



Acórdão 00770/2022-7 - 1ª Câmara

Processo: 02527/2022-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: DER-ES - Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo,
SEMOBI - Secretaria de Estado de Mobilidade e Infraestrutura

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: SERGIO MAJESKI

CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DE LIMINAR - INDEFERIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR - EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO - CIÊNCIA

1. Não demonstrados os requisitos para concessão de cautelar, quais sejam, *o fumus boni iuris e o periculum in mora*, impõe-se o indeferimento da medida.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de representação com pedido de medida cautelar protocolada pelo Deputado Sérgio Majeski em face da Secretaria de Estado de Mobilidade e

Infraestrutura – Semobi, e Departamento de Edificações e de Rodovias do Espírito Santo – DER-ES, pela deterioração do Cais das Artes.

Em síntese, o representante repisa a representação anteriormente submetida a este tribunal, tramitada nos autos do processo TC 00755/2021, vindo a expor a atual situação do Cais das Artes, exibindo registros fotográficos da deterioração dos materiais e equipamentos adquiridos, além de relatar prejuízos econômicos e à imagem das instituições públicas em decorrência da paralisação da obra no ano de 2015.

Os autos foram encaminhados ao **Núcleo de Controle Externo de Edificações - NED**, para análise e manifestação, considerando o item 1.4 do Acórdão TC 01099/2021, constante no Processo TC 755/2021:

1. ACÓRDÃO TC-1099/2021:

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

1.1. CONHECER PARCIALMENTE a representação, observados os requisitos de admissibilidade previstos no art. 177 c/c art. 186 e 175 do RITCEES;

1.2. INDEFERIR A CAUTELAR pleiteada, visto que não restou demonstrado o pressuposto do periculum in mora para sua concessão;

1.3. NOTIFICAR a Secretaria de Estado de Mobilidade e Infraestrutura (Semobi), o Departamento de Edificações e de Rodovias do Espírito Santo (DER-ES) e a Secretaria de Controle e Transparência (Secont) para que tomem as providências;

1.4. DETERMINAR a Secretaria Geral de Controle Externo que os fatos representados sejam utilizados para subsidiar as ações de controle externo já previstas no PACE 2021, em especial, as concernentes ao Núcleo de Controle Externo de Edificações – NED;

1.5. EXTINGUIR o presente processo, nos termos do art. 177-A, §§ 3º, II, e 4º;

1.6. DAR CIÊNCIA ao representante do teor da decisão a ser proferida.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 30/09/2021 - 52ª Sessão Ordinária do Plenário.

Sobre este acórdão o representante aponta:

Nota-se que a decisão proferida por essa Corte na sessão do dia 30.09.2021 optou por apenas notificar os responsáveis quanto aos fatos relatados por este parlamentar, não determinando sequer que fossem tomadas providências emergenciais para sanar os problemas verificados e que constam no relatório fotográfico em anexo à representação.

Ao final, requer que, por meio de medida cautelar, sejam adotadas providências, quase são idênticas às formuladas na representação anterior:

Solicitamos assim, mais uma vez, por meio de medida cautelar, que ao final sejam confirmadas:

i) Que sejam expedidas **DETERMINAÇÕES** ao Governo do Estado para que:

a) realize o levantamento físico dos bens dispostos no canteiro de obras e apresente relatório dos bens inutilizados pelo abandono e os que necessitam de reparos;

b) tomem as providências necessárias para o correto armazenamento ou que seja dada outra destinação útil aos bens adquiridos e dispostos no canteiro de obras do Cais das Artes e para a realização de obras emergenciais que garantam a preservação das estruturas já construídas;

c) apresente cronograma para a retomada e conclusão das obras.

ii) Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo solicitamos:

a) que seja apurado pelo corpo técnico possível prejuízo econômico decorrente da deterioração, da depreciação, da perda de garantia e de tempo de vida útil dos bens já construídos e adquiridos;

b) no caso de constatação de dano, que seja apurada a sua devida quantificação e o apontamento dos responsáveis, com a conversão da presente representação em Tomada de Contas Especial;

Na Instrução Técnica Conclusiva 1653/2022 (peça 07), o **Núcleo de Controle Externo de Edificações - NED** conclui:

CONCLUSÃO

Em suma, ainda que venha a ser admitida pelo juízo de admissibilidade a ser realizado pelo Conselheiro Relator, a presente Representação merece ser extinta, nos termos do art. 177-A, § 3º, II¹, tendo em vista que as demandas postas na petição inicial já estão postas no escopo da fiscalização em andamento nos autos do **Processo TC 1383/2021**.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, e considerando que os fundamentos da representação já se encontram em atendimento no **Processo TC 1383/2021**, submetem-se os autos à consideração superior, com a seguinte proposta de encaminhamento:

- **INDEFERIR A CAUTELAR** pleiteada, visto que não restou demonstrado o pressuposto do *periculum in mora* para sua concessão;
- **EXTINGUIR** o presente processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 177-A, § 3º, II; e

¹ Art. 177-A. Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para avaliação do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para o processamento imediato de fiscalização ou, conforme o caso, para composição de matriz de risco.

[...]

§ 3º A unidade técnica competente se manifestará:

[...]

II – quando a avaliação indicar baixo risco, materialidade e relevância ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna, pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis, sugerindo a extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, hipótese em que se dará ciência ao denunciante.

- **DAR CIÊNCIA** ao representante do teor da decisão a ser proferida.

O Ministério Público de Contas manifesta-se através do Parecer 1738/2022 (peça 11), da lavra do procurador Luiz Henrique da Silva, anuindo a proposta da área técnica.

É o relatório.

II. FUNDAMENTOS

II.1 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Verifico que a documentação apresentada atende aos requisitos de admissibilidade para processamento como representação, nos moldes prescritos pelos artigos 94, e 101 da Lei Orgânica desta Corte de Contas (Lei Complementar 621, de 08.03.2012), bem como artigo 170, § 4º da Lei 14.133, de 01 de abril de 2021 (Lei de Licitações).

II.2 DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

A tutela cautelar demanda a presença conjunta de dois pressupostos, quais sejam: o **fumus boni iuris e o periculum in mora**, consistentes na **existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações**, aliado **ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação**, conforme disposto no artigo 376 do RITCEES.

O Núcleo de Controle Externo de Edificações - NED, por meio da **Instrução Técnica Conclusiva 1653/2022** (peça 07), opinou pelo não acolhimento da medida cautelar, por entender que não há risco de lesão ao erário ou de ineficácia de futura decisão.

Transcrevo em seguida, excertos da Instrução supramencionada, onde destaco os pontos relevantes, em negrito, para tomar como razão de decidir:

ANÁLISE

Como já registrado, os fundamentos da presente representação são idênticos

aos da representação anterior, inclusive os pedidos. A análise levada a curso no Processo TC 755/2021, consubstanciada na **Instrução Técnica Conclusiva 00475-2021-3**, informava que já existiam ações de fiscalização previstas para o tema “Obras Paralisadas”:

[...] vale ressaltar que já existem ações de fiscalização previstas para o tema “Obras Paralisadas”, aprovadas pela **Decisão Plenária nº 1, de 26 de janeiro de 2021**².

O tema “Obras Paralisadas”, incluindo a obra do Cais das Artes, tem sido foco de preocupação do TCE-ES, que em 2020 realizou levantamento para compreender melhor o cenário do Espírito Santo e as expectativas de retomada destas obras (Processo 707/2020-2), que servirá de base para ações de controle externo previstas para este ano, tal como informado no parágrafo anterior.

De fato, conforme a intenção manifestada na instrução conclusiva e na proposta de encaminhamento acolhida no item 1.4 do Acórdão TC 01099/2021, veio o **Núcleo de Controle Externo de Edificações – NED** a realizar a ação informada, cumprindo assim com a medida consignada no acórdão, sendo que a obra do Cais das Artes foi uma das acompanhadas no **Processo TC 1383/2021**, que trata de Fiscalização na modalidade Acompanhamento que tem por objeto acompanhar obras paralisadas que preenchessem determinados critérios de relevância, materialidade e risco.

O **Relatório de Acompanhamento 00018/2021-4** descreve o objetivo daquela fiscalização:

1.3 OBJETIVO E QUESTÕES

Acompanhar as principais obras de edificações paralisadas no Estado, seguindo critério de risco, relevância e materialidade, apuradas com base nos resultados do Levantamento do Processo 707/2020, e apoio nos dados disponíveis pelo Geo-obras e nos respectivos portais de transparência.

Para cumprir o objetivo proposto, foram definidas as seguintes questões:

Q1 - Foi avaliada a necessidade/urgência na conclusão da obra?

Q2 - Foram avaliadas as Prioridades e o Planejamento Estratégico?

Q3 - Foram tomadas medidas para impedir ou reduzir a depreciação da obra durante paralisação?

Na análise do Contrato - 12/2013, que tem por objeto a “*contratação de empresa para execução de obras de conclusão da construção do empreendimento cais das artes, no município de Vitória/ES*”, uma das obras acompanhadas, foi descrito o seguinte achado de auditoria:

Achado de auditoria:

Ausência de estudo técnico (devidamente fundamentado) que responda todos os quesitos necessários a conclusão do empreendimento Cais das Artes, quais sejam: a) o empreendimento continua atendendo as justificativas que fundamentaram a decisão por sua contratação e implantação (viabilidade técnica, ambiental e financeira), mesmo após passada mais de uma década?; b) qual o período e o valor total necessário para sua conclusão?; c) como se dará a utilização do empreendimento com vistas a realização de políticas públicas?; d) quais os custos de manutenção e utilização após a sua conclusão?; e) qual a expectativa/potencial de receita com a sua utilização após a conclusão?; f) qual o melhor modelo de gestão para o espaço após sua conclusão (terceirizada, própria,...)?; g) houve algum estudo quanto a realização de parcerias com a iniciativa privada?

Em decorrência deste achado veio a ser apresentada a seguinte proposta de encaminhamento:

Proposta de encaminhamento:

Determinar a citação do atual Diretor Presidente do DER-ES, nos termos do art. 207, inciso I, da Resolução TC 261 de 4 de junho de 2013 – Regimento

² Publicado no Diário Oficial de Contas em 27 de janeiro de 2021.

Interno, para que no prazo de 30 (trinta) dias, apresente as razões de justificativa pela não realização de todas as providências necessárias a retomada (ou justificativa tecnicamente fundamentada para a não retomada) do empreendimento Cais das Artes.

Determinar, ainda, ao atual Diretor Presidente do DER-ES, nos termos do art. 207, inciso IV, da Resolução TC 261 de 4 de junho de 2013 – Regimento Interno, que encaminhe, no prazo de 30 (trinta) dias, cronograma de ações com vistas a retomada (ou justificativa tecnicamente fundamentada para a não retomada) do empreendimento Cais das Artes contemplando, no mínimo, os requisitos identificados no presente achado.

Por fim, sugere-se incluir o empreendimento Cais da Artes como objeto de fiscalização na modalidade Monitoramento, com vistas a certificar o recebimento do plano de ações que será apresentado pelo DER-ES, fixando como prazo de conclusão o dia 31/01/2022.

Em decorrência dos achados na fiscalização, a unidade técnica NED emitiu a **Instrução Técnica Inicial 00329/2021-1**, da qual consta proposta de encaminhamento específica à obra do Cais das Artes:

(...)

Na forma regimental, os autos foram encaminhados ao Conselheiro Relator para apreciação, elaboração de voto e submissão ao colegiado.

Desta síntese das providências em curso neste Tribunal, verifica-se serem improcedentes as dúvidas lançadas na petição inicial quanto à atuação da Corte de Contas e que também já foi atendida a demanda de se encaminhar equipe de auditoria para inspecionar aquela obra.

Observe-se, ainda, que daquela Fiscalização de Acompanhamento constam outras 13 (treze) obras, com elevado interesse social, materialidade e risco a merecerem a atuação próxima e destacada desta Corte, o que requer um planejamento de fiscalização, considerando a disponibilidade de recursos humanos e o momento adequado para a ação de controle.

Vindo a apreciar o cumprimento dos pressupostos para concessão de medida cautelar, é fato notório que a condição da obra paralisada não é recente e a sua retomada depende das condições próprias do Poder Executivo, como bem relata o eminente Deputado Estadual.

Os pressupostos para a determinação de medida cautelar estão delineados nos incisos I e II do art. 376 da Resolução TC nº 261/2013:

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 lesão ao erário ou a direito alheio; e
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

O inciso I trata do *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito, definido como juízo de probabilidade de existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart³:

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.

Já o inciso II trata do *periculum in mora*, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. São os

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Volume 4: Processo Cautelar. 2ed. São Paulo: RT, 2010, p. 29

entendimentos de Alexandre Freitas Câmara⁴:

Como dito anteriormente, o *fomes 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 esta 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.

Conforme exposto acima, são pressupostos genéricos, cumulativos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada: a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações, aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Assim, com base nas informações já expostas nesta análise, **não se afigura caracterizado o *periculum in mora*** por grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final inútil, caso a cautelar não seja deferida neste momento. Pelo contrário, o atendimento aos termos pleiteados na petição inicial significaria desconsiderar ou antecipar de forma não planejada as ações de fiscalização já em curso, em especial a ação sobre a obra do Cais das Artes, um dos objetos do **Processo TC 1383/2021**.

Também, se verifica que questões trazidas na petição inicial não ampliam ou acrescem o escopo do **achado de auditoria** da Fiscalização de Acompanhamento em curso.

Como pode-se observar do excerto acima transcrito, as dúvidas lançadas na petição inicial quanto à atuação desta Corte de contas são improcedentes.

Além disso, já foi atendida a demanda de se encaminhar equipe de auditoria para inspecionar a obra do Cais das Artes, no Processo **TC 1383/2021**, que trata de Fiscalização na modalidade Acompanhamento que tem por objeto acompanhar obras paralisadas que preenchessem determinados critérios de relevância, materialidade e risco.

Por todo exposto, **não havendo a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações (*fumus boni iuris*), aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), INDEFIRO o pedido cautelar e julgo extinto o processo sem julgamento do**

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

mérito, uma vez que as irregularidades citadas estão sendo apuradas em outro processo em tramite neste Tribunal.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Pelo exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Decisão que submeto à sua consideração:

SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-770/2022

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

1.1. INDEFIRIR A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR, em razão da ausência dos requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, expressos nos incisos I e II do art. 376 da Resolução TC n. 261/2013;

1.2. EXTINGUIR O PRESENTE PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, nos termos do art. 177-A, § 3º, II; e

1.3. CIENTIFICAR o Representante e o Ministério Público de Contas.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 24/06/2022 – 24ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator) e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

FLÁVIA BARCELLOS COLA
**Subsecretária Geral das
Sessões em substituição**