



Acórdão 01258/2021-6 - 2ª Câmara

Processo: 01733/2021-5

Classificação: Agravo

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

Relator: Domingos Augusto Taufner

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

Recorrente: LUIZ CESAR MARETTA COURA

AGRAVO – DER/ES – DEPARTAMENTO DE EDIFICAÇÕES E DE RODOVIAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – EM FACE DA DECISÃO 738/2021 – PROCESSO TC 5846/2020 – DAR PROVIMENTO – ARQUIVAR

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. Acórdão 1.930/2006-P-TCU.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Agravo interposto pelo Sr. Luiz Cesar Maretta – Diretor Presidente do DER – Departamento de Edificações de Rodovias do Estado do Espírito Santo, tendo em vista a Decisão TC 738/2021, proferida pela Segunda Câmara, nos autos do Processo TC 5846/2020, que cuida de Representação, por meio da qual se deferiu medida cautelar determinando a suspensão do contrato administrativo nº. 84/2020, ajustado entre o DER/ES e Consórcio PROSUL – STCP/BNDES, até ulterior decisão deste Tribunal.

A Decisão nº 738/2021 enunciou as seguintes determinações:

- 1.1. DEFERIR MEDIDA CAUTELAR para determinar a SUSPENSÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº. 084/2020, celebrado entre o Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo –DER/ES e Consórcio PROSUL –STCP/BNDES, até ulterior decisão deste Tribunal de Contas, sob pena de incorrer em multa e demais sanções aplicáveis à espécie, inclusive ressarcimento ao erário, em face de atendidos os pressupostos do art. 376, I e II do RITCEES c/c art. 124 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, visto que restaram demonstrados os requisitos autorizadores da medida no caso concreto e na forma do art. 307, da Resolução 261/2013, concedo prazo de 10 (dez) dias para em cumprimento a esta decisão, façam publicar na imprensa oficial seu teor, bem como comunicando as providências adotadas perante este Tribunal de Contas;
- 1.2. NOTIFICAR o Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo por meio do Sr. Luiz Cezar Maretta Coura para sua oitiva, nos termos do artigo 307, §1º do RITCEES;
- 1.3. NOTIFICAR o Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito

Santo por meio do Sr. Luiz Cezar Maretta Coura para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresente a documentação relacionada pelo Ministério Público Especial de Contas, qual seja, “ato de designação de fiscal do contrato, assim como a apresente os documentos relacionados a medições dos serviços contratados e executados, bem como requer que DER requisite cópias da Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP/SEFIP dos funcionários das empresas vinculados aos contratos”;

1.4. DETERMINAR a retificação dos registros a fim de que seja o Sr. Joemar Bruno Francisco Zagoto excluído do rol de responsáveis destes autos.1.5. CIENTIFICAR o Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES;

1.5. CIENTIFICAR o Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES

Em suas razões recursais, o agravante informou que o Ministério Público de Contas sugeriu, quando da interposição da Representação, a ocorrência de indícios de práticas de ato de gestão ilegal, ilegítimo e antieconômico, com relação a suposta terceirização de atividades-fim no âmbito do DER, bem como relatou suposta irregularidade nos percentuais de desconto oferecidos pelos licitante, considerados altos, ocasionado em virtude da Concorrência Pública, que tinha como objetivo final a contratação de fiscalização de obras públicas.

O Conselheiro Relator, por meio da Decisão Monocrática 293/2021, concedeu o efeito suspensivo com relação ao item 1.1 da Decisão 738/2021, deferindo medida cautelar determinando a suspensão do contrato administrativo nº 084/2020.

Posteriormente, adveio o Voto do Relator 2166/2021, mantendo os mesmos termos da decisão acima e, na sequência, foi acostado Voto Vogal 22/2021 do Conselheiro Sergio Manoel Nader Borges divergindo do entendimento apresentado, nos termos que segue:

1. **Conhecer** o presente agravo, com fulcro no artigo 161 da Lei Complementar 621/2012
2. **Indeferir a atribuição de EFEITO SUSPENSIVO quanto ao item 1.1 da Decisão 738/2021** que deferiu medida cautelar para determinar a suspensão do contrato administrativo nº 084/2020, celebrado entre o DER e o Consórcio PROSUL – STCP/BNDES, na forma dos artigos 416 do Regimento Interno deste Tribunal c/c 170, §1º da Lei Complementar nº 621/2012;
3. Dar **ciência** ao interessado do teor da Decisão;

Ato contínuo, a divergência foi submetida à Segunda Câmara, que prolatou a Decisão 1249/2021, ratificando o entendimento do Conselheiro Relator Domingos Augusto Taufner, nos seguintes termos:

1. DECISÃO TC-1249/2021-7

Vistos, relatados e discutidos estes autos, DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator:

1.1. RATIFICAR os fundamentos e a decisão, exarados monocraticamente, submetendo-os ao referendo deste Colegiado, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 170 da Lei Orgânica desta Corte.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, parcialmente vencido o voto vogal do conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, que votou por conhecer e indeferir cautelar.

3. Data da Sessão: 05/05/2021 - 20ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membros do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Luciano Vieira

O Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NCR através da Instrução Técnica de Recurso nº 203/2021 opinou pela procedência do Agravo interposto.

O Ministério Público de Contas através do Procurador Luís Henrique Anastácio da Silva elaborou o Parecer nº 05027/2021-2 encampando o entendimento técnico.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Precipualemente, verifico que o presente agravo foi conhecido por meio da Decisão 1249/2021-7 – 2ª Câmara, na forma do artigo 169 da Lei Complementar nº. 621/2012¹ (Lei Orgânica desta Corte de Contas) e do artigo 419² do Regimento Interno deste Tribunal (RITCEES).

¹ Art. 169. Das decisões interlocutórias e terminativas caberá agravo formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias contado da data da ciência da decisão, na forma estabelecida no Regimento Interno.

²Art. 419. A petição de agravo conterá obrigatoriamente: I - a fundamentação de fato e de direito; II - as razões de reforma da decisão; 178 III - cópia da decisão agravada; IV - a notificação ou

Assim, passo à análise do mérito recursal.

Primeiramente, ressalta-se que a presente análise se restringirá à manutenção ou não de medida liminar concedida, nos termos no art. 376 do RITCEES, ou seja, verificando se está caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, tendo em vista que o mérito da representação será submetido à análise por meio do rito ordinário.

Para fins de análise quanto à manutenção ou não da medida cautelar conferida, utilizarei a mesma numeração exposta na Instrução Técnica de recurso – ITR 203/2021. Vejamos:

3.1 – Terceirização da atividade-fim da administração pública

Trata-se de suposta terceirização de atividade fim para a contratação de fiscais para as obras rodoviárias.

Os agravantes informam que o tema ora sob debate se trata de contratação de terceiros para prestar assistência aos servidores públicos envolvidos nas atividades de fiscalização, em função da complexidade dos serviços executados, não havendo óbice para tal contratação, nos exatos termos do que preconiza a jurisprudência do TCU – Tribunal de Contas da União, a qual se encontra em consonância com a lei que rege as licitações públicas. Observe:

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

comunicação respectiva; V - a procuração outorgada pelo agravante, quando houver interveniência de procurador; VI - cópia das peças essenciais à compreensão da controvérsia.

complexidade do empreendimento, seja pelo quadro de carência de recursos humanos e materiais que, não raro, prevalece no setor público.³

Com um olhar voltado especificamente para o tema “obras rodoviárias”, o que não exclui, por si só, outros tipos de prestação de serviços, entendemos que estas demandam a presença ativa de um fiscal, o que as vezes se torna inviável a partir do quadro de funcionários efetivos de determinado órgão público. Portanto, cria-se uma estrutura temporária para a realização da fiscalização.

A partir de análise sumária, bem como de acordo com a manifestação da equipe técnica considerando as argumentações lançadas pelo agravante, não se verificam elementos capazes de configurar a verossimilhança da alegação na irregularidade apontada.

3.3 – Orçamento deficiente

Quanto a este item, o representante informa que pode ter acontecido uma estimativa irreal com relação ao valor estimado para a contratação, tendo em vista que foram verificados descontos da ordem de 50%, o que indicaria erro grosseiro na estimativa do orçamento.

O agravante argumenta que o desconto oferecido encontra respaldo nas diversas contratações realizadas pelo DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de transportes, juntando uma vasta listagem de certames realizados pelo dito órgão, bem como o endereço eletrônico no qual podem ser localizados: <http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/editais2.asp>.

Apresentam, ainda, a seguinte fundamentação:

Não pode simplesmente o desconto ofertado balizar conclusão para desqualificar, de forma genérica, um orçamento elaborado com base em referencial aceito pelo próprio TCEES. Configuraria tal expressão

³ Brasília. Tribunal de Contas das União. TCU, Acórdão nº 1.930/2006, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU de 18.10.2006.

uma premissa sem qualquer embasamento legal, agravada pela ausência de análise das circunstâncias que envolvem o caso concreto. **Muito mais grave, penalizaria ela, de forma desarrazoada, a Administração, já que influiria negativamente na obtenção de descontos mais vantajosos, o que vai de encontro com a jurisprudência.**

(...)

Tais dados, por si só, afastam a probabilidade do direito alegado na Representação e a necessidade da liminar deferida. Deles se retira que é uma tendência atual do mercado (e não um caso isolado) o oferecimento de percentuais consideráveis de desconto na tabela referencial adotada pelo próprio TCEES e qualquer restrição em relação ao desconto ofertado na Concorrência nº 007/2020 pode, paradoxal e contrariamente, ensejar efetivo prejuízo ao erário. (Grifos do autor)

A equipe técnica pontua que as informações lançadas na representação, na verdade, vão na contramão do que orienta esta Corte de Contas no sentido de que as tabelas de preços referenciais são fontes de consultas muito mais confiáveis para que se determine o valor de uma licitação do que a realização de cotação direto com as empresas interessadas:

A criação de orçamentos próprios, com cotação direta às empresas interessadas, já se mostrou na prática um meio frágil, extremamente susceptível à fraudes e direcionamentos. Uma vez que as empresas que irão responder ao pedido de cotação de preços sabem que essa cotação servirá apenas para fixar o preço da administração pública e normalmente só terão interesse em responder as empresas que, eventualmente, tenham interesse em participar da licitação.

O fato de uma licitação ter apresentado descontos expressivos, por si só, não pode ser indicado como indício de irregularidade. Faz-se necessário outros elementos que demonstrem sobre preço proposital nos preços iniciais, ou que o certame apresente indícios de restrição a competitividade ou direcionamento.

Cabe salientar que, conforme demonstrado na argumentação do defendente, **as licitações de gerenciamento de obras costumam ter descontos expressivos**, em função, provavelmente, do tipo de serviço prestado. As tabelas de preços referenciais podem ser apenas um referencial inicial e as propostas comerciais ofertarem valores bem abaixo, em função do número de licitantes e situação econômica do mercado. (Grifo nosso)

De modo a ressaltar a preponderância da utilização das tabelas de preços referenciais em detrimento de cotações realizadas diretamente com empresas interessadas no certame, a equipe técnica cita a Resolução TC Nº 329, de 24 de setembro de 2019 editada por este Tribunal:

Art. 1º Esta resolução disciplina a metodologia para análise de preços nas fiscalizações de obras e serviços de engenharia dos jurisdicionados deste Tribunal de Contas.

(...)

Art. 3º Os preços referenciais utilizados por este Tribunal para a elaboração de orçamentos paradigmas de obras e serviços de engenharia serão obtidos por meio das seguintes Tabelas de Preços:

I - Obras rodoviárias, estradas rurais e pavimentação urbana:

a) Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro-ES) do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT);

b) Tabela Referência de Preços e Composições de Custos Unitários do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER-ES);

§ 1º A unidade técnica competente deverá observar a ordem sequencial das tabelas de preços descritas neste artigo, utilizando-se as subsequentes de forma subsidiária.

§ 2º Na ausência de preços para item ou serviço dispostos nas tabelas listadas, poderão ser adotadas as composições provenientes de outros sistemas mantidos por órgãos e entidades públicas ou privadas, substituindo nelas os custos unitários dos insumos pelos das tabelas de referência ordenadas no caput.

Após análise de várias tabelas de preço juntada pelo responsável, a equipe técnica finaliza sua manifestação ressaltando que não foram localizadas qualquer preço que eventualmente possa comprometer o orçamento que foi utilizado pelo DER, além de que não foi indicado nenhum item pelo representante.

Ante o exposto, acompanhando a manifestação técnica e posicionamento final exarado pelo Ministério Público de Contas, entende-se que não foram identificadas irregularidades quanto a este item.

Percebe-se ainda que a manutenção da cautelar para suspender a execução dos serviços ocasionará o **periculum in mora reverso**, já que restará prejudicada uma série de atividades que se encontram em curso, visto que uma vez que acarretará na perda de suporte auxiliar, comprometendo a gestão do Programa, deixando o DER desprovido da estrutura operacional demandada para o gerenciamento do vasto volume de empreendimentos elencados no Programa de Governo, cuja decorrência direta é a suspensão do Programa e dos repasses financeiros.

Importante salientar, finalmente, que a permissão para a continuidade do contrato 084/2020 que fora suspenso não quer dizer, automaticamente, que esta Corte concorde com seus termos, o que somente ocorrerá ou não, a partir do resultado do processo principal TC 5846/2020.

Ante todo o exposto, **acompanhando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas VOTO** para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Relator

1. ACÓRDÃO TC-1258/2021

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. Dar provimento ao presente agravo no sentido de **revogar** integralmente a decisão interlocutória contida na Decisão nº 00738/2021-1 – Segunda Câmara quanto à paralisação/suspensão, em sede de cautelar, do Contrato Administrativo nº 084/2020, celebrado entre o DER-ES e o Consórcio PROSUL-STCP/BNDES;

1.2. Dar ciência ao responsável;

1.3. Após o trânsito em julgado, **apensar** os presentes autos ao processo principal, nos termos do parágrafo único do artigo 420 do RITCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 29/10/2021 - 50ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator) Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões