



Acórdão 00445/2022-1 - 2ª Câmara

Processos: 00651/2022-7, 00537/2022-4

Classificação: Agravo

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

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: COMER CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, WALCIR GONCALVES DA SILVA, LUIZ CESAR MARETTA COURA

Recorrente: DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA

Procuradores: DANIEL CHERNICHARO DA SILVEIRA (OAB: 18671-ES), FABRICIO SANTOS TOSCANO (OAB: 11609-ES), GABRIEL ROCHA FERREIRA (OAB: 21944-ES), TOSCANO & CHERNICHARO ADVOGADOS (CNPJ: 15.038.012/0001-82), ANDERSON PIMENTEL COUTINHO (OAB: 6439-ES)

AGRAVO – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO RECURSAL – AUSENCIA DE INTERESSE – NÃO CONHECER – ARQUIVAR. A perda superveniente do objeto recursal evidencia a ausência de interesse recursal, o que impõe o não conhecimento do recurso interposto, nos termos do art. 485, VI e §3º, do Código de Processo Civil.

VOTO DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Agravo interposto pela Empresa DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, em face da Decisão Monocrática nº 01151/2021, prolatada nos autos do Processo de Representação, tombado sob o nº **08059/2021**.

Em síntese, sobressai das razões do **Agravo 00651/2022** que o Recorrente postula a atribuição de efeito suspensivo ativo, suspendendo-se a concessão da cautelar a fim de sustar os efeitos da Decisão Monocrática 01141/2021-8, e, conseqüentemente, da Decisão 00009/2022 em todos os seus termos, postulando, ao final, a nulidade da presente decisão agravada.

O Recorrente alega ainda a ocorrência do periculum in mora inverso, em razão das flagrantes nulidades apontadas ao longo da exordial.

Neste sentido, aduz, em apertada síntese, sobre a necessidade de concessão do efeito suspensivo, discorrendo sobre o seu cabimento através dos seguintes tópicos ***2- FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO E BAZÕES PARA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO, EM ESPECIAL A AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA, USURPAÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL a AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO, DESCUMPRIMENTO DA LEI ORGÂNICA E REGIMENTO e 3- DO PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO.***

Diante das supostas irregularidades apontadas na peça inaugural, o Recorrente, em caráter cautelar, requer:

ANTE TODO O EXPOSTO, nos termos dos fundamentos fáticos e jurídicos acima alinhados, REQUER:

(...)

2 - **A atribuição de efeito suspensivo ao presente agravo, tendo em vista as flagrantes nulidades ocorridas na decisão ora recorrida, bem como a ocorrência do periculum in mora inverso, até a tramitação e julgamento final do recurso;**

(...)

4 - O acolhimento das razões recursais para dar provimento ao recurso interposto para declarar nula a decisão ora recorrida, tendo em vista as flagrantes nulidades;

Por meio da Decisão Monocrática 00077/2022, fora deferido o pedido cautelar pleiteado em sede de recurso de Agravo, suspendendo-se os efeitos da Decisão

Monocrática nº 01151/2021-1, e, conseqüentemente, a Decisão 00009/2022, prolatadas nos autos do Processo TC-08059/2021.

É o relatório.

2. DA RATIFICAÇÃO DA DECISÃO CAUTELAR CONCEDIDA NA DECM 00077/2022

Atento ao que determina o art. 376, parágrafo único¹, do RITCEES, é necessário que se faça a ratificação da tutelar cautelar concedida monocraticamente, em razão da urgência identificada à época de sua prolação.

A respeito da referida decisão monocrática, rememoro a sua fundamentação e decisão tomada, conforme trecho abaixo transcrito da Decisão Monocrática 00077/2022, *ad litteram*:

(...)

Conforme registrado pelo Recorrente, a DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA **não foi chamada para integrar os autos do Processo TC - 08059/2021.**

Observa-se que a decisão monocrática impugnada o atinge de forma direta, fato que demandaria ao Relator que determinasse, **de ofício**, o seu ingresso, conforme prescrito no § 1º do art. 294 do Regimento Interno desta Corte.

Assim, necessário se faz ressaltar que a empresa recorrente não participou de nenhum ato, tampouco fora notificada a se manifestar.

O não cumprimento das providências contidas no Regimento desta Corte, bem como a inobservância dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa podem conduzir a decisões carregadas de inúmeras nulidades e desdobramentos danosos à parte, conforme se verifica no presente caso, visto que **a Decisão Monocrática 01141/2021-8 foi totalmente desfavorável a empresa recorrente**, que, acaso tivesse sido chamada a compor os autos, poderia ter influenciado ativamente na decisão proferida.

Resta, portanto, inquestionável que a ausência de notificação da empresa DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA para compor os autos tenha provocado **grave dano ao seu direito de defesa**, vez que não lhe fora oportunizada ao menos o exercício do contraditório.

¹ Art. 376. [...]. Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão.

Ademais, advirto que o termo de homologação e adjudicação da referida licitação objeto de representação dos autos do Processo 08059/2021 se deu à empresa Destak Construtura e Incorporadora Ltda, que passa a ser atingida diretamente em razão do deferimento da medida cautelar pleiteada naqueles autos, através da Decisão Monocrática 01151/2021, evidenciando, ainda mais, a necessidade da concessão do pedido de efeito suspensivo do presente agravo.

Como se não bastassem as repercussões desfavoráveis que a falta de integração da empresa aos autos do Processo 08059/2021 lhe tenham causado, os efeitos ainda desaguam em outro desdobramento, qual seja, a vedação do **princípio da não surpresa**, que é justamente o fato de que “o juiz não poderá decidir com base em fundamento sobre o qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, mesmo que se trate de matéria que deva ser decidida de ofício”.²

O preceito em questão vem insculpido no artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Conclui-se, desse modo, que, sob pena de violação das premissas constitucionais básicas que constituem o Estado Democrático de Direito, é necessário que seja observado (e atendido) ao comando do que prescrevem os princípios do contraditório, ampla defesa e da não surpresa.

Proceder de modo contrário ao que vem sendo amplamente aplicado é agir de modo temerário à justiça das decisões, principalmente quando diante do caso que ora se apresenta.

Ademais, para além de toda a linha de intelecção até aqui desenvolvida, em sede de análise dos argumentos fornecidos através do **Recurso de Agravo 00537/2022**, esse proposto pelo DER-ES, passo a pontuar que, a fim de constatar a veracidade das informações, combateu o agravante (DER-ES), no bojo daquele agravo, tópico por tópico, os argumentos sopesados pelo denunciante, através dos seguintes itens: *III.1 – PRELIMINARMENTE: DA REGULARIDADE DO CERTAME REGIDO PELO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.º 024/2021; III.2 – PRELIMINARMENTE: DA NULIDADE DA DECISÃO MONOCRÁTICA N.º 01151/2021-1 – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TCEES PARA DELIBERAR SOBRE MATÉRIA DE INTERESSE PRIVADO; III.3 – DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICOOPERACIONAL RELATIVA AO QUESITO 5 DO QUADRO DE EXIGÊNCIAS TÉCNICAS – EXECUÇÃO DE FUNDAÇÃO DE ESTACA*

² Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

HÉLICE CONTÍNUA E/OU ESTACA RAIZ – ITEM 9.3.1, ALÍNEA C, DO EDITAL; III.4 – DA OBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL PARA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS E JULGAMENTO DE RECURSO – ITENS 10.9, 19.4 E 13 DO EDITAL; IV – DA NECESSÁRIA REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES: INEXISTÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA e V – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO – ART. 416 DA RESOLUÇÃO TC N.º 261/2013.

De posse das informações ali contidas, tenho que, em que pese a análise perfunctória que este momento processual nos demanda, **entendo pertinente transcrever alguns trechos relevantes a fim de embasar ainda mais a necessidade de suspensão da Decisão Monocrática nº 01151/2021, e, conseqüentemente, da Decisão 00009/2022 senão vejamos.**

Aduz o recorrente que:

Com o fito de bem identificar as etapas de prestação dos serviços e satisfazer as condições específicas da área onde se darão sua execução, pressupostos do alcance do interesse público manifesto na necessidade de criação de estrutura escolar capaz de comportar a alta demanda de alunos na região de Nova Almeida, município da Serra/ES, a SEDU, atendendo à Lei Federal n.º 8.666/1993 e à então vigente Resolução n.º 009/2018 do Conselho do Controle e da Transparência (CONSEC), encaminhou ao DER-ES toda a documentação técnica pertinente, nela incluindo Planilha Orçamentária, Termo de Referência e Justificativa de Qualificação Técnica (peças #1 a #60 do Processo DER 2020-S68DZ).

De posse dessas informações, a Autarquia deu prosseguimento ao feito administrativo, tendo produzido minuta de edital a partir de texto padronizado pela Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES), bem como submetido toda a instrução procedimental à análise prévia da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT), órgão de controle interno central do Estado do Espírito.

Uma vez atualizados os dados do processo, após manifestação da SECONT, procedeu-se à abertura do expediente de licitação propriamente dito, o que se fez acompanhar da publicação, em edição da imprensa oficial datada de 02 de junho de 2021, do respectivo Aviso de Licitação (peças #61 e ss. do Processo DER n.º 2020-S68DZ). 22. Ante as demandas internas por correção do prazo de execução originalmente anunciado e por adequações do edital e seus anexos, a licitação foi adiada em duas oportunidades e, em sequência, retomada com nova data de abertura da

sessão pública, fixada em 10 de setembro de 2021, tudo conforme Avisos veiculados, no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo (DIO-ES), em 25 de junho de 2021, 12 de julho de 2021 e 06 de agosto de 2021 (peças #165, #173, #176 e #184 do Processo DER n.º 2020-S68DZ). O período que antecedeu à recepção dos envelopes transcorreu sem que qualquer impugnação ao instrumento de convocação ou pedido de esclarecimentos fosse protocolizado junto ao DER-ES. 23.

Como deixou antever a própria Denunciante em seu petítório, a fase de análise e julgamento das propostas comerciais não careceu de maiores discussões, haja vista que não foram identificadas ilegalidades ou faltas materiais ou formais de relevo, razão pela qual decidiu a CPL-Edificações classificar todas as licitantes, segundo a ordem estabelecida a partir do menor preço ofertado, divulgada no DIO-ES em 21 de setembro de 2021 (peças #186 a #203 do Processo DER n.º 2020-S68DZ)

(...)

Ausentes recursos, a CPL-Edificações avançou para a fase de habilitação, realizando sessão pública em 29 de setembro de 2021 para o fim de abrir os envelopes correspondentes e avaliar o atendimento das exigências editalícias por cada licitante. Contrariamente ao que informou a então Denunciante, nessa etapa, das seis concorrentes com propostas classificadas, apenas três foram habilitadas, a saber: COMÉR CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. e ENGESAN CONSTRUÇÕES, SERVIÇOS E SANEAMENTO LTDA. As demais, mesmo após diligências, tiveram suas documentações desaprovadas por motivos variados – inclusive em função do desrespeito à exigência técnica que viria, na tomada de decisão do recurso, inabilitar a ora Requerente (item 5 do quadro de quesitos para comprovação da capacidade técnicooperacional previsto no item 9.3.1, alínea c, do Edital)⁴ (peças #205 a #223 do Processo DER n.º 2020-S68DZ). Veja-se, pois, o extrato do julgamento publicado, no DIOES, em 11 de outubro de 2021:

(...)

No que diz respeito à fundamentação esposada pela CPL-Edificações para habilitar a Agravada, deu-se ela sem que maiores incursões acerca da comprovação de experiência com serviços de fundação de estaca hélice contínua e/ou estaca raiz fosse levada a registro – equivocadamente, portanto, tal como reconhecido seria em sede de recurso administrativo. Colaciona-se, adiante, de maneira a ilustrar o que se repisa, trecho do “Relatório de Análise Julgamento dos Documentos de Habilitação”, a partir do qual não é possível ler referências expressas ao exame⁵ dispendido pela

CPL-Edificações em relação ao quesito 5 do quadro de exigências para comprovação da capacidade técnico-operacional do item 9.3.1, alínea c, do Edital (matéria corrigida em sede de recurso) (peça #213, fls. 02/03, do Processo DER n.º 2020-S68DZ

(...)

Aos dias 19 de outubro de 2021, a licitante DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., então habilitada em segundo lugar, interpôs, tempestivamente, recurso administrativo para requerer a inabilitação das empresas COMÉR CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. e ENGESAN CONSTRUÇÕES SERVIÇOS E SANEAMENTO LTDA. (peça #225 do Processo DER n.º 2020-S68DZ). Argumentou, no que é de interesse à temática em apreciação dessa ilustre Corte, que o acervo técnico apresentado por ambas as licitantes não satisfazia, para efeito de comprovação da capacidade técnico-operacional, o quantitativo mínimo requisitado pelo Edital, notadamente quanto aos quesitos 5 e 7 do quadro previsto no item 9.3.1, alínea c, do instrumento convocatório:

(...)

O Aviso de Interposição de Recurso foi divulgado, na imprensa oficial, em 21 de outubro de 2021, ao que compareceram ambas as licitantes Recorridas para apresentar, em 27 e 28 de outubro de 2021, suas contrarrazões (peças #227 a #234 do Processo DER n.º 2020-S68DZ). Imbuída do dever de bem investigar a matéria devolvida à apreciação da Autarquia e avalizada pelo regramento do certame, a CPL-Edificações diligenciou junto à SEDU objetivando obter parecer técnico da área responsável pela elaboração da documentação técnica que subsidiou a deflagração do procedimento licitatório, sobretudo em relação às especificações para aceitação de atestados e/ou certidões de acervo técnico (CAT) referentes à execução de paredes pré-fabricadas – item 040401 da Planilha Orçamentária (quesito 7 do item 9.3.1, alínea c, do Edital) (peças #236 e #237 do Processo DER n.º 2020-S68DZ).

Como se observa, a providência não ocasionou qualquer inversão de competência ou conhecimento, tampouco concessão a influências externas e de legitimidade questionável: esteve ela adstrita ao fato de o suporte técnico precisado para a licitação em questão ter sido fornecido, na origem, pela SEDU em decorrência do Termo de Cooperação n.º 101/2020, assim como aos permissivos legais e editalícios que dotam a Comissão com o poder-dever de efetuar diligências sempre que achada em posição de dúvida ou diante de instrução procedimental incompleta (art. 43, § 3.º, da Lei Federal n.º 8.666/1993, art. 1.º, §§ 4.º, 5.º e 6.º, da Lei Estadual n.º 9.090/2008 e itens 10.9 e 19.4 a 19.8 do Edital).

De todo modo, em que pese a solicitação encaminhada pela CPL-Edificações, manifestou-se a SEDU no sentido de ratificar informações já existentes nos autos do Processo DER n. ° 2020-S68DZ, especialmente quanto ao detalhamento técnico das paredes pré-fabricadas, em nada inovando no certame (peça #240 do Processo DER n. ° 2020-S68DZ). Não apenas se ateve à relação desses dados técnicos, confirmando-os, como não elaborou qualquer consideração acerca da matéria aqui relevante (comprovação da capacidade técnico-operacional para execução de fundação de estaca hélice contínua e/ou estaca raiz), o que certamente desautoriza e qualifica como temerárias afirmações da Agravada de que teria a Secretaria de Estado provocado ruídos estranhos e impedido a avaliação objetiva da habilitação técnica pela Comissão de Licitação.

(...)

O extrato correspondente à resolução tomada na fase recursal foi publicado, no Diário Oficial, em 15 de dezembro de 2021, assim como o “Aviso de Resultado Final de Licitação”. O “Termo de Homologação e Adjudicação”, por sua vez, foi veiculado em 17 de dezembro de 2021, dando ensejo às medidas de estilo para atualização da distribuição orçamentário-financeira e da Folha de Informação Orçamentária. Posteriormente, seguiria o feito para ratificação da Diretoria Colegiada do Órgão, lavratura das vias do contrato, convocação da Adjudicatária para apresentação de garantia contratual e assinatura, publicação do resumo do ajuste na imprensa oficial, indicação do gestor e do fiscal e, por fim, emissão da ordem de início dos serviços (peças #252 e ss. do Processo DER n. ° 2020-S68DZ). 35. Contudo, em 21 de dezembro de 2021, cientificado pela PGE-ES quanto ao deferimento de medida liminar inaudita altera pars requerida nos autos do Mandado de Segurança n. ° 5029542-72.2021.8.08.0024, também impetrado pela empresa que se qualifica como Requerente no processo em epígrafe, o DER-ES se viu obrigado a suspender a tramitação do procedimento de contratação, o que efetivamente providenciou, estando o último ato do procedimento datado justamente de 21 de dezembro de 2021.

Em 03 de janeiro de 2022, sobreveio a notificação da liminar expedida por essa h. Corte de Contas, determinando que a autoridade competente se abstivesse de assinar contrato com a DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. e publicasse extrato quanto ao teor da decisão no DIO-ES, condutas essas igualmente observadas pela Autarquia, conforme anexos.

De se ver, como sintetizado neste tópico, que o escorço fático apresentado pela Agravada não se coaduna com os eventos que marcaram a evolução do certame e legitimaram, em virtude dos fundamentos dos atos praticados

pela CPL-Edificações, principalmente os insertos na decisão do recurso administrativo, a sua inabilitação.

Insurge-se, dessarte, a COMÉR CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. contra julgamento que possui respaldo técnico e jurídico a afastar quaisquer das pretensões por ela defendidas, revelando, de maneira inequívoca, que sua discordância atende a um interesse essencialmente privado.

Observa-se estarmos diante de clarividente julgamento de propostas amparado do necessário respaldo técnico e jurídico, **revelando que a pretensão requerida através da Denúncia é marcada por um interesse fundamentalmente privado.**

Outrossim, em outro trecho trazido nos autos do Processo 00537/2022, o agravante menciona que:

A Agravada alega que o julgamento que reformou a decisão quanto à sua habilitação ignora a disposição legal, assente no artigo 30, § 3.º, da Lei n.º 8.666/199312, que autoriza que a comprovação de aptidão técnica seja feita através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior àqueles exigidos no certame, violando os princípios do julgamento objetivo, do formalismo moderado e da ampla competitividade. A inadmissão de acervo relativo à experiência com execução de fundação de estacas do tipo trilho ou pré-moldadas cristalizaria, assim, sob sua ótica, o equívoco com o qual teria se valido a CPL-Edificações para proferir decisão contrária aos seus interesses. Enganosa, entretanto, é a tese sustentada pela Agravada e acolhida, no juízo cautelar, pelo TCEES.

Como é sabido, o Edital de Licitação CP n.º 024/2021 exigiu, no item 9.3.1, alínea c, quesito 5, que as licitantes atestassem possuir experiência/qualificação com serviços de fundação de estaca hélice contínua e/ou estaca raiz, com quantitativo mínimo de 6.300 (seis mil e trezentos) metros, para efeito de demonstração da capacidade técnico-operacional. A comprovação, a ser feita mediante apresentação de, ao menos, 01 (um) atestado assinado e carimbado pelo declarante ou certidão de acervo técnico devidamente registrada no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), baseou-se nos critérios estabelecidos no artigo 30, inciso II e § 2.º, da mencionada Lei n.º 8.666/199313, correspondendo ela a uma atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, cuja relevância técnica e cujo valor significativo ordenaram ser tomada enquanto condição para averiguação da qualificação técnica das concorrentes.

Desse modo, a SEDU, responsável pela elaboração do Termo de Referência e dos quesitos de qualificação técnica, entre outros documentos, fez constar justificativa específica para as exigências de capacidade técnico-operacional, ora reproduzida parcialmente, naquilo que diz respeito à temática em comento (peça #129, fls. 01 e 04, do Processo DER n.º 2020-S68DZ):

(...)

Tal como condensado pela equipe técnica da SEDU no trecho acima, da leitura dos autos do Processo DER n.º 2020-S68DZ, forçoso é concluir que projeto básico e planilha orçamentária, perfilhando as conclusões do relatório de sondagem, definiram que o recurso tecnológico a ser utilizado para execução de fundação, na construção da Nova Escola Virgínio Pereira, é a estaca do tipo hélice contínua. Diferente, evidentemente, não poderia ser, uma vez que o projetista registrou, na “Memória de Cálculo” (peça #106, fls. 137/142, do Processo DER n.º 2020-S68DZ), avaliação acerca do perfil do terreno, das características do solo e de suas implicações para a tipologia e o dimensionamento de fundações profundas (análise geotécnica), concluindo pelo manejo de estacas do tipo hélice contínua

(...)

É de se observar, ademais, que, embora a planilha orçamentária acompanhe a definição do projeto quanto ao método de fundação profunda, a própria SEDU, em prol de expandir a participação e a competitividade do certame, considerou a possibilidade de atestados ou certidões de serviços de fundação com estaca raiz serem levados à Concorrência a título de comprovação da capacidade técnico-operacional, no que foi seguida pela CPL-Edificações quando da elaboração do Edital.

A razão de ser para tal flexibilização reside justamente no dispositivo normativo que deduz a Agravada tenha sido afrontado pela Comissão: em consonância com o artigo 30, § 3.º, da Lei Federal n.º 8.666/1993, fundação de estaca raiz guarda similaridade de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior à do tipo hélice contínua – este sim objeto da contratação. De outra sorte, método executivo de fundação indireta com estaca trilho ou pré-moldada de concreto não se coaduna, nos termos da legislação, com aquele cuja prestação se realizará no contexto da obra.

Conforme esclareceu a Comissão de Licitação no bojo da decisão do recurso (peça #244, fl. 03, do Processo DER n.º 2020-S68DZ), estacas trilhos ou pré-moldadas tanto não são semelhantes às exigidas pelo instrumento convocatório como não são soluções de engenharia viáveis para o local de implantação do edifício, motivo segundo o qual a recepção

de acervo que as contemplasse redundaria em adoção de critério de julgamento extraordinário, desvinculado do Edital, não isonômico e com potencial de frustrar o interesse público e gravar com prejuízo ao erário, vide (...)

Considerando, portanto, que imperativos de naturezas técnica, legal e editalícia impedem a admissão dos atestados e certidões relativos a serviços de fundação de estaca trilho ou pré-moldadas, desprovida de justeza é a Denúncia em questão. E veja-se que, ao assim pontuar, rende o DER-ES as devidas homenagens aos princípios que regem a atuação da Administração Pública e a condução dos certames licitatórios, entre os quais sobrelevam-se o da legalidade, o da impessoalidade, o da vinculação ao edital, o do julgamento objetivo, o da isonomia, o da eficiência e o da vantajosidade

(...)

Vê-se, novamente, que as razões contidas no Processo de Agravo TC 00537/2022 evidenciam que o julgamento do recurso que culminou na inabilitação da denunciante/representante se deu em compasso com o que prescreve a legislação de regência e o Edital de CP n.º 024/2021.

Assim sendo, diante dos fatos e fundamentos aqui expostos, conjuntamente com as informações trazidas em sede de recurso de agravo apensado aos presentes autos, **reitero ser mais do que necessário que o Tribunal opte pela concessão do efeito suspensivo pleiteado, reconhecendo a existência da possibilidade de grave dano e a necessidade da busca pela verdade real.**

Com efeito, em consonância com o dispositivo regimental citado, manifesto-me pela ratificação da Decisão Monocrática 00077/2022, resguardando-se, assim, a sua eficácia.

Ante o exposto, considerando presentes todos os requisitos necessários ao deferimento da medida cautelar, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. Ratificar o deferimento da medida cautelar, constante da Decisão Monocrática DECM 00077/2022, pelos seus próprios termos, frente ao estabelecido no do art. 124, parágrafo único da LC 621/2012 na forma do art. 376, parágrafo único do RITCEES.

5. Cientificar o Recorrente acerca desta decisão, nos termos do artigo 307, § 7º do RITCEES;

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Versam os presentes autos de Agravo com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Empresa DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, em face da Decisão Monocrática nº 01151/2021-1, prolatada nos autos do Processo TC – 08050/2021-3, que trata de Representação em face do DER-ES – Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo.

Por meio da Decisão Monocrática 01151/2021-1, ratificada pela Decisão 00009/2022-3, o conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto acompanhou a área técnica e o Ministério Público Especial de Contas, deferindo a medida cautelar pleiteada, nos termos abaixo da parte dispositiva com o seguinte teor:

- 1. Em atenção aos artigos 376, caput e 377, inciso I do Regimento Interno desta Corte, DEFIRO a medida cautelar pleiteada, visto que permanece o potencial dano ao erário, DETERMINANDO que a autoridade competente se abstenha de assinar contrato com a empresa DESTAK CTRUTORA E INCORPORADORA LTDA,**

relativo ao Procedimento Licitatório nº 2021/24 – Concorrência Edificações e/ou **caso já tenha sido assinado contrato, suspenda os pagamentos dele decorrentes.**

2. CITAR o Sr. **Luiz César Maretta Coura** – Diretor Presidente do DER-ES e a pessoa **jurídica Destak Construtora e Incorporadora Ltda.**, para que no **prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis**, nos termos do art. 207, II do RITCEES, se manifestem, bem como encaminhem documentos que entenderem necessários para elucidação da irregularidade apontada no **item 4.1 da ITI 0034/2022-1.**

3. DAR CIÊNCIA ao representante dos termos da presente decisão proferida, em atenção ao § 7º do artigo 307 do RITCEES.

A empresa **DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA**, inconformada com a ausência de ciência e notificação da Decisão Monocrática nº 01151/2021, em apertada síntese alega que não foi chamada para compor os autos do Processo TC – 08050/2021, motivo pelo qual interpôs recurso de agravo aduzindo que teve violado o seu direito de ampla defesa e contraditório.

O processo originário TC – 08050/2021, versa sobre representação apresentada pela empresa COMÉR CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, em face do Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER/ES foi apreada pela 1ª Câmara.

Entretanto o processo de Agravo apresentado pela empresa Destak Construtora e Incorporadora LTDA, em face da Decisão Monocrática nº 01151/2021-1 foi distribuído para o Conselheiro Sérgio Borges, que através da Decisão Monocrática nº 00077/2022-1, entendeu que a empresa Destak construtora e Incorporadora LTDA, terceira interessada, não foi chamada para compor o processo, concedendo efeito suspensivo à medida cautelar, nestes termos:

1- CONHECER o recurso de Agravo;

2. DEFERIR o pedido de efeito suspensivo requerido, por estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida pleiteada nos moldes da fundamentação externada na presente decisão;
3. SUSPENDER os efeitos da Decisão Monocrática nº 01151/2021-1, e, conseqüentemente, a Decisão 00009/2022 prolatadas nos autos do Processo TC-08059/2021;
4. DAR conhecimento aos interessados do teor da presente decisão.
5. TRANSLADAR CÓPIA imediatamente da presente decisão nos autos do Processo TC-08059/2021, retornando em seguida os presentes autos a este gabinete para os demais impulsos necessários

Na 7ª (sétima) sessão ordinária do plenário, realizada no dia 22/02/2022 o Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, incluiu em pauta o processo 08059/2021-1, **onde por meio do voto nº 01014/2022-6, votou por restaurar a medida cautelar deferida pela decisão 01151/2021-1, anuindo aos exatos termos Instrução Técnica Inicial 00034/2022-1, determinando que a autoridade competente se abstenha de assinar o contrato relativo ao Procedimento Licitatório nº 2021/24, pela citação do Sr. Luiz César Maretta Coura – Diretor Presidente do DER-ES e a pessoa jurídica Destak Construtora e Incorporadora Ltda., para que no prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis, nos termos do art. 207, II do RITCEES, se manifestem, bem como encaminhem documentos que entenderem necessários para elucidação da irregularidade apontada no item 4.1 da ITI 0034/2022-1.**

Outrossim, o Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto entendeu pela necessidade de uniformização do tema nessa Corte de Contas no intuito de evitar que uma Câmara tome uma decisão e que outra Câmara tome outra decisão (1ª e 2ª Câmaras), conforme disposto no artigo 16 § 3º do Regimento Interno, vejamos:

Art. 16. Compete às Câmaras:
(...)

III - deliberar sobre os agravos e embargos de declaração interpostos contra suas próprias decisões; (Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

O Conselheiro Sérgio Manoel Borges relator do processo TC00651/202 (que trata de Agravo interposto em face da mencionada cautelar em que foi deferido efeito suspensivo suspendendo os efeitos da Decisão Monocrática 1151/2021), apresentou Voto Vogal nº 00001/2022-7 nos autos do processo TC 8059/2021, dissentindo do entendimento do Conselheiro Sérgio Aboudib, entendendo que a competência para apreciação dos processos do DER seria dos órgãos fracionários 1ª. e 2ª. Câmara.

Diante do exposto, pedi vista dos autos para análise.

FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cumpre ressaltar que o processo foi decidido pela 1ª câmara com deferimento de Medida Cautelar pelo Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, sendo que após interposição de Agravo, foi recebido pela 2ª Câmara, pelo Conselheiro Sérgio Borges, decidindo pelo deferimento do efeito suspensivo.

Pois bem, verifico que a matéria de debate nestes autos é a ausência de chamamento da Empresa DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA para compor os autos do processo TC 08059/2021.

Todavia, o Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto por meio do voto nº 01014/2022-6, votou por restaurar a medida cautelar deferida pela decisão 01151/2021-1, encampando aos exatos termos Instrução Técnica Inicial 00034/2022-1, determinando que a autoridade competente se abstenha de assinar o contrato relativo ao Procedimento Licitatório nº 2021/24, **pela citação do Sr. Luiz César Maretta Coura – Diretor Presidente do DER-ES e a pessoa jurídica Destak Construtora e Incorporadora Ltda., para que no prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis, nos termos do art. 207, II do RITCEES, se manifestem, bem**

como encaminhem documentos que entenderem necessários para elucidação da irregularidade apontada no item 4.1 da ITI 0034/2022-1, nos seguintes termos:

1. Em atenção aos artigos 376, caput e 377, inciso I do Regimento Interno desta Corte, **DEFIRO** a medida cautelar pleiteada, visto que **permanece o potencial dano ao erário, DETERMINANDO** que a **autoridade competente se abstenha de assinar contrato com a empresa DESTAK CTRUTORA E INCORPORADORA LTDA**, relativo ao Procedimento Licitatório nº 2021/24 – Concorrência Edificações e/ou **caso já tenha sido assinado contrato, suspenda os pagamentos dele decorrentes.**

2. **CITAR** o Sr. **Luiz César Maretta Coura** – Diretor Presidente do DER-ES e a pessoa **jurídica Destak Construtora e Incorporadora Ltda.**, para que no **prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis**, nos termos do art. 207, II do RITCEES, se manifestem, bem como encaminhem documentos que entenderem necessários para elucidação da irregularidade apontada no **item 4.1 da ITI 0034/2022-1**.

3. **DAR CIÊNCIA** ao representante dos termos da presente decisão proferida, em atenção ao § 7º do artigo 307 do RITCEES.

Dando seguimento ao feito após foi realizada o termo de atualização das partes conforme consta do termo de atualização das partes 00253/2022-1, vejamos:

Termo de Atualização de Parte 00253/2022-1

Processo: 08059/2021-3

Medida Cautelar: Solicitada

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

GAC - Sérgio Aboudib - Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib **Setor:**

Ferreira Pinto

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

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Data de

16/12/202

1 19:44 **Protocolo:**

Sigilo: Não

Observação: Autuação e distribuição de relatoria com fundamento no artigo 54 da Lei Complementar nº 621/2012 c/c os artigos 48 inciso I, 184 e 249 do

Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo -

Procedimento Licitatório nº 2021/24 - Concorrência Edificações – 2020S68DZ-DER/ES

Autuação: 17/12/2021 10:59

Atualização: 22/02/2022 14:48

Partes (Antes): Tipo CPF / CNPJ / OAB Nome

SILVEIRA

Interessado	077.274.667-27	WALCIR GONCALVES DA SILVA
Interessado	337.339.106-72	LUIZ CESAR MARETTA COURA
Representante	27.170.703/0001-14	COMER CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
Procurador	099.010.457-54	DANIEL CHERNICHARO DA
Procurador	055.701.707-66	FABRICIO SANTOS TOSCANO
Procurador	059.160.907-06	GABRIEL ROCHA FERREIRA
Procurador 82	15.038.012/0001-ADVOGA DOS	TOSCANO & CHERNICHARO

Partes (Depois): Tipo CPF / CNPJ / OAB Nome

Interessado	077.274.667-27	WALCIR GONCALVES DA SILVA
Interessado	337.339.106-72	LUIZ CESAR MARETTA COURA
Representante	27.170.703/0001-14	COMER CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
Procurador	099.010.457-54	DANIEL CHERNICHARO DA SILVEIRA
Procurador	055.701.707-66	FABRICIO SANTOS TOSCANO
Procurador	059.160.907-06	GABRIEL ROCHA FERREIRA
Procurador	15.038.012/0001-ADVOGADOS	TOSCANO & CHERNICHARO
Terceiro interessado	05.347.774/0001-07	DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
Procurador	930.262.857-49	ANDERSON PIMENTEL COUTINHO

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 2760A-74119-7143C

Nesse passo, verifica-se que a ausência de comunicação do terceiro interessado que ensejou a suspensão da cautelar já foi devidamente resolvida no processo TC 08059/2021-3, onde foi determinada a citação o Sr. Luiz César Maretta Coura – Diretor Presidente do DER-ES e a pessoa jurídica Destak Construtora e Incorporadora LTDA.

Com a devida atualização das partes 00253/2022-1, nos autos do processo principal, subsumindo a hipótese do art. 70, da Lei Complementar 621/2012, c/c art. 485, VI e §3º, do Código de Processo Civil

Desta forma, nota-se a presença de fundamentação plausível e capaz de extinguir o presente processo sem resolução de mérito, em razão do suprimento da determinação da regular citação da terceira interessada, restando comprovada a perda superveniente do objeto imputado, com a conseqüente perda do interesse de agir, devendo o feito ser extinto sem resolução de mérito.

Sendo assim, com a conseqüente determinação de chamamento aos autos da terceira interessada, não há qualquer interesse processual em proferir decisão de mérito no caso em análise, restando configurada, na hipótese, o disposto no art. 485, inciso VI do Código de Processo Civil.

Ressalto que não é obrigatória a audiência do Ministério Público de Contas, nos termos do art. 404, I do RITCEES.

Ante todo o exposto, divergindo do entendimento do voto do relator, haja vista as razões acima expostas, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo, em:

- 1) **NÃO CONHECER** do agravo, devendo ser mantida a Decisão 01151/2021-1, proferida nos autos do Processo TC 08050/2021-3.
- 2) **Extinguir o processo sem resolução do mérito**, nos termos do art. 70, da Lei Complementar 621/2012, c/c art. 485, VI do Código de Processo Civil;
- 3) Apensar estes autos, após o trânsito em julgado, ao processo TC 08050/2021-3 (processo principal), nos termos dos arts. 277 e 278 do RITCEES, afim de evitar decisões conflitantes, observando o princípio da segurança jurídica;
- 4) Dar **ciência** aos interessados;
- 5) Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC-445/2022:

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, em:

- 1.1. NÃO CONHECER** do agravo, devendo ser mantida a Decisão 01151/2021-1, proferida nos autos do Processo TC 08050/2021-3.
- 1.2. Extinguir o processo sem resolução do mérito**, nos termos do art. 70, da Lei Complementar 621/2012, c/c art. 485, VI do Código de Processo Civil;
- 1.3.** Apensar estes autos, após o trânsito em julgado, ao processo TC 08050/2021-3 (processo principal), nos termos dos arts. 277 e 278 do RITCEES, afim de evitar decisões conflitantes, observando o princípio da segurança jurídica;
- 1.4.** Dar **ciência** aos interessados;
- 1.5.** Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

2. Por maioria, nos termos do voto vista do conselheiro Domingos Augusto Taufner. Vencido o relator que votou pela ratificação da Decisão Monocrática TC-077/2022.

3. Data da Sessão: 08/04/2022 – 14ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões