



Decisão 02747/2022-1 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 05659/2022-2

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMCI - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: ENDEAL ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA., TRADETEK
COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE LUMINARIAS LIMITADA

Responsável: ERICK MOREIRA DE AGUIAR, ALEXANDRO DA VITORIA

Procuradores: MARIA PAULA BRAZ TAVARES (OAB: 111508-PR), GENCIANA KATIELLE
SANTOS ROCHA (CPF: 051.833.199-79), GEOVANNA KATERINE LOCATELLI DE
OLIVEIRA (CPF: 087.351.559-57), DANIEL SIQUEIRA BORDA (OAB: 63688-PR), PEDRO
AUGUSTO SCHELBAUER DE OLIVEIRA (OAB: 81579-PR), FELIPE HENRIQUE BRAZ
GUILHERME (OAB: 69406-PR, OAB: 458490-SP, OAB: 245047-RJ), LUIZ FELIPE IMENES
DE MENDONCA (OAB: 9824-ES)

**REPRESENTAÇÃO – PEDIDO DE MEDIDA
CAUTELAR – PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE
ILUMINAÇÃO PÚBLICA – AFETAÇÃO DO FEITO AO
PLENÁRIO – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS
CAUTELARES – CONCESSÃO DA MEDIDA
CAUTELAR – TEORIA DA GANGORRA –
NOTIFICAR – DAR CIÊNCIA – REMETER À ÁREA
TÉCNICA PARA INSTRUÇÃO.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. RELATÓRIO

Trata-se de representação com pedido de concessão de medida cautelar, formulada por Consórcio Luz de Itapemirim, composto pelas empresas Endeal Engenharia e Construções LTDA. E Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias

LTDA, perante esta Corte, em face do Município de Cachoeiro de Itapemirim, em que alega irregularidade no Edital de Concorrência Pública nº 01/2022, cujo objeto é a “prestação dos serviços de iluminação pública no município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, incluídos o desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública”.

Alega o representante, em síntese, que a decisão que o inabilitou deve ser anulada, isso porque o Consórcio teria plena capacidade econômico-financeira para atender e executar integralmente o escopo do objeto licitado.

Afirma que a manutenção dos atos ora questionados geraria dano ao erário, já que a proposta da segunda colocada é R\$ 97.455,12 (noventa e sete mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e doze centavos) por mês mais cara do que a proposta do Consórcio Representante.

Por fim, requer:

VII. Requerimentos:

82. Ante o exposto e sempre respeitosamente, requer-se:

a) O recebimento desta Representação e a imediata determinação de suspensão ao Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES do processo licitatório regido pelo Edital de Concorrência Pública nº 01/2022, sobretudo de qualquer ato atinente à abertura da documentação da segunda colocada, adjudicação do objeto, homologação do certame e assinatura do contrato ou execução de seu objeto por parte de outra empresa, até o julgamento final desta Representação;

b) O julgamento de procedência da Representação, determinando-se ao Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES a anulação do ato que inabilitou o Representante, bem como da decisão que não conheceu do Recurso Administrativo por ele interposto, além de todos os atos que o sucederem, determinando que os Representados permitam ao Consórcio Luz de Itapemirim a juntada da Certidão de Regularidade Fiscal, conforme permite o item 15.2, 'ii' do Edital.

Por meio da Decisão Monocrática 00774/2022, determinei a notificação do Senhor Alexandre da Vitória (Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim) e do Senhor Erick Moreira de Aguiar (Presidente da Comissão) para que apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Concessão nº 001/2022 e

justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários.

Após devidas notificações, os responsáveis foram devidamente notificados, e, em resposta, encaminharam Resposta de Comunicação 1039/2022 e 1040/2022 (eventos 73 e 74), Peças Complementares (eventos 75 a 112) e Resposta de Comunicação 1041/2022 (evento 113).

Por meio da Decisão Monocrática 788/2022, conheci da representação e encaminhei os autos para a instrução regular do feito, procedendo a Área Técnica a Instrução Técnica Conclusiva 2750/2022, na qual entende que a representante estaria pleiteando perante este Tribunal o seu interesse privado, sugerindo, assim, o reconhecimento da incompetência absoluta deste Tribunal e o arquivamento do feito.

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer o Ministério Público de Contas 03311/2022, pugnou pelo seguinte:

a) pelo conhecimento da representação, na forma dos artigos 94 e 101 da LC n. 621/2012;

b) pelo deferimento da medida cautelar, nos termos do art. 124 da LC n. 621/2012, nos termos expressos nesta manifestação, considerando presentes os requisitos do “fumus boni juris” e “periculum in mora”;

c) pela remessa do feito à Secretaria de Controle Externo competente para instrução na forma regimental e legal.

É o relatório.

VOTO

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES – DA AFETAÇÃO DO FEITO AO PLENÁRIO

Primeiramente, é preciso ressaltar que o presente feito deve ser submetido ao Plenário. Conforme demonstra o representante por meio das Petições Intercorrentes 00628/2022-2 e 00637/2022-1, o certame encontra-se em pleno andamento, perto de se proceder à contratação objetivada pelo certame, o que demonstra a urgência de que o pedido cautelar seja decidido.

Aliado a isso, o objeto do certame se refere a uma concorrência pública que visa a uma concessão administrativa para a prestação de serviços de iluminação pública, cujo prazo é de 13 anos, e o valor estimado do contrato é de R\$ 114.163.938,71 (cento e quatorze milhões, cento e sessenta e três mil, novecentos e trinta e oito reais e setenta e um centavos).

Destarte, submeto o presente feito, por ora, ao Plenário.

2.2 DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Em linhas gerais, a representante questiona a decisão que a inabilitou no certame, que considerou que a apresentação de atestados de prévia execução de obras no regime de empreitada global não satisfaz os requisitos de habilitação técnica exigidos na cláusula 12.3.4 do edital, tratando-se o certame em comento de concessão administrativa – parceria público-privada.

Como já relatado acima, a Área Técnica, por meio Instrução Técnica Conclusiva 2750/2022, entendeu que a representante estaria pleiteando seu interesse privado perante esta Corte, o que a levou a sugerir o arquivamento do feito. Entretanto, discordo dessa solução, por agora. Isso por várias razões.

Primeiramente, tendo como pano de fundo a importância do objeto licitado, que se refere a uma concessão pública cujo valor estimado do contrato perfaz mais de uma centena de milhão, e duração de mais de uma década, deve-se ter um receio redobrado em relação a um eventual arquivamento prematuro.

Em segundo lugar, é presente nos autos invocação quanto à aplicabilidade de entendimento anterior da Área Técnica relacionada à possibilidade de se comprovar, em caso de parceria público-privada, a qualificação técnica por meio de anterior contrato de empreitada, conforme narra a exordial (TCE/ES – Processo 2345/2019-7 – Instrução Técnica Conclusiva 00195/2020-4), sendo interesse desta Corte de Contas a pacificação quanto a essa matéria. Aliado a isso, nos presentes autos, a Área Técnica não procedeu a qualquer análise, mesmo que perfunctória, acerca desse tópico. Assim, entendo pelo não arquivamento dos autos, por ora.

Pois bem. Acerca do tema cautelar, 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.

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.

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:

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

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

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 é 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.

Quanto ao *fumus boni iuris*, de toda a argumentação trazida nos autos, aparentemente é bastante razoável a afirmação da Representante no sentido de que a apresentação de contratos prévios de empreitada possa ser medida suficiente para comprovar a qualificação técnica exigida em relação a objetos que não se refiram à empreitada em si, já que, diante do objeto a ser contratado, o modo de contratação não seria relevante a ponto de impossibilitar a utilização desses atestados.

Sob esse prisma, portanto, é razoável assentir que a mera existência de entendimento anterior da Área Técnica relacionado à possibilidade de se comprovar, em caso de parceria público-privada, a qualificação técnica por meio de anterior contrato de empreitada, conforme narra a exordial (TCE/ES – Processo 2345/2019-7 – Instrução Técnica Conclusiva 00195/2020-4), indica a necessidade de análise sobre a aplicabilidade deste precedente ao presente caso, motivo pelo qual, constata-se a priori a presença do *fumus boni iuris*.

Em se tratando do segundo pressuposto cautelar, o periculum in mora, é cabível rememorarmos a lição que nos traz Leonardo Ferres da Silva Ribeiro³, acerca da “regra da gangorra”. Nas palavras do autor:

Assim, se nos afigura correto afirmar que quanto maior o periculum evidenciado, menor o fumus a ser exigido para a concessão da tutela de urgência pretendida. É o que denominamos de “regra da gangorra”, tema do qual nos ocupamos em tópico específico.

³ Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. Edição KINDLE.

Mais à frente em sua obra, continua:

Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma “gangorra”. Numa das postas, o fumus boni iuris; noutra, o periculum in mora. Quanto maior for o periculum, menos importância se dará ao fumus para a decisão sobre a concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum fumus, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades do caso concreto.

Assim, verifica-se que o município licitante encontra-se na iminência de proceder à contratação em tela, conforme demonstra a Petição Intercorrente 00637/2022-1, que traz publicação do resultado da licitação, com a data de 15/08/2022. Assim, diante da iminência desse fato, o *periculum in mora* se apresenta de tal monta a ponto de recomendar a suspensão do certame até que a Área Técnica possa se manifestar sobre o assunto, mesmo que por ora, inicialmente, não haja um grau de certeza quanto à correção ou não do ato praticado pelo órgão licitante e questionado pela representante.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, divergindo da Área Técnica e acompanhando o entendimento ministerial, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Decisão** que submeto à sua apreciação.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-2747/2022-1

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

1.1. DEFERIR a medida cautelar pleiteada, diante da presença de seus requisitos, conforme discorrido no item 2.2 acima, determinando ao responsável que suspenda a Concorrência Pública nº 01/2022, cujo objeto é a “prestação dos serviços de iluminação pública no município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, incluídos o

desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública”, na fase em que se encontrar, e, caso já tenha esse certame se ultimado, que suspenda a execução do contrato, ou se abstenha de assiná-lo, até decisão ulterior deste Tribunal, submetendo os presentes autos ao rito sumário.

1.2. NOTIFICAR a Secretaria Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim, na pessoa de seu Secretário, nos termos do art. 307, § 4º, do Regimento Interno, para imediato cumprimento da decisão, publicação de extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicação a esta Corte, no prazo de 10 dias, das providências adotadas, devendo se pronunciar, nos termos do art. 307, § 3º do Regimento Interno, no mesmo prazo de 10 dias.

1.3. DAR CIÊNCIA na forma regimental.

1.4. ENCAMINHAR os autos à Secretaria Geral de Controle Externo, para instrução do feito, que se encontra submetido a rito sumário.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 23/08/2022 – 41ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira em substituição ao procurador-geral.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente