ACÓRDÃO - AC00 - 1458/2024

PROCESSO TC/MS	**:** TC/3977/2024
PROTOCOLO	**:** 2329027
TIPO DE PROCESSO	**:** AGRAVO
ÓRGÃO	**:** MUNICÍPIO DE DOURADOS
AGRAVANTE	**:** ANTONIO CARLOS ALVES
RELATOR	**:** CONS. SUBS. LEANDRO LOBO RIBEIRO PIMENTEL

EMENTA: AGRAVO – DECISÃO LIMINAR – INDEFERIMENTO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA A SUSPENSÃO DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA – CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIA DE PUBLICIDADE – ALEGAÇÕES – DECISÃO PROLATADA CONTRA O PARECER DO MPC FAVORÁVEL À SUSPENSÃO DO CERTAME – MODIFICAÇÃO DO OBJETO MEDIANTE REPUBLICAÇÃO DE NOVO EDITAL – INOBSERVÂNCIA DA VIGÊNCIA DA LEI N. 14.133/2021 – CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – MODIFICAÇÕES CONSIDERADAS COMO VÍCIOS INSANÁVEIS – PREVISÃO DE SUPOSTA CLÁUSULA RESTRITIVA – PEDIDO PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO – NÃO CABIMENTO – PEDIDO DE SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO IMPROCEDENTE – NÃO INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO OBJETO LICITADO – AUSÊNCIA DA PROBABILIDADE DO DIREITO/RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO PARA IMPEDIR O PROSSEGUIMENTO DA LICITAÇÃO – NÃO PROVIMENTO.

1. As decisões liminares para aplicação de medidas cautelares devem ser proferidas como instrumento de preservação para fazer cessar – de forma urgente – os efeitos nocivos causados pelo ato impugnado, de modo a preservar o interesse público e o erário, até a resolução do mérito, sem deixar as prescrições dispostas na LINDB. E, para tanto, possuem como requisitos a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*).

2. Não tem o Agravo o condão de resolver o mérito quanto à regularidade da contratação pública ou tampouco de decidir sobre a anulação da licitação, uma vez que isso deverá ser objeto de julgamento no processo de controle prévio, da denúncia ou mesmo em sede de controle posterior, após a devida instrução dos autos.

3. Ausente a probabilidade do direito/relevância do fundamento para impedir o prosseguimento da licitação, não se deve conferir efeito suspensivo à decisão recorrida, mantendo-se a decisão agravada.

4. Não provimento do recurso de agravo.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 13ª Sessão Ordinária Presencial do Tribunal Pleno, realizada em 7 de agosto de 2024, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pelo

conhecimento do Recurso de Agravo interposto pelo Sr. Antônio Carlos Alves, pela satisfação de seus pressupostos de admissibilidade; e, no mérito, pelo **não provimento**, mantendo-se incólume a Decisão Liminar **DLM – G. FEK – 62/2024,** proferida nos autos TC/1098/2024.

Campo Grande, 7 de agosto de 2024.

Conselheiro Substituto **Leandro Lobo Ribeiro Pimentel** – Relator

(Ato convocatório n. 02/2023)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel – Relator

1. DO RELATÓRIO

Tratam os autos de **AGRAVO**, interposto pelo *Sr. Antônio Carlos Alves,* em desfavor da Decisão Liminar DLM – G. FEK – 62/2024 proferida no TC/1098/2024 - DENÚNCIA, que indeferiu a concessão da medida cautelar para a suspensão da Concorrência Pública n. 8/2023, lançada pelo Município de Dourados, com vistas à contratação de agência de publicidade.

Inconformado com a Decisão, o Agravante busca, em resumo, a reforma da Decisão Liminar, a fim de que seja suspensa a licitação e anulado todos os atos emanados da Administração Municipal até a data de abertura dos envelopes, com a retomada de publicação de novo edital, conforme requerido às f. 16-17.

Para tanto, em suas razões recursais às fls. 4-17, alega que: (i) a decisão foi prolatada contra o parecer do Ministério Público de Contas, uma vez que favorável a suspensão do certame; (ii) que modificou o objeto da licitação, dada a contratação de apenas 01 (uma) agência de publicidade, pois inicialmente eram duas, mediante a republicação de praticamente um novo edital, alterando toda a estrutura do edital; (iii) na republicação, a Administração inobservou a vigência da Lei n. 14.133/2021, visto que republicou as alterações e a recontagem de prazos com fundamento na Lei n. 8.666/1993, em contrariedade ao princípio da legalidade; (iv) que as inúmeras modificações se tratam de vícios insanáveis, os quais geram nulidade, a despeito da lisura e igualdade entre os licitantes; (v) que a Administração, de forma ultrajante, previu que sendo indeferido os recursos poderá acionado judicialmente para reparar danos causados ao Município, em razão da ação procrastinatória, cláusula 13.7 do Edital, a qual poderá restringir e frustrar o caráter competitivo.

Protocolado o recurso, no exercício do juízo de admissibilidade estabelecido no artigo 9º, VIII, a, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012, a Presidência deste Tribunal de Contas, considerando-o tempestivo, cabível e em conformidade com as normas regimentais, recebeu e determinou sua distribuição a esta Relatoria.

Por conseguinte, com vistas ao disposto no art. 172, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98/2018, os autos foram remetidos ao eminente Conselheiro prolator da decisão agravada, Cons. Flávio Esgaib Kayatt, que manteve a decisão agravada (a qual negou a medida cautelar pleiteada pelo denunciante), conforme Despacho n. 15800/2024 (fl. 33).

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer n. 6483/2024 (f. 36-38), com relação à sugestão levada a efeito no processo originário (Denúncia) para que fosse aplicada medida cautelar, esclareceu que não se fundou em quaisquer irregularidades, mas na necessidade de se realizar análise aprofundada acerca das inovações introduzias com a **republicação do edital**; tendo o próprio

Relator, na decisão de f. 374-378 dos autos originários, esclarecido as dúvidas anteriormente suscitadas.

Assim, neste Agravo, não vislumbrou razões para reforma da decisão agravada e, por fim, opinou pelo seu conhecimento e improvimento, mantendo-se inalterada a Decisão Liminar DLM - G.FEK - 62/2024, proferida no processo TC/1098/2024.

É o que cumpre relatar.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel – Relator

2. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso é cabível, nos termos do artigo 71 da lei Complementar n. 160/2012. Foi apresentado dentro do prazo estabelecido e, sob o aspecto formal, obedeceu ao trâmite estabelecido no artigo 169 e seguintes do Regimento Interno, aprovado pelo Resolução n. 98/2018, tendo sido interposto por escrito e por parte legítima a fazê-lo; satisfazendo, portanto, os pressupostos intrínsecos (cabimento e legitimidade) e extrínsecos de admissibilidade (regularidade formal e tempestividade).

Por essas razões deverá ser conhecido.

3. DO MÉRITO

No que tange ao objeto do Agravo, ou seja, a concessão ou não do efeito suspensivo para impedir a eficácia da decisão recorrida, para melhor fundamentação, tramitou-se o feito ao Ministério Público de Contas para emissão de Parecer.

Não havendo no curso da instrução processual irregularidade de natureza grave, e tendo em vista que o feito se encontra apto para julgamento, passo a apresentar a proposta de julgamento.

Antes de adentrar nas razões meritórias, reputo necessário esclarecer que o Agravo é recurso previsto no artigo 71 da Lei Complementar n. 160/2012, sendo cabível contra a decisão monocrática somente para apreciar liminarmente a aplicação de medida cautelar ou a admissão de recurso ou requerimento de efeito suspensivo a pedido de revisão.

No caso em tela, o objetivo deste julgamento é, tão somente, examinar a presença e a procedência dos pressupostos que deram fundamento à Decisão Liminar n. 62/2024 que negou a medida cautelar pleiteada pelo Agravante.

Como cediço, as decisões liminares para aplicação de medidas cautelares devem ser proferidas como instrumento de preservação para fazer cessar – de forma urgente – os efeitos nocivos causados pelo ato impugnado, de modo a preservar o

interesse público e o erário, até a resolução do mérito, sem deixar as prescrições dispostas na LINDB[1]. E, para tanto, possuem como requisitos a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*).

É sobre isso que deve pautar a presente proposta de julgamento.

De início, registro que se encontra em tramitação neste Tribunal os autos de Controle Prévio (TC/93/2024), bem como a Denúncia (TC/1098/2024), a qual se originou o presente Agravo. Ambos os processos tem por objeto comum a Concorrência Pública nº 8/2023, lançada pelo Município de Dourados, os quais ainda se encontram pendentes de exame em relação à republicação do edital.

Assim sendo, não tem o presente Agravo o condão de resolver o mérito quanto à regularidade da contratação pública ou tampouco de decidir sobre a anulação da licitação, uma vez que isso deverá ser objeto de julgamento no processo de controle prévio, da denúncia ou mesmo em sede de controle posterior, após a devida instrução dos autos, todos de competência do Conselheiro Relator Flávio Kayatt. Inclusive, este poderá prolatar decisão liminar de ofício para a suspensão da contratação pública, caso se verifique razões para tanto.

Desta feita, não cabe o pedido do Agravante para anulação da licitação.

Quanto ao pedido de suspensão da licitação, **em exame de cognição sumária**, entendo que a decisão liminar agravada deverá ser mantida, dados os seus fundamentos, conforme será exposto a seguir.

O Agravante argumenta que *(i)* a decisão foi prolatada contra o parecer do Ministério Público de Contas, uma vez que favorável a suspensão do certame. Vejamos os esclarecimentos apresentados pelo *Parquet* (fls. 36-38):

> Por fim, com relação à **sugestão deste Ministério Público de Contas**, levada a efeito no processo originário, **para que fosse aplicada medida cautelar suspendendo o procedimento**, é importante esclarecer que tal **não se fundou em quaisquer irregularidades, mas na necessidade de se realizar análise mais aprofundada acerca das inovações introduzias com a republicação do edital.**
>
> Não obstante, o **próprio Relator**, ao indeferir a suspensão, **empreendeu análise detalhada das principais modificações introduzidas, sem identificar irregularidade que pudesse justificar a suspensão.**
>
> Dessa forma, **tendo o próprio Relator**, na decisão de fls. 374-378 dos autos originários, **esclarecido as dúvidas suscitadas por este Ministério Público de Contas,** não vislumbro, no momento, razões para reforma da decisão agravada. (grifamos)

Esclarecida a questão anteriormente, improcedente o argumento.

[1] DECRETO-LEI Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Alega também, em resumo, que (ii) restou modificado o objeto da licitação, dada a contratação de apenas 01 (uma) agência de publicidade, pois inicialmente eram duas, mediante a republicação de praticamente um novo edital, alterando toda a estrutura do edital;

Sendo divulgada a alteração e estabelecido novos prazos, as modificações ocorridas na republicação do edital, como destacou o Relator da decisão agravada, não alteram a essência do procedimento licitatório. Objeto, valor, briefing, condições de entrega e pagamento – itens que poderiam comprometer a formulação das propostas – não foram alterados. O que se modificou teve o efeito de apenas aprimorar o edital (exclusão de itens restritivos, detalhamento de procedimentos, ajustes na nota de corte de modo a favorecer as empresas licitantes).

Cabe destacar que no edital inicialmente publicado se constatou, dentre outras impropriedades, a indefinição do quantitativo, conforme ANA - DFCP 1850/2024 - TC 93/2024, com vistas disso a Administração republicou para correção. E como já dito, ainda se encontra pendente de análise pela equipe técnica a republicação.

Outro argumento é que (iii) na republicação, a administração inobservou a vigência da Lei n. 14.133/2021, visto que republicou as alterações e a recontagem de prazos com fundamento na Lei n. 8.666/1993, em contrariedade ao princípio da legalidade;

Em consulta, o Tribunal de Contas do Espirito Santo[2] esclareceu que havendo a manifestação expressa da autoridade responsável pelo procedimento licitatório sobre a escolha de qual legislação utilizar, a ser realizada por ocasião da elaboração do edital (até o dia 29 de dezembro de 2023, data limite também para a publicação do edital), todo o processo licitatório e os contratos decorrentes deverão também ser regidos pela mesma legislação escolhida, ainda que realizada nova publicação do edital, após a referida data, a saber:

> **No caso de Edital de licitação baseado na Lei nº 8.666/93, publicado antes de 31/03/2023, que em razão de impugnações ou pedidos de esclarecimento tiver que ser suspenso para adequações necessárias, poderá ou não ser republicado no formato da Lei 8.666/93 após 01/04/2023?**
>
> Sim, no caso de o edital ser suspenso e republicado, em razão de impugnações ou pedidos de esclarecimentos, deve-se verificar, antes, se a republicação do edital permite alterações capazes de modificar o seu conteúdo essencial, evitando-se manobras para manter o procedimento licitatório regido pela legislação anterior. **Caso não se identifiquem tais mudanças** e a manifestação expressa da autoridade responsável pelo procedimento licitatório sobre a escolha da legislação, a ser realizada por ocasião da elaboração do edital, ocorra até o dia 29 de dezembro de 2023, data limite também para a publicação do edital,

[2] Disponível em: https://www.tcees.tc.br/em-consulta-tce-es-firma-entendimento-sobre-situacoes-de-sobreposicao-da-lei-antiga-e-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/
Acesso em 17.06.2024.

> conforme previsão do art. 191 c/c o art. 193, inciso II, da Lei nº 14.133/21, de acordo com a redação da Lei Complementar 198, de 28 de junho de 2023, todo o processo licitatório e os contratos decorrentes deverão também ser regidos pela mesma legislação escolhida, ainda que realizada nova publicação do edital, após a referida data.

No caso, não se visualiza a infringência ao princípio da legalidade, uma vez que, como já dito, não houve alteração da essencialidade do objeto da licitação, de forma a comprometer a formulação das propostas, apenas questão pontuais visando ao aprimoramento do certame com os objetivos da licitação e as necessidades da Administração Municipal.

Sustenta ainda o agravante *(iv)* que as inúmeras modificações se tratam de vícios insanáveis, os quais geram nulidade, a despeito da lisura e igualdade entre os licitantes;

Da leitura das razões, percebe-se certa confusão quanto ao que indicar ser o Plano de Comunicação e as peças publicitárias, os quais devem ser apresentadas de maneira distinta, e onde não se visualiza a quebra da lisura da licitação, dada a especificidade da contratação.

Por fim, afirma que (v) a Administração previu que sendo indeferido os recursos poderá o Recorrente ser acionado judicialmente para reparar danos causados ao Município, em razão da ação procrastinatória, cláusula 13.7 do Edital.

Entende o Agravante, que tal cláusula poderá restringir e frustrar o caráter competitivo. Tendo em vista que o recebimento dos envelopes possivelmente ocorreu em 13 de maio de 2024, conforme f. 297 do TC/1098/2024, considero, neste momento, prejudicada a questão.

Existindo dúvida razoável quanto ao provimento dos argumentos apresentados pelo agravante, dado os fundamentos lançados na decisão agravada, tenho que ausente a probabilidade do direito/relevância do fundamento para impedir o prosseguimento da licitação, pelo que, não se deve conferir efeito suspensivo à decisão recorrida, mantendo-se a decisão agravada.

Ante o exposto, voto pelo não provimento deste Agravo.

São as razões que dão fundamento ao voto.

DISPOSITIVO

Com esteio nas razões demonstradas, e com fundamento no artigo 173 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, aprovado pela Resolução TCE/MS 98/2018, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas e **VOTO:**

Pelo **CONHECIMENTO** do Recurso de Agravo interposto pelo *Sr. Antônio Carlos Alves*, pela satisfação de seus pressupostos de admissibilidade; e, no mérito,

pelo **NÃO PROVIMENTO**, mantendo-se incólume a Decisão Liminar DLM – G. FEK – 62/2024, proferida nos autos TC/1098/2024.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, pelo conhecimento e não provimento do recurso de agravo.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Flávio Kayatt e Marcio Campos Monteiro, e o Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Célio Lima de Oliveira.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 7 de agosto de 2024.

Conselheiro Substituto **LEANDRO LOBO RIBEIRO PIMENTEL**

Relator (Ato convocatório n. 02/2023)

MFGM