

DECISÃO**Processo nº 2019/298090**

Interessado: BEST TRANSPORTES E CONSTRUÇÕES LTDA

A Auditoria Geral do Estado, no uso de suas atribuições legais, instada a se manifestar acerca de pedido de redesignação de audiência inicialmente marcada para o dia 29/08/2019, às 15h, na sede desta AGE, passa a decidir.

Em 22 de julho de 2019 foi expedida a Notificação 151/2019 AGE/GEJUR direcionada à empresa BEST TRANSPORTES E CONSTRUÇÕES LTDA (CNPJ nº 83.332.908/0001-20), por meio de AR JT 865501422 BR, recebido na empresa no dia 30/07/2019 pelo Sr. Lucas Gustavo B. do Carmo, portador do RG nº 6731252, conforme comprovante acostado às fls. 1313 dos autos.

Como visto, a empresa teve um prazo considerado de 30 (trinta) dias para proceder com as buscas dos documentos pertinentes ao caso e se inteirar de todo o ocorrido referente aos fatos inerentes ao contrato 73/2015, subrogado junto à empresa CONSTRUTORA LORENZONI LTDA.

Ocorre que, somente no dia 28/08/2019, às vésperas da audiência marcada na sede desta AGE, a empresa BEST TRANSPORTES E CONSTRUÇÕES LTDA (CNPJ nº 83.332.908/0001-20), protocola simples petição de 01 (uma) lauda, informando que o prazo desde a sua notificação até a data da audiência é insuficiente, pois "a empresa encontrou dificuldades para localização de documentos referentes ao aludido contrato, tendo o prazo determinado para a realização da audiência se tornado insuficiente para que a empresa pudesse se inteirar do ocorrido e prestar os devidos esclarecimentos".

Extraí-se daí, um verdadeiro descaso para com a busca pela verdade. Não compromisso em contribuir com a Administração Pública, pois a dita empresa teve prazo para cumprir com o requerido na dita Notificação. É com clareza solar que a empresa vem apenas querer postergar de forma imotivada a data da audiência, razão pela qual, faz-se necessária a tomada de medida acautelatória de modo a coibir referida procrastinação e impelir a empresa a cumprir com as diligências instadas.

Assim sendo, indefere-se o pedido.

É cediço que, para fazer valer as competências descritas na Constituição Federal, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta podem emitir providimentos cautelares, a fim de evitar prejuízo ao interesse público e risco ao erário.

As chamadas medidas acautelatórias no sentido de suspender a participação de empresas em processos licitatórios, inclusive estendendo tal suspensão aos demais órgãos integrantes da Administração, contam com o reconhecimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial, interposto por pessoa jurídica de direito privado em face de acórdão em apelação em mandado de segurança do TJRJ, favorável ao Município do Rio de Janeiro:

ADMINISTRATIVO.MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE. LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da suspensão de participação de licitação não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.- Recurso especial não conhecido. (REsp 151.567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 208) (Destacou-se)

Como pode notar o entendimento do STJ é bastante claro quanto a possibilidade da Administração Pública Direta e Indireta suspender temporariamente a empresa licitante de participar de futuros processos licitatórios. Nesse sentido, dispõe a Lei 9.784/99 no art. 45, caput, que em iminente risco a administração pública poderá adotar providências acautelatórias sem prévia manifestação do interessado, vejamos:

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Assim, é possível a relativização – ou postergação – do direito de manifestação prévia com a finalidade de se evitar o perecimento de direito que se encontra sob risco iminente. Segundo Egon Bockmann Moreira:

"Não há supressão do contraditório, mas inversão temporal na incidência do princípio". (MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/1999. São Paulo: Malheiros, 2003. p.295)

Outrossim, neste sentido, nos ensina Celso Antônio Bandeira de Melo:

"É legítima a adoção de medidas cautelares sem contraditório prévio, até mesmo em razão de sua natureza não sancionatória" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010.)

Com efeito, o poder geral de cautela trata do "poder-dever" do julgador para estabelecer provimento jurisdicional, de forma rápida e sumária, em razão da necessidade assecuratória de direito ameaçado e que corra perigo de danos irreversíveis, observando sempre os critérios da conveniência e oportunidade.

Nesta esteira, para concessão da tutela cautelar, é claro que se torna necessária a satisfação de requisitos. Somente após verificada a existência dos mesmos é que se admitirá a concessão da medida, requisitos estes que foram regularmente observados par prolação da decisão cautelar.

O primeiro deles é a possibilidade de ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação, em decorrência do "periculum in mora". Ou seja, o risco concreto e possível de o processo principal se tornar ineficaz devido a sua demora. Bastando, apenas que no contexto do processo a possibilidade de ocorrência do dano se apresente.

Neste contexto, vislumbra-se o prejuízo irreparável à Administração Pública e por óbvio à coletividade, quando a representada em sua defesa não esclarece e nem apresenta lastro probatório acerca dos indícios graves identificados no relatório técnico elaborado por este Órgão denotando a indubitável inexecução contratual.

Ainda nesse sentido, o segundo requisito da tutela cautelar é o chamado "fumus boni iuris" o qual se constitui na plausibilidade do direito material invocado pela parte, nessa situação, a fumaça do bom direito está nos fortes indícios de inexecução ou má execução dos contratos administrativos de pavimentação asfáltica.

Convém ressaltar, que o auditor está equipado ao juiz, tendo em vista que o poder geral de cautela exsurge da ideia de que a tutela cautelar não fica restrita às medidas típicas previstas em lei, sendo facultado ao julgador conceder outras medidas atípicas. Não é por outra razão que o Poder Judiciário tem entendido que é possível ampliar o rol de medidas cautelares, como demonstrou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.510- DF, ampliando a competência da esfera administrativa.

É cediço que, via de regra, o julgador não tem iniciativa na ação que versa sobre tutela provisória, devendo esta ser demandada pela parte interessada. Entretanto, uma vez requerida a tutela preventiva, o magistrado deverá apreciá-la e adotar a medida postulada pelo litigante, ou outra que se adequa à necessidade do caso concreto, afim de evitar lesão ou ameaça a direito.

Não obstante, não acarretará nenhum vício se respeitados os requisitos essenciais para a concessão da tutela. Dessa maneira, presentes os requisitos necessários para o deferimento do provimento jurisdicional, o julgador poderá concedê-la, ainda que diversa da postulada pelo litigante, afim de viabilizar a melhor efetivação da tutela jurisdicional, aplicando-se os mesmos termos para este caso concreto. Nesse sentido também entende a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA - POSSIBILIDADE - REQUISITOS PRESENTES - MANUTENÇÃO. - Pode o Juiz, com fulcro no poder geral de cautela, deferir medida liminar para viabilizar a preservação da utilidade e eficácia da tutela jurisdicional. - Presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, deve ser mantida a liminar concedida. (TJ-MG - AI: 10024132458688001 MG, Relator: Pedro Bernardes, Data de Julgamento: 22/04/2014, Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/04/2014)

Neste viés ensina Humberto Theodoro Júnior:

"Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal."(- Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.)

Ademais o próprio Código de Processo Civil é cristalino ao consagrar a essencialidade da expedição de medida cautelar quando houver fundado receio de prejuízos maiores com a possibilidade de contratar com o Estado: Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Nesta esteira, cristaliza nossa jurisprudência pátria:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. SIMULAÇÃO EM REGISTRO DE IMÓVEL. LESÃO À LEGÍTIMA. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO E DILAÇÃO PROBATÓRIA. CAUTELAR. ASSEGURAR O RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO E O DIREITO DOS HERDEIROS INCAPAZES ATÉ SOLUÇÃO FINAL DA LIDE. RECURSO PROVIDO. 1. Enquanto a concessão da tutela de urgência, por configurar exceção à regra da cognição exauriente e ao contraditório, condiciona-se à existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, na forma prescrita no artigo 300 do CPC, na tutela de natureza cautelar verifica-se a plausibilidade do direito e a necessidade de assegurar o resultado útil do processo acaso se obtenha a tutela jurisdicional ao final. 2. Na hipótese dos autos, a alegada simulação no registro do imóvel, bem como sua real titularidade demandam instauração sob o crivo do contraditório e ampla defesa. Assim, cumpre considerar que eventual alienação do referido bem antes de resolvida a lide judicial, poderá causar prejuízos irreparáveis aos agravantes, com a consequente dilapidação do patrimônio de titularidade dos recorrentes, incapazes, emergindo assim o interesse na tutela processual a questão de ordem pública. 3. A exigência de depósito judicial do valor de possível venda do imóvel até solução judicial do feito na origem, com garantia de levantamento imediato da quantia incontroversa de direito da Agravada constitui medida cautelar adequada e ponderada que garante o resultado útil do processo e não guarda contornos de irreversibilidade. 4. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (TJDF - PROC: 07054115020198070000, Relator: CARLOS RODRIGUES, SEXTA TURMA CÍVEL, Data de Publicação: 19/07/2019)

Além da Lei 12.846/2013, art. 5º, IV "d", que trata especificamente da fraude nos contratos licitatórios, que vislumbramos nos autos, o que reforça a manutenção da cautelar em tela, vejamos:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra