



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 717820/22
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993
ENTIDADE: MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ
INTERESSADO: DIEGO DELFINO, MARCELO ELIAS ROQUE, MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ, PAVISERVICE ENGENHARIA E SERVICOS LTDA, VINICIUS YUGI HIGASHI
RELATOR: CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

ACÓRDÃO Nº 439/24 - Tribunal Pleno

Representação da Lei nº 8.666/93.
Homologação de decisão cautelar. Despacho nº 1740/23.

I. RELATÓRIO DO CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA (Relator)

1. Avoco os autos, determinando seu retorno ao meu Gabinete, para rever parte da decisão consubstanciada no Despacho nº 1607/23-GCILB (peça nº 52), mediante a qual recebi integralmente o expediente e indeferi o pleito cautelar formulado pela parte representante.

2. Consoante já relatado no aludido despacho, a presente Representação da Lei nº 8.666/93 foi proposta pela empresa Paviservice Engenharia e Serviços Ltda., em virtude de supostas irregularidades praticadas pelo Município de Paranaguá no Contrato nº 172/2021, destinado à execução de serviços integrantes do sistema de limpeza pública.

Relatou a representante que celebrou o referido contrato com a municipalidade em 07/12/2021 e, no decorrer da avença, protocolou diversos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro e reajuste, os quais não foram apreciados pelo ente contratante, impactando sobremaneira a equação econômico-financeira da avença.

Em 24/11/2023, nos termos do Despacho nº 1607/23-GCILB (peça nº 52), realizei o juízo de admissibilidade do feito, recebendo a Representação na íntegra para averiguar a atuação do Município de Paranaguá na apreciação dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro e reajuste contratual questionados nos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

autos, especialmente quanto à razoabilidade nos prazos de análise e eventual desequilíbrio gerado à contratada.

Na mesma oportunidade, indeferi o pedido cautelar formulado pela representante, por entender que não estavam comprovados os requisitos para concessão da medida.

Na sequência, os autos foram encaminhados à Diretoria de Protocolo para início das diligências de citação, conforme ofícios de contraditório nº 2891/23 (peça nº 53), nº 2892/23 (peça nº 54) e nº 2894/23 (peça nº 55).

3. Revendo os presentes autos e em atenção ao decidido na Representação da Lei nº 8.666/93 de nº 452994/23 (Despacho nº 1738/23-GCILB), entendo necessário reformar parcialmente o Despacho nº 1607/23-GCILB (peça nº 52), modificando-o no que diz respeito ao indeferimento da tutela de urgência postulada pela parte representante.

Na ocasião do mencionado indeferimento, asseverei:

[...] Assim, reputo necessário o processamento do feito para averiguar a atuação do Município de Paranaguá na apreciação dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro e reajuste contratual questionados nos autos, especialmente quanto à razoabilidade nos prazos de análise e eventual desequilíbrio gerado à contratada.

Deixo, contudo, de deferir o pleito cautelar, **uma vez não comprovados os requisitos necessários**, fazendo-se necessária a análise de cognição exauriente por parte das unidades técnicas desta Corte e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. [...] (destaquei)

Contudo, revendo a decisão e valendo-me da minha faculdade de retratação de decisões interlocutórias, entendo que o indeferimento do pedido cautelar não reflete a melhor e mais justa medida de direito, haja vista que a tutela



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

cautelar aos direitos, mediante provimentos provisórios, funda-se em juízo de cognição sumária.

A “comprovação de requisitos” a que me referi na negativa da medida só poderá ser alcançada inequivocamente após a regular instrução processual, cuja análise se dará em caráter exauriente.

Do mesmo modo, verifico que para a concessão de medidas cautelares não é necessário que todos os pontos da Representação se mostrem indubitavelmente e imediatamente plausíveis, desde que, de modo perfunctório, as questões suscitadas pela parte interessada estejam aptas a demonstrar a relevância do direito e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Este também é o entendimento defendido pela melhor doutrina, segundo a qual a probabilidade do direito, ainda que mínima, é suficiente para concessão de tutela de urgência. Neste sentido, transcrevo trecho de Leonardo Carneiro da Cunha¹:

[...] A tutela de urgência, cautelar ou satisfativa, deve ser concedida quando presentes os requisitos da relevância do direito e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. **Em qualquer caso, é preciso que haja probabilidade do direito alegado, ainda que mínima.** A urgência é revelada pelo perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Aliás, segundo enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”. Tanto na tutela provisória de urgência cautelar como na satisfativa devem estar presentes a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Os riscos variam, a depender de a medida ser

¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 303-304.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

cautelar ou satisfativa. A cautelar, que é medida temporária, visa a combater o perigo de infrutuosidade da tutela jurisdicional. Assim, quando houver risco ao resultado útil do processo, a medida a ser deferida é cautelar. (grifei)

Nesta perspectiva, e reexaminando os pontos que deram ensejo ao recebimento da Representação, vislumbro a necessidade de imediata intervenção desta Corte, mediante o provimento de tutela de urgência.

Além do presente expediente, a empresa Paviservice protocolou a Representação nº 452994/23, na qual pugnou pela atuação desta Corte de Contas junto ao Município de Paranaguá. Informou naqueles autos que os protocolados administrativos de nº 17.575/2021 e nº 3322/2022, referentes à solicitação de reajuste anual previsto no Contrato nº 246/2015, não foram tempestivamente apreciados, causando-lhe grandes prejuízos financeiros. Posteriormente, houve notícia nos autos de que o pedido de reajuste anual foi indeferido sob o argumento da preclusão lógica.

No bojo da aludida Representação nº 452994/23, ponderei que a situação fática apresentada pode ser caracterizada como locupletamento ilícito por parte da Administração, sujeita ao exame do Poder Judiciário, onde o valor inicialmente devido potencialmente ganhará, pelo decurso do tempo, grandes proporções em nítido prejuízo aos cofres públicos.

Ainda, em cotejo com o deslinde da presente representação, onde causou espécie a postura da municipalidade ao deixar de atender determinações desta Corte, destaquei que o Município de Paranaguá tem reiteradamente tratado os pedidos de revisão e reajuste contratuais sem as cautelas que se espera da Administração.

Para além disso, destaquei, a partir do conteúdo da manifestação apresentada pela municipalidade (peça nº 47 dos autos nº 452994/23), que parece pairar certa confusão interpretativa entre os institutos da revisão e do reajuste contratuais no âmbito daquele Poder Executivo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Além do que foi até aqui exposto, que por si só já demandaria imediata intervenção desta Corte, destaquei que a ação de cobrança de que se teve notícia à peça nº 29 dos autos nº 452994/23, **igualmente, sugere um contumaz cenário de descuidada gestão contratual que, como se disse, representa alto risco de judicialização de demandas não resolvidas na esfera administrativa.**

Considerando que a presente representação versa igualmente sobre a condução ineficiente e morosa de processos de revisão e reajuste pela Administração Municipal de Paranaguá, entendo necessário estender a medida cautelar deferida nos autos nº 452994/23 também a este processo, uma vez que esta Corte não pode se furtar ao dever de atuação nos casos em que há evidente risco de lesão aos cofres públicos.

Por todo exposto, e em vista da gravidade dos pontos acima apresentados, reconsidero o Despacho nº 1607/23-GCILB (peça nº 52) no que diz respeito ao indeferimento do pleito cautelar.

O *fumus boni iuris* resta demonstrado na plausibilidade das alegações apresentadas pela parte representante, conforme considerações já tecidas no item “3” desta decisão.

O *periculum in mora* está igualmente caracterizado, já que a inércia e morosidade da Administração para analisar os pedidos administrativos formulados pela interessada podem levar à judicialização das demandas, com potencial risco de prejuízo aos cofres públicos. Conforme demonstrado na exordial, os prejuízos suportados pelo particular são consideráveis e tem potencial de iminente judicialização, a qual aumentará exponencialmente os valores devidos, dada a incidência de juros, honorários advocatícios e acréscimos, haja vista o notável tempo de tramitação dos processos judiciais até seu trânsito em julgado.

Assim, preenchidos os requisitos autorizadores da concessão de tutela de urgência, com fundamento no inciso IV do §2º do artigo 53² da Lei

² Art. 53. O Tribunal poderá solicitar incidentalmente e motivadamente, aos órgãos e Poderes competentes a aplicação de medidas cautelares definidas em lei, ou determinar aquelas previstas no Regimento Interno, quando houver receio de que o responsável possa agravar a lesão ou tornar difícil ou impossível a sua reparação, nos termos do Código de Processo Civil.

(...)

§ 2º As medidas cautelares referidas no caput são as seguintes:

(...)

IV – outras medidas inominadas de caráter urgente.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Complementar Estadual nº 113/05, bem como no inciso XII do artigo 32³, ambos do Regimento Interno, defiro o pleito de medida cautelar para determinar ao Município de Paranaguá, por seu responsável legal, que imediatamente adote as providências necessárias para análise e conclusão definitiva dos protocolados administrativos nº 14.436/2022, 24.402/2022, 24.403/2022, 24.404/2022 e 38.547/2022, com cálculos por parte da Secretaria responsável e do gestor do contrato, sob a supervisão da Procuradoria Jurídica do Município.

Advirto desde logo aos denunciados que o descumprimento da ordem cautelar exarada por esta Corte pode ensejar a aplicação de sanções e multas administrativas previstas na Lei Complementar Estadual nº 113/05 (Lei Orgânica TCE-PR), inclusive a fixação de multa diária aos gestores pelo descumprimento do *decisum*.

4. Em razão de todo o exposto, decido:

4.1 Rever o Despacho nº 1607/23-GCILB, reconsiderando o pleito de tutela de urgência formulado, para determinar cautelarmente ao Município de Paranaguá, por seu responsável legal, que imediatamente adote as providências necessárias para análise e conclusão definitiva dos protocolados administrativos nº 14.436/2022, 24.402/2022, 24.403/2022, 24.404/2022 e 38.547/2022, com cálculos por parte da Secretaria responsável e do gestor do contrato, sob a supervisão da Procuradoria Jurídica do Município;

4.2 Remeter os autos à Diretoria de Protocolo, para que intime, com a máxima urgência, pelas vias mais céleres disponíveis, o Município de Paranaguá, na pessoa de seu representante legal, para ciência e cumprimento imediato das determinações contidas no item “4.1”, nos termos da fundamentação.

4.3 Após atendimento do disposto no item “4”, retornem os autos antes da próxima sessão do Tribunal Pleno, haja vista a necessidade de submeter à

3 Art. 32. Como Relator, compete ao Conselheiro:

[...]

XII - exercer o juízo de admissibilidade, presidir a instrução, relatar e adotar as medidas necessárias, inclusive de natureza cautelar, nos processos de denúncia e representação, bem como na hipótese do art. 113, § 1º, da [Lei nº 8.666/1993](#), e nas comunicações originárias da Ouvidoria; (Incluído pela Resolução nº 58/2016)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

apreciação do colegiado a decisão cautelar proferida, conforme artigos 32, inciso XIII¹⁷ e 282, §1º, do Regimento Interno.

5. Ultimadas as providências acima determinadas e decorridos os prazos de contraditório, encaminhem-se os autos à Coordenadoria de Gestão Municipal e ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Publique-se.

II. VOTO DO CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES (divergente)

1. Divirjo do voto do Ilustre Relator, por entender que a medida cautelar não deve ser aprovada por este Tribunal Pleno, em virtude de se tratar de matéria de interesse eminentemente privado, combinado com o fato de não estar devidamente caracterizada a necessária probabilidade do direito da empresa representante.

Conforme se extrai do voto condutor, a Representante celebrou, em 07/12/2021, contrato com o Município de Paranaguá nº 172/2021, destinado à execução de serviços de limpeza pública, tendo sido protocolado diversos pedidos de equilíbrio econômico-financeiro e reajuste, que não foram apreciados.

Preliminarmente, entendo, respeitosamente, que se está diante de uma situação de interesse privado, em relação a qual os Tribunais de Contas não têm competência para seu julgamento, conforme entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União:

Considerando a jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de que não compete ao TCU solucionar controvérsias instaladas no âmbito de contratos administrativos firmados entre seus jurisdicionados e terceiros ou prolatar provimentos em substituição às tutelas jurisdicionais reclamadas por particulares para a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

considerando que a AudContratações concluiu pela ausência do pressuposto do interesse público, nos termos do § 1º do art. 103 da Resolução-TCU 259/2014, e propôs o não conhecimento desta representação (peça 8);

os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 1ª Câmara, ACORDAM, por unanimidade, de acordo com os pareceres emitidos nos autos e com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993; nos arts. 143, inciso V, alínea "a", 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU; e nos arts. 103, § 1º, e 105 da Resolução TCU 259/2014, em:

a) não conhecer da documentação encaminhada como representação, por não preencher os requisitos de admissibilidade pertinentes (Acórdão 6776/2023-TCU-Primeira Câmara, grifou-se).

A título de exemplo, citem-se, ainda:

Considerando a jurisprudência pacífica no sentido de que não compete ao TCU solucionar controvérsias instaladas no âmbito de contratos administrativos firmados entre seus jurisdicionados e terceiros ou, ainda, prolatar provimentos em substituição ao que poderia ser obtido perante o Poder Judiciário; e

Considerando que não está caracterizado o pressuposto do interesse público, exigido na parte final do § 1º do art. 103 da Resolução-TCU 259/2014;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, por unanimidade, com fundamento no art. 143, inciso III, do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Regimento Interno, em não conhecer do expediente encaminhado como representação, porquanto ausentes os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno e no art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014; em dar ciência desta deliberação, juntamente da instrução da unidade técnica, à empresa JL Comércio e Serviços; e em arquivar os presentes autos, de acordo com os pareceres anteriores ([Acórdão 391/2022-TCU-Plenário](#), grifou-se)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DA EMPRESA REPRESENTANTE COM A PERDA DO CONTRATO E COM A APLICAÇÃO DE SANÇÃO CONTRATUAL PELA PETROBRAS. COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA APRECIÇÃO DE INTERESSES DE PARTICULARES PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.. CONHECIMENTO PARCIAL. NÃO **AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PARA APRECIÇÃO DE CONTROVÉRSIAS, INSTALADAS NO ÂMBITO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, QUE NÃO AFETEM O PATRIMÔNIO PÚBLICO OU O INTERESSE PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO** PROVIMENTO. ENCAMINHAMENTO DE CÓPIA DO ACÓRDÃO À PETROBRÁS E À EMPRESA REPRESENTANTE.

(...)

5. Ademais, observo que a jurisprudência desta Corte é antiga e firme no sentido de que não se inserem nas suas competências quaisquer controvérsias, entre os entes da administração federal e contratados privados, acerca do cumprimento de cláusulas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

contratuais, para salvaguarda dos interesses e direitos das partes contratadas, salvo quando tais questões afetarem o patrimônio público ou o interesse da Administração (interesse público em sentido estrito).

(...)

8. Encontrando-se ausentes os pressupostos para adoção de medida cautelar interruptiva da nova contratação, e uma vez que as questões trazidas pela empresa representante ou não se encontram inseridas nas competências desta Corte ou não representam qualquer ilegalidade praticada pela Petrobras ou qualquer dano ao erário, concordo com as conclusões e propostas apresentadas pela Sefti, no sentido de que a presente representação seja parcialmente conhecida e, no mérito, seja considerada improcedente (§§ 21 a 23 da instrução). ([Acórdão 4079/2020 - Plenário](#), grifou-se).

Ainda nessa linha, os [Acórdãos 2552/2020 - Plenário](#) e [Acórdão 737/2020 - Plenário](#).

Esse também tem sido o entendimento predominante deste Tribunal de Contas, conforme decisões consubstanciadas, exemplificativamente, nos seguintes acórdãos:

“(...) Conforme já registrei em ocasiões semelhantes, os novos tempos testemunham o aumento exponencial do número de processos submetidos à jurisdição desta Corte, o que, aliado à complexidade das questões jurídicas que lhes servem de substrato, dificulta, por demasia, o hígido exercício do controle externo. E, no exercício de suas atribuições, este Tribunal há que ofertar, sempre, o melhor julgamento, dentro das medidas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

reais de suas forças, e para que isso seja de fato possível nossas manifestações só podem ser tomadas quando houver interesse público relevante, o que não ocorre no caso dos autos, eis que está a se falar apenas de interesse eminentemente privado. Assim, **mostra-se mais razoável a extinção da presente sem resolução do mérito, dada a ausência de interesse público relevante**, e isso não é esmaecer o exercício do controle externo, sensível atribuição constitucionalmente outorgada a esta Corte, pelo contrário, é robustecê-lo, fortalecê-lo, concentrando a sua atividade fiscalizatória naqueles assuntos significativamente relevantes e que redundam em consequências, de igual forma, expressivas. **Ademais, não cabe a este Tribunal de Contas analisar questões envolvendo interesses meramente privados**, de índole subjetiva, cabendo ao Poder Judiciário apreciar tais questões. Dito de outro modo, dentre as competências constitucional insculpidas no § 1º do artigo 18 e nos incisos do artigo 75 da Constituição Estadual não se encontra a resolução de conflitos, notadamente em favor de empresas privadas. Para isso, tem-se o Poder Judiciário dada a injunção do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal). Não se quer com isso apregoar a impossibilidade de uma empresa privada levar ao conhecimento desta Corte ilegalidades havidas em atos, contratos ou procedimentos licitatórios, no entanto, em qualquer dessas oportunidades, há que, necessariamente, restar presente a defesa de princípios constitucionais que alentam a preponderância do interesse público. Não há aqui outro interesse, que não o da própria representante, de forçar a satisfação do seu



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

crédito (...). (Acórdão nº 1608/21 – Tribunal Pleno, Relator Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, julgado por unanimidade, Plenário Virtual de 8 de julho de 2021 – grifou-se)

“Inicialmente, cumpre expor que a presente Representação poderia até não ter sido conhecida no tocante ao inadimplemento de parcelas contratuais devidas a empresa privada, por se tratar de direito exclusivamente individual, voltado à satisfação de interesse particular, questão que, diversamente das atribuições conferidas ao Poder Judiciário, não compete ao Tribunal de Contas, cuja atuação se restringe a assuntos de interesse público relevante.

A jurisprudência deste Tribunal é farta nesse sentido, como se verifica, a título de exemplo, pelos processos de nº 111827/19, 663261/17 e 414129/19.

(...)

Destaque-se que o posicionamento dominante no Tribunal de Contas da União também é no sentido do não conhecimento de denúncias ou representações que visem à proteção de interesses eminentemente privados, por fugirem à competência constitucionalmente atribuída aos Tribunais de Contas (...). (Acórdão nº 2184/19 – Tribunal Pleno, de minha relatoria, julgado por maioria, Sala das Sessões, 07 de agosto de 2019 – grifou-se).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Importante acrescentar que o poder cautelar conferido aos Tribunais de Contas, na expressa definição dada pelo Supremo Tribunal Federal, deve limitar-se à prevenção do dano ao erário e à garantia da efetividade de suas decisões, conforme fixado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510/DF (Relatora Ministra Ellen Gracie), entendimento esse que tem sido reafirmado pelo mesmo Tribunal em reiteradas decisões que envolvem, em maior ou menor medida, a discussão cautelar e meritória da abrangência do poder geral de cautela do TCU, a saber: MS 23.983, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30.08.2004; MS 26.263 MC/DF, proferida pela Ministra Ellen Gracie no exercício da Presidência do STF (RISTF, art. 13, VIII), DJ 02.02.2007; MS 25481 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25.10.2011.

A respeito dessa matéria, vale transcrever o seguinte extrato do Acórdão 2184/19, deste Tribunal Pleno, anteriormente citado:

Se a competência constitucional de controle externo conferida aos Tribunais de Contas está direcionada à tutela do interesse público, e não à proteção de interesses particulares ou privados, não cabe ao particular pleitear medidas satisfativas de pagamento com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei de Licitações⁴, sob pena de comprometimento do exercício das competências fiscalizatórias dos Tribunais de Contas.

Importante acrescentar que o caráter genérico desse dispositivo deve ser interpretado em absoluta consonância com a competência constitucional dos Tribunais de Contas, definidas no art. 71, que afastam, conforme sobejamente demonstrado, sua atuação na tutela de interesses e direitos subjetivos eminentemente privados.

⁴ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Este, inclusive, é o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União, conforme se depreende do Acórdão nº 8071/2010 - TCU - Primeira Câmara, proferido pelo ministro-substituto Weder de Oliveira:

A possibilidade de representação a este Tribunal prevista no art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993 é ampla e, em princípio, pode envolver todo e qualquer ato administrativo regido pela lei de licitações, inclusive atos de desclassificação de propostas.

(...)

Entretanto, não se pode olvidar que o processo licitatório e a faculdade de representar não visam à tutela de interesses individuais, de forma a propiciar a revisão desses atos por esta Corte quando não ficar evidenciada a preponderância do interesse público.

(...)

Incumbir o TCU da análise dos atos administrativos praticados num processo licitatório, nos quais não se sobressaia o interesse público tem, na prática, o efeito de transformá-lo em nova instância recursal dos certames instaurados nos diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, o que não encontra respaldo no direito pátrio.

Disso resulta que a concessão de medidas cautelares de natureza satisfativa no interesse individual de particulares (como, no caso, de ordem cautelar de pagamento de valores atrasados a empresa privada) não está inserida nas providências cautelares indispensáveis à garantia da preservação do interesse público e da efetividade de deliberações tomadas em processos de fiscalização conduzidos pela Corte de Contas, inclusive nas Representações com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei Geral de Licitações.

Ainda a propósito do referido caráter satisfativo da medida, vale ressaltar a agravante do risco de sua irreversibilidade, ou de ocorrência do denominado dano reverso, nas situações de transferência de recursos públicos à entidade privada, mediante pagamento, diante



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

da possibilidade de verificação, em exame de mérito mais aprofundado da matéria, de condições que poderiam justificar o não pagamento ou, no mínimo, o seu retardamento, diante de eventual inadimplemento ou deficiência de prestação pela empresa credora em face de previsão contratual, situação essa que será objeto do tópico seguinte, referente à probabilidade do direito de que trata o art. 300 do CPC (grifou-se).

Ainda da fundamentação dessa mesma decisão constaram argumentos relativos ao risco da indevida substituição da Administração e do prejuízo à atuação dos Tribunais de Contas em sua competência precípua:

A propósito do caso concreto, ressalte-se que os Tribunais de Contas possuem competência para atuar como órgãos de controle externo na fiscalização da legalidade, legitimidade, economicidade das despesas públicas realizadas, não podendo, contudo, em princípio, se imiscuir no processo de sua efetiva realização, sob pena de se substituir à escolha do administrador e prejudicar o planejamento fiscal e orçamentário existente.

Acrescentem-se a propósito, como mera contextualização, os efeitos prejudiciais desse alargamento da competência, em detrimento das atividades próprias e constitucionais desta Corte, com especial ênfase em sua missão precípua de apreciação e julgamento das contas dos administradores e aferição de políticas públicas, definidas previamente nos instrumentos de planejamento e controle de atividades, diante da exponencial demanda por providências solicitadas por particulares que essa nova forma de atuação poderá gerar, em especial, nas atuais circunstâncias de escassez



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

e contenção de recursos públicos para a satisfação de seus créditos.

Importante ressaltar, nesse ponto, a possibilidade de instauração de processos fiscalizatórios específicos nesta Corte para apuração e sancionamento das responsabilidades pessoais e/ou institucionais pelos atrasos em pagamentos, sob a ótica do prejuízo decorrente do inadimplemento, quando presentes elementos capazes de indicar ato de gestão prejudicial ao interesse público.

Trata-se, contudo, via de regra, de processos de prestação ou tomada de contas que demandam, necessariamente, aprofundamento da instrução e envolvem, além dos aspectos de planejamento da gestão, dados orçamentários, fiscais e financeiros específicos, com vistas à efetiva aferição das alternativas do administrador para evitar ou minorar eventual prejuízo no atraso de pagamentos a particulares ou no recolhimento de tributos, incompatível com a natureza própria dos processos de Representação da Lei de Licitações e, menos ainda, com o caráter perfunctório do conhecimento da matéria em medidas cautelares.

Divirjo, ainda, do fundamento indicado pelo Ilustre Relator, relativo ao possível dano ao erário que poderia advir da discussão judicial da matéria, em virtude de eventuais acréscimos que onerariam os cofres públicos.

Entendo, diversamente, que somente em situações limítrofes, de grave e flagrante falha da Administração ao deixar de promover alguma medida em favor de interesse privado, comprovada de forma extreme de dúvida, é que esse risco de dano ao erário, resultante de uma condenação judicial ou de outra forma de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

composição, poderia mitigar o risco do dano reverso resultante da tutela satisfativa concedida de forma antecipada ao particular.

No caso concreto, entretanto, conforme a seguir será tratado, existem razões em favor da entidade pública denunciada que, além de mitigarem, sobremaneira, o risco da incidência dos acréscimos moratórios mencionados, confirmam a possibilidade de dano reverso que o deferimento da cautelar pode implicar.

Nesse ponto, analisando a matéria sob o prisma da probabilidade do direito, para efeito de concessão de eventual medida liminar, vale mencionar que, no próprio voto condutor, em que pese seus bem lançados fundamentos, há a indicação de que *“A “comprovação de requisitos” a que me referi na negativa da medida só poderá ser alcançada inequivocamente após a regular instrução processual, cuja análise se dará em caráter exauriente”*.

Acrescenta o Ilustre Relator, baseado em ensinamentos doutrinários, que *“para a concessão de medidas cautelares não é necessário que todos os pontos da Representação se mostrem indubitavelmente e imediatamente plausíveis, desde que, de modo perfunctório, as questões suscitadas pela parte interessada estejam aptas a demonstrar a relevância do direito e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”*.

Entendo, respeitosamente, que esse posicionamento não seria aplicável à hipótese de concessão de medidas cautelares contra o Poder Público, notadamente, quando revestida de caráter satisfativo, como é a ordem liminar ora em análise, para a adoção de *“providências necessárias para análise e conclusão definitiva dos protocolados administrativos nº 14.436/2022, 24.402/2022, 24.403/2022, 24.404/2022 e 38.547/2022, com cálculos por parte da Secretaria responsável e do gestor do contrato, sob a supervisão da Procuradoria Jurídica do Município”*.

Embora se admita que, em tese, possa assistir razão à parte representante quanto ao seu eventual direito ao reajuste contratual, a matéria exige um aprofundamento probatório, conforme, aliás, havia sido sinalizado no Despacho 1607/23, juntado na peça 52.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Nesse ponto, merece especial relevo a argumentação da defesa quanto a eventual preclusão do direito de pleitear reajuste ou reequilíbrio econômico-financeiro.

Observe-se, inicialmente, o texto expresso do parágrafo único do art. 131 da Nova Lei de Licitações que limita a possibilidade do pedido até a prorrogação do contrato:

Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.

Parágrafo único. **O pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação nos termos do art. 107 desta Lei.**

Por outro lado, desde os precedentes fixados pelos Acórdãos nº 1827/2008 – Plenário e nº 1828/2008 – Plenário, o TCU tem adotado entendimento de que *“há preclusão lógica quando se pretende praticar ato incompatível com outro anteriormente praticado”*.

Ou seja, *“(...) se entendeu que a celebração de aditivo contratual de prorrogação sem que antes o contratado tivesse pleiteado a repactuação, encontrar-se-ia presente a denominada preclusão lógica, de modo que o contratado silente perde o direito à repactuação e deve permanecer executando o contrato em seus valores originais”* (TCU, Acórdão 1.828/2008 - Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, julgado em 27/08/2008).

Em complementação, apenas com o intuito de se realçar a complexidade da matéria, vale destacar que, recentemente, o TCU promoveu um levantamento de auditoria acerca de normatizações de reequilíbrio econômico-financeiro (REF) adotadas em diversos órgãos da Administração Pública, tendo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

exarado a orientação de que as consequências financeiras dos pedidos de reequilíbrio possuem, via de regra, efeitos ex nunc (para o futuro), ou seja, somente após a apresentação do pedido pelo particular, e incidindo somente sobre os serviços ainda não medidos e pagos, à exceção dos casos em que o pedido tenha sido contemporâneo ao evento (fato gerador).

Nesse sentido o Acórdão nº 2135/2023 – Plenário:

Trata-se de levantamento de auditoria destinado a examinar algumas iniciativas de normatização de reequilíbrio econômico-financeiro (REF), bem como as ações adotadas em diversos órgãos da Administração Pública quanto às demandas contratuais de obras públicas, em especial aquelas relacionadas aos impactos da covid-19.

(...)

A unidade técnica, com base no exame dos documentos listados acima, concluiu que não existiria um normativo único e abrangente que abordasse todos os pontos para solicitações de REF. Outrossim, a equipe de auditoria empreendeu um elevado esforço para tabular de que forma cada norma/documento da tabela anterior trata os aspectos mais notáveis da metodologia de análise de um pleito de REF. Tais pontos estão descritos nos itens a seguir, in verbis:

(...)

g) definição do marco temporal:

buscou-se verificar se os REFs são admitidos apenas da data do pedido ou se há a possibilidade de retroação ao fato gerador. Percebeu-se que alguns funcionam de forma indenizatória, após a execução/medição; outros de forma prospectiva, mas também retroativa ao fato gerador; e poucos apenas do pedido para frente.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(...)

Assim, em um juízo sumário da matéria, considero que o efeito financeiro do pleito de reequilíbrio possui efeito ex nunc do seu fato gerador, caso o pedido de reequilíbrio seja apresentado de forma contemporânea ao evento que impactou na equação econômico-financeira do ajuste. Caso contrário, a incidência do REF, caso sua concessão seja julgada procedente pela administração deve ocorrer somente após a apresentação do pedido pelo particular, incidindo somente sobre os serviços ainda não medidos e pagos.

Cabe enfatizar que não se está negando categoricamente que o cálculo do reequilíbrio não possa de alguma forma retroagir sobre os serviços já executados e liquidados, pois é possível que a tramitação do pleito demore certo tempo até que o aditivo correspondente seja processado e formalizado, o que ensejará o pagamento retroativo dos efeitos do REF sobre os serviços executados após a apresentação do pleito.

No entanto, em um cenário diverso, o procedimento de cálculo do reequilíbrio deve ocorrer sobre o saldo dos serviços não executados no momento do fato gerador (saldo residual do contrato), de forma análoga ao cálculo de um típico reajuste ordinário do ajuste. Explicando melhor o raciocínio externado, se após a ocorrência do fato gerador do desequilíbrio a empresa presta o serviço para o qual foi contratada, solicita a medição dos serviços e recebe o pagamento acordado sem nenhuma ressalva, há preclusão no direito de pleitear o desequilíbrio de parcela já executada e liquidada do contrato, a não ser que o próprio instrumento contratual



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

ou normativo específico fixe um prazo para que a empresa exerça tal direito. (grifou-se, Acórdão nº 2135/2023 – Plenário, Rel. Ministro Benjamim Zymler, julgado em 18/10/2023)

Ainda que, por óbvio, tais precedentes não esgotem a matéria, para efeito de se decidir sobre o mérito do direito da representante, confirmam a necessidade de aprofundamento da instrução, com vistas ao cotejo, não apenas da data de cada um dos pedidos protocolados e dos aditivos celebrados, mas, também, do contexto econômico em que se fundamentaram, situação essa que envolve, invariavelmente, grande complexidade.

2. Em face do exposto VOTO pela **rejeição** da medida liminar.

VISTOS, relatados e discutidos,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVAN LELIS BONILHA, por voto de desempate do presidente, em:

Homologar o Despacho nº 1740/23 (peça 58) do gabinete do Conselheiro Ivan Lelis Bonilha.

Votaram, acompanhando o Relator, Conselheiro IVAN LELIS BONILHA, os Conselheiros FABIO DE SOUZA CAMARGO e MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA.

Votaram, acompanhando a divergência do Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, pela rejeição da medida liminar, os Conselheiros JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e AUGUSTINHO ZUCCHI.

O senhor Presidente, Conselheiro FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES desempatou o julgamento acompanhando o voto do Relator.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 29 de fevereiro de 2024 – Sessão Ordinária Virtual nº 3.

IVAN LELIS BONILHA
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente