautela do TCE/CE no caso examinado.

O Supremo Tribunal Federal assenta que o Tribunal de Contas possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares visando a prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. Nesse sentido, já julgou o Plenário, no Mandado de Segurança 24510, cujo acórdão foi assim ementado:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da

Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, *DJe* 19 mar. 2004)

O debate acerca do poder geral de cautela dos Tribunais de Contas também foi levado ao Supremo por meio do Mandado de Segurança 26547, impetrado contra deliberação, que, emanada do Tribunal de Contas da União, teria extrapolado os limites da competência que lhe foi constitucionalmente atribuída. A questão não chegou a ser enfrentada pelo Plenário da Corte, que indeferiu o recurso de agravo regimental. Todavia, foi analisada pelo Relator, Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática assim ementada:

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO 'DUE PROCESS OF LAW'. DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO

CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. (DJ 29 maio 2007)

Merecem igual destaque as seguintes afirmações do Ministro Celso de Mello no julgamento do Mandado de Segurança 24510:

Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia.

Não se pode ignorar – consoante proclama autorizado magistério doutrinário (SYDNEY SANCHES, Poder Cautelar geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro, p.30, 1978, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, Manual de Direito Processual Civil, vol. 4/335, item n. 1.021, 7ª Ed., 1987, Saraiva; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A Instrumentalidade do Processo, p. 336/371, 1987, RT; VITTORIO DENTI, *Sul Concetto dei Provvedimenti cautelari*, p. 20, item n. 8, Pádua, 1936, Cedam; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Tutela Cautelar, vol. 4, p. 17, 1992, Aide, v.g.) que os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalidade vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, plena eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada.

Assentada tal premissa, que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade, torna-se essencial reconhecer especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos “que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compati-

vel com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais.

O julgado citado se refere especificamente ao poder de cautela exercido pelo Tribunal de Contas no exercício de sua competência de fiscalizar procedimentos de licitação, razão pela qual tem estrita aderência ao caso.

O mesmo fundamento foi, aliás, utilizado pelo Ministro Cezar Peluso, ao deferir a SS 3789 (DJe 27 abr. 2009), “*para suspender os efeitos da decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 10363/2009, inclusive no que respeita à proibição da Corte de Contas Estadual determinar suspensão de atos análogos*”, também referente à discussão sobre o poder geral de cautela das Cortes de Contas³.

Por todo o exposto, a decisão tomada pelo Tribunal de Justiça cria grave risco de lesão à ordem pública, na acepção de ordem jurídico-constitucional, por vulnerar as prerrogativas constitucionais do TCE/CE e inviabilizar a efetividade da decisão final da referida Corte de Contas sobre a validade dos preceitos editalícios perti-

3 Ainda na linha dos julgados citados: “Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais.” (MS 33092, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJe 17 ago. 2015).

nentes, fundamento suficiente para o deferimento da contracautela requerida.

Cumpre relevar que a decisão singular referendada pelo Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Ceará tem em seu elemento fundante o resguardo da legitimidade constitucional dos parâmetros essenciais a serem atendidos pelos licitantes, vislumbra a possível ampliação da competitividade do certame e o potencial aprimoramento da relação de custo-benefício advinda da exclusão das cláusulas impositivas do mínimo da taxa de administração⁴.

Nesse ponto, pode-se considerar a medida cautelar mais benéfica à manutenção da ordem pública que a decisão judicial que lhe suspende os efeitos, capaz de induzir maior retardo na conclusão do procedimento licitatório, decorrente de eventuais impugnações de competidores que se considerem indevidamente aliçados da competição por ofertarem taxa de administração inferior ao

4 Interessante observar, a propósito, que a conclusão técnica do TCE/CE, no caso da cautelar apreciada, não parece divergir do que entende o TCU sobre licitações e taxas de administração. Emerge do Acórdão 1034/2012 do Plenário do TCU o seguinte enunciado: “A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação”. O entendimento também está calcado na concepção do TCU de que “a conclusão pela inexecutabilidade de proposta apresentada por licitante em pregão eletrônico para contratação de serviços demanda análise ampla de todos os itens que a compõem e não apenas de um desses itens, como o de despesas administrativas” (Acórdão 330/2012 – Plenário).

piso estipulado no edital. A desclassificação ulterior, caso ocorra, tem efeitos mais facilmente remediáveis por não induzir, como a decisão judicial impugnada, a anulação do certame licitatório e a realização de novo pregão presencial.

Desse modo, também milita em favor da pretensão do requerente risco relevante de ofensa à ordem pública, pelo viés jurídico-administrativo.

Ante o exposto, opina a Procuradoria-Geral da República pelo deferimento do pedido de suspensão.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/RNSL