



Decisão Monocrática 00019/2021-9

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 05842/2020-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: DER-ES - Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: Membros do Ministério Público de Contas (LUIS HENRIQUE ANASTACIO DA SILVA)

Responsável: LUIZ CESAR MARETTA COURA

**CONTROLE EXTERNO – REPRESENTAÇÃO –
DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO
DO ESPÍRITO SANTO (DER/ES) – REPRESENTAÇÃO –
CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 02/2019 – ORÇAMENTO
DEFICIENTE – MEDIDA CAUTELAR – DEFERIMENTO –
SUSPENSÃO**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Representação proposta pelo Ministério Público Especial de Contas, alegando supostas irregularidades na Concorrência Pública nº 02/2019, do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, cujo



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

objeto é a “contratação de empresa para prestação de serviços especializados de engenharia consultiva para supervisão e apoio técnico as atividades de fiscalização técnica, ambiental e de regularidade trabalhista, fiscal e previdenciária das obras rodoviárias a serem executadas nas áreas sob jurisdição das Superintendências Executivas Regionais I, II, III (Norte e Sul) e Superintendência Executiva de Empreendimentos Urbanos, subdivididos em 5 lotes”.

Aponta o *Parquet* de Contas que o certame em questão configuraria terceirização/exercício de poder de polícia, que deveria estar sempre afeta àqueles servidores públicos efetivos que teriam uma relação mais estabilizada com a Administração Pública, através de vínculo estatutário e não meramente contratual, com garantias de segurança e independência para o exercício das elevadas missões, que exigiriam desempenho técnico isento, imparcial e obediente às diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público.

Também apontou o representante a presença de orçamento deficiente, sendo que os descontos obtidos no certame, em média de 40% por cento, indicariam a presença de erro grosseiro na estimativa do orçamento, devendo o orçamento refletir o preço de mercado apontado nas propostas.

Ao final, formulou os seguintes requerimentos:

3.1 o conhecimento, recebimento e processamento desta Representação, na forma do art. 99, § 1º, inciso VI, da LC n. 621/2012 c/c artigos 181, 182, inciso VI, e 264, inciso IV, do

RITCEES;

*3.2 LIMINARMENTE, com espeque nos arts. 1º, incisos XV e XVII, 108 e 125, incisos II e III, da LC n. 621/12, a concessão de medida cautelar inaudita altera parte, determinando ao DIRETOR-PRESIDENTE DO DER-ES que promova a imediata **SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 002/2019**, incluindo a abstenção de homologá-la até decisão final de mérito ou de assinar contratos, bem assim de efetuar os respectivos empenhos ou pagamentos,*



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

notificando os responsáveis, nos termos do art. 307, § 4º, do RITCEES para o cumprimento da decisão e adoção das demais providências legais;

3.3 a notificação do DIRETOR-PRESIDENTE DO DER-ES, para que apresente, no prazo de 5 (cinco) dias, a metodologia utilizada para a estimativa de preços do objeto;

3.4 cumpridos os procedimentos legais e regimentais de fiscalização, seja o responsável, nos termos do art. 56, inciso III, da LC nº. 621/2012, citado para, querendo, deduzir alegações de defesa e/ou recolher a importância devida;

3.5 NO MÉRITO, confirmando-se a medida liminar deferida, seja julgada procedente a presente representação para determinar, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso XVI, da LC n. 621/12, ao DIRETOR-PRESIDENTE DO DER-ES que anule os atos administrativos referentes à CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 002/2019, condenando os responsáveis ao pagamento de multa.

Determinei, por meio da Decisão Monocrática 981/2020, a notificação do Senhor Luiz Cesar Maretta Coura (Diretor-Presidente do Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo –DER-ES) para se manifestar acerca da representação.

Após apresentação de razões (Resposta de Comunicação 1022/2020 e documentação de apoio) os autos foram encaminhados à Área Técnica, que procedeu à Manifestação Técnica de Cautelar 00001/2021, por meio da qual se sugere o indeferimento da medida cautelar.

É o relatório.

2. PRELIMINARMENTE

Inicialmente, cumpre registrar que tramita nesta Corte de Contas o Processo TC nº. 5846/2020, que enfrenta os mesmos temas tratados na presente representação. Apesar de os temas serem idênticos, a saber, supostamente terceirização indevida e orçamento deficiente, e apesar de ambos os processos tratarem do mesmo



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

jurisdicionado, as licitações são diversas, não atraindo a incidência de qualquer regra que pudesse apontar pelo apensamento, devendo, portanto, prosseguirem de modo separado, como de fato já está ocorrendo.

3. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Quanto à análise pertinente aos requisitos de admissibilidade, acompanho o opinamento técnico expresso na Manifestação Técnica de Cautelar 00001/2021, e o adoto como razões de decidir, conforme transcrevo abaixo, diante da sua presença:

Acerca dos requisitos de admissibilidade da representação, a LC nº 621/2012 em seus artigos 94 estabelecem, verbis:

Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I - ser redigida com clareza;

II - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

Art. 99 §2º Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Trouxe o representante elementos quanto a possíveis irregularidades contidas no Concorrência Pública nº 002/2019, que possui como objeto: “contratação de empresa para prestação de serviços especializados de engenharia consultiva para supervisão e apoio técnico as atividades de fiscalização técnica, ambiental e de regularidade trabalhista, fiscal e previdenciária das obras rodoviárias a serem executadas nas áreas sob jurisdição das Superintendências Executivas Regionais I, II, III (Norte e Sul) e Superintendência Executiva de Empreendimentos Urbanos, subdivididos em 5 lotes”.

Pois bem, da análise do acervo processual, o representante demonstra interesse e legitimidade nos termos do art. 99 da LC nº 621/2012, motivo pelo qual a representação se mostra cabível, devendo ser processada.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



4. DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Cabe-nos nesse momento a análise quanto ao pleito cautelar. Atuando nos autos, a Área Técnica procedeu à Manifestação Técnica de Cautelar 00001/2021, cujo enfrentamento do tema transcrevemos abaixo:

*Entende-se que **não** restaram configurados os requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.*

A tutela de urgência, prevista no Livro V, da Parte Geral do Código de Processo Civil, mais precisamente no artigo 300, desse diploma, é uma das duas espécies de tutela provisória, previstas no artigo 294 da norma processual.

*Conforme leciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 460), o Código de Processo Civil exige elementos de convicção que evidenciem a probabilidade do direito, não sendo necessária a prova da realidade do direito postulado. Trata-se do conhecido *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). Desse modo ainda que não esteja plenamente provada a existência de um direito, se houver a simples probabilidade de tal existência, a tutela deverá ser concedida.*

Para Didier (2015, p. 596), essa probabilidade traduz-se na verossimilhança fática, através da qual, se constata que há um grau considerável de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. Ou seja, apesar de não ser necessária a prova integral da realidade do direito postulado, é preciso que se visualize, na narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.

*No caso em tela, entende-se que **não** restou caracterizado o *fumus boni iuris*.*

Fiscalização é a atividade que deve ser realizada de modo sistemático pelo contratante e seus prepostos, com a finalidade de verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas em todos os seus aspectos.

O contratante (DER), conforme descrito na defesa, bem como descrito no objeto da contratação, utilizará o serviço contratado como APOIO à fiscalização, e não em





**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

substituição, conforme faz crer o representante.

Dessa forma, manterá, desde o início dos serviços até o recebimento definitivo, profissional ou equipe de fiscalização constituída de profissionais habilitados, os quais deverão ter experiência técnica necessária ao acompanhamento e controle dos serviços relacionados com o tipo de obra que está sendo executada. Os fiscais poderão ser servidores do órgão da Administração ou pessoas contratadas para esse fim.

Esse modelo adotado pelo Representado está de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

*Recentemente, no **Informativo de Licitações e Contratos n. 373**, o Tribunal de Contas da União reconheceu (Acórdão nº 5562/2019 – 1ª Câmara) que a contratação de empresa para **auxiliar na fiscalização e/ou supervisão de obra pública não afasta a responsabilidade dos fiscais designados pela Administração Pública.***

Na forma do art. 67 da Lei nº 8.666/93, “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.” (Destacamos.)

Tal como já reconheceu o TCU em outra oportunidade:

*“O art. 67 da Lei 8.666/1993 exige a designação, pela Administração, de representante para acompanhar e fiscalizar a execução, facultando-se a contratação de empresa supervisora para **assisti-lo**. Assim, parece-me claro que o contrato de supervisão tem natureza eminentemente assistencial ou subsidiária, no sentido de que a responsabilidade última pela fiscalização da execução não se altera com sua presença, permanecendo com a Administração Pública. **Apesar disso, em certos casos, esta Corte tem exigido a contratação de supervisora quando a fiscalização reconhecidamente não dispuser de condições para, com seus próprios meios, desincumbir-se adequadamente de suas tarefas, seja pelo porte ou complexidade do empreendimento, seja pelo quadro de carência de recursos humanos e materiais que, não raro, prevalece no setor público.**”*

(TCU, Acórdão nº 1.930/2006, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU de 18.10.2006. Destacamos.)



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

Além disso, entende-se, pela análise dos autos, que o quesito do §3º do art. 300 do Código de Processo Civil está presente, o que impede a concessão da medida cautelar. Essa norma estabelece que tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, o que é exatamente o que ocorre no caso. O DER possui obras em diversos municípios do Estado do Espírito Santo e, sem o apoio para a fiscalização de suas obras, haveria um grande impacto no controle dos seus contratos.

*Dessa forma, entende-se que **não** restou configurado o fumus boni iuris.*

No que tange à formação do orçamento, entende-se que, em sede de análise perfunctória e cautelar, o representando apresentou elementos de convicção suficientes para também não se reconhecer o fumus boni iuris, pois submeteu a cotação de preços dentro dos parâmetros do Termo de Preços de Consultoria do DNIT, bem como da Res. TCEES n. 329/2019.

*Por todo o exposto, entende-se que **não** restou configurado os elementos autorizadores para a concessão da medida cautelar pleiteada. **Destaca-se que a presente manifestação técnica se limitou a analisar as irregularidades descritas na inicial.***

Pois bem. Relembrando acerca do tema cautelar, cabe mencionarmos que a Lei Complementar Estadual 621/2012, em seu artigo 124, assim estabelece:

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

O artigo 376 do Regimento Interno deste Tribunal (RITCEES), aprovado pela Resolução TC 261/13, assim dispõe acerca das medidas cautelares:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

I - fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Nesses incisos encontram-se conjugados os dois tradicionais requisitos para a concessão de medidas dessa natureza, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito, pode ser definido como juízo de probabilidade da existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart¹:

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da conseqüente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.

A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Volume 4: Processo Cautelar. 2ed. São Paulo: RT, 2010, p. 29



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

Já o *periculum in mora* se apresenta como segundo requisito para a expedição de um provimento de natureza cautelar, e denota a presença de risco para o interesse público. Alexandre Freitas Câmara assim se manifesta sobre o tema²:

Como dito anteriormente, o fumus boni iuris não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de periculum in mora (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar e modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que está diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta situação de perigo iminente que recebe o nome de periculum in mora, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz. (...)

Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o requisito do periculum in mora, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar.

Voltando aos fatos, em pesquisa no site oficial do DER/ES, no campo de licitações, verifica-se que na data de 05 de janeiro de 2021, houve a homologação dos cinco lotes do certame, nos seguintes valores:

- Lote 1: R\$ 19.316.584,48
- Lote 2: R\$ 20.253.027,82
- Lote 3: R\$ 15.565.267,61
- Lote 4: R\$ 15.930.590,08

² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

- Lote 5: R\$ 16.106.812,27

Enquanto isso, consta do edital do certame (item 2), os seguintes valores estimados:

- Lote 1 – Regional I – Valor R\$ 38.420.104,40
- Lote 2 – Regional II – Valor R\$ 40.411.120,01
- Lote 3 – Regional III SUL – Valor R\$ 34.589.306,17
- Lote 4 – Regional III NORTE– Valor R\$ 33.028.630,24
- Lote 5 – Empreendimentos Urbanos – Valor R\$ 32.186.336,37

Assim, comparando os valores orçados com os valores homologado, nota-se que a diferença é em torno de 50% ou mais. Por mais que a autoridade notificada alegue e demonstre que em muitos outros certames houve diferença substancial entre estimativa e valor contratado, entendo que a situação, no mínimo, traz a aparência ou de que é possível que a orçamentação não tenha sido feita com a precisão adequada, ou de que os valores homologados não refletiriam a realidade de mercado. Nesse contexto, dirijo do opinamento exarado pela Área Técnica na Manifestação Técnica de Cautelar 00001/2020, que foi no sentido do indeferimento da medida cautelar.

A suposta inadequação dessa diferença, bem como as críticas quanto ao fato de que os serviços licitados referem-se a atividades que não possam ser terceirizadas poderão e serão melhor apuradas quando da análise do mérito. Por ora, diante dessa substancial discrepância de entre os valores, entendo que é devida a expedição de medida cautelar para obstaculizar a assinatura dos contratos e execução dos serviços. Em suma, essa diferença guarda aparência de desconformidade dos preços com a factibilidade do mercado. Quanto ao perigo da demora, também esse se verifica, tendo em vista que o certame está em fase adiantada, já homologado, podendo, a qualquer momento, surtir efeitos, com a contratação e prestação dos serviços por parte das vencedoras do certame.

A suposta presença do *periculum in mora inverso* deve ser rebatida no momento. Isso porque os serviços de apoio ora licitados poderão ser prestados pelos próprios servidores públicos que compõem os quadros do DER. Além disso, o certame, já vem



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiç, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

se encontra em andamento desde o ano de 2019, sendo natural suspeitarmos que o DER, por nesse tempo todo não contar com tais contratos, possua condições de exercer tais atividades de forma ao menos interina, até que as presentes alegações de irregularidades sejam devidamente esclarecidas.

Deve-se mencionar que em relação ao Processo TC 5846/2020, que traz supostas irregularidades semelhantes às que constam nos presentes autos, o eminente Relator, Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, deferiu a medida cautelar pleiteada para suspender o certame, conforme Decisão Monocrática 01001/2020. Assim, a presente decisão, além de todo o exposto, guarda consonância com decisão recente desta Corte, o que só contribui para o alcance da segurança jurídica, almejada por todos.

5. DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, presentes os requisitos de admissibilidade e os pressupostos cautelares, conforme discorrido nos itens 3 e 4 respectivamente acima, **DECIDO:**

5.1 CONHECER da presente representação, diante do preenchimento dos seus pressupostos de admissibilidade.

5.2 EXPEDIR MEDIDA CAUTELAR no sentido de determinar ao **Senhor Luiz Cesar Maretta Coura** (Diretor-Presidente do Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER-ES) a suspensão imediata da **Concorrência Pública nº 02/2019**, até ulterior decisão deste Tribunal de Contas, bem como a não assinatura dos contratos nem execução dos contratos decorrentes do certame.

5.3 NOTIFICAR a autoridade acima mencionada para que cumpra de imediato essa decisão, publicando extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicando, no prazo de 10 dias, as providências adotadas ao Tribunal, bem como para que se pronuncie, nos termos do artigo 307, §3º, no prazo de 10 dias,



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

apresentando justificativas que entender pertinentes.

5.4 DAR CIÊNCIA ao representante, na forma regimental.

À Secretaria Geral das Sessões para as comunicações devidas, **via eletrônica**, devendo ser encaminhada à autoridade notificada cópia da representação, promovendo-se todos os demais impulsos necessários.

É o que decido.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913