



Decisão 04213/2022-2 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 10093/2022-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: PMV - Prefeitura Municipal de Vitória, SEGES - Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação de Vitória

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: EPPO SANEAMENTO AMBIENTAL E OBRAS LTDA

Responsável: REGIS MATTOS TEIXEIRA, RODOLFO SOUZA PUPPIM

Procurador: CARLOS AUGUSTO GALLO (OAB: 357873-SP)

FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO – RATIFICAR OS TERMOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA Nº 1222/2022

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

1. DO RELATÓRIO:

Trata-se de Representação com pedido liminar, apresentado pela empresa **EPPO SANEAMENTO AMBIENTAL E OBRAS LTDA.**, alegando supostas irregularidades no bojo do **Edital de Concorrência n. 05/2021**, da Prefeitura Municipal de Vitória, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de coleta semi-automatizada e manual de resíduos sólidos do tipo domiciliar, manipulação de resíduos, coleta de resíduos inertes, coleta seletiva de resíduos, disponibilização e manutenção de caixas estacionárias, varrição manual e mecanizada de vias públicas e limpeza mecanizada de praia, serviços complementares de limpeza pública, operação de transbordo de resíduos sólidos domiciliares e inertes no município de Vitória.

Em sede de preliminar, traz a representante a informação quanto à existência do Processo TC n. 7640/2021, de minha relatoria, que versa sobre mesmo certame licitatório, o que fez com que, nos termos do artigo 258¹ do Regimento Interno deste Tribunal, os presentes autos fossem a mim distribuídos por prevenção, devido à conexão da matéria.

Continuando, narra a representante que no bojo do Processo n. 7640/2021, foi determinado à Administração Municipal que caso entendesse por retomar o certame, que informasse a este Tribunal com antecedência mínima de quinze dias, tendo o Secretário Municipal da Central de Serviços do Município de Vitória reconhecido, em comunicação endereçada a este Tribunal, a falta de pontos na planilha, como adicional de insalubridade em serviços e principalmente a ausência da administração local.

Não obstante, assim se pronuncia a representante:

No que diz respeito à determinação exarada pelo Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha a Prefeitura de Vitória, é possível afirmar com segurança que não foi cumprida pois, na data do dia 20 de outubro de 2022, a prefeitura promoveu a abertura dos envelopes, e de uma só vez desrespeitou o Acórdão do TCE/ES, tanto na ausência de publicação com a devida antecedência, mas principalmente por não ter atendido a determinação de ajustes quanto às questões relativas a falta da incidência do BDI na administração local e da ausência do Custo Capital.

Quanto ao BDI, defende a representante a necessidade de fazer incidir o BDI nos custos de administração local, o que não teria sido feito pelo promotor do certame, o que diminuiria a competição e macularia o certame. Nesse sentido, traz trecho do Manual de Orientações Técnicas para Elaboração de Projeto Básico de Coleta e Resíduos Sólidos deste Tribunal, no qual consta essa necessidade.

Também alega a ausência no certame do custo de capital dos equipamentos e veículos, citando, nesse sentido, termos do Manual de Orientações deste Tribunal. Essa ausência evidenciaria erro grave em prejuízo da competitividade.

Em relação a essas duas últimas omissões, a saber, BDI incidindo sobre custos de administração local e custo de capital dos equipamentos e veículos, demonstra que no bojo do processo licitatório, apesar de consultada em sede de pedido de

¹ Art. 258. Se dois ou mais processos se referirem à matéria conexa serão distribuídos, por prevenção, a um só Relator.

esclarecimento, a comissão organizadora do certame teria oferecido respostas genéricas. Traz, *in verbis*:

Ocorre que em nenhum momento a Comissão se desobrigou do ônus de prestar esclarecimentos objetivos e claros ao questionamento apresentado, seque se dando ao trabalho de indicar entendimento desta Corte de Contas sobre o tema. Ao revés, o Manual de Orientações, no exercício de controle preventivo, é expresso ao definir a necessidade de estabelecer o custo de capital na composição de preços, pelo que deve ser objeto de ajustes.

Em seu entender, ao deixar de computar importante parcela de valores haveria a chance de aditamentos a título de reequilíbrio econômico-financeiro, havendo, assim, uma diferença de R\$ 23.286.197,16 (vinte e três milhões, duzentos e oitenta e seis mil, cento e noventa e sete reais e dezesseis centavos) em relação à ausência das parcelas de BDI e da Remuneração de Capital.

Em relação aos pressupostos cautelares, assim se manifesta:

Quanto ao periculum in mora, atualmente, o procedimento encontra-se em fase de análise da documentação da habilitação dos concorrentes. Portanto, a qualquer momento pode ter seu prosseguimento interrompido. Há que se dizer ainda que, na presente demanda não há risco de dano inverso, já que os serviços continuam a ser prestados normalmente à população.

E mais, não bastasse isso, acaso não atendidas as razões expostas estas per si são capazes anular o procedimento licitatório, já que estamos diante de graves riscos a competitividade devidamente reconhecidos em julgados do TCU, logo reconhecido também o fumus boni iuris.

Diante do exposto, e visando resguardar o patrimônio público municipal, bem como os princípios constitucionais orientadores do procedimento de licitação, requer-se a suspensão cautelar do procedimento licitatório previsto no Edital n° 005/2021 da Prefeitura de Vitória/ES.

Ao final, procede aos seguintes pedidos:

(a) a concessão da medida cautelar, in limine, para a suspensão do procedimento licitatório previsto no Edital 005/2021, na forma dos arts. 108, 124 e 125, II da Lei Complementar 621/2012, eis que evidenciadas irregularidades na forma da fundamentação;

(b) ao final, a confirmação da cautelar para que seja provida a presente Representação a fim de que haja a suspensão do Edital 005/2021 até que sejam comprovadas as correções dos erros técnicos apontados, bem como em sua planilha de custos.

Após, por meio da **Decisão Monocrática 1222/2022** (peça 06), decidi por:

2. DOS DISPOSITIVOS:

Diante de todo o exposto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e ausente o *periculum in mora* reverso, conforme fundamentação acima, **DECIDO**:

2.1. EXPEDIR MEDIDA CAUTELAR, no sentido de determinar a suspensão do certame, devendo os Srs. **Regis Mattos Teixeira (Secretário Municipal da Central de Serviços do Município de Vitória)**, e **Rodolfo Souza Puppim**

(Presidente da Comissão Permanente de Licitação), se absterem de dar prosseguimento à Concorrência n. 05/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de coleta semi-automatizada e manual de resíduos sólidos do tipo domiciliar, manipulação de resíduos, coleta de resíduos inertes, coleta seletiva de resíduos, disponibilização e manutenção de caixas estacionárias, varrição manual e mecanizada de vias públicas e limpeza mecanizada de praia, serviços complementares de limpeza pública, operação de transbordo de resíduos sólidos domiciliares e inertes no município de Vitória, bem como se absterem de assinar ou executar eventuais contratos decorrentes desse certame, até ulterior decisão deste Tribunal de Contas.

2.2. SUBMETER os presentes autos ao **RITO SUMÁRIO**, nos termos do artigo 306 do Regimento Interno.

2.3. NOTIFICAR as autoridades acima para que cumpram de imediato essa decisão, publicando extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicando, no prazo de 10 dias, as providências adotadas ao Tribunal, bem como para que se pronunciem, nos termos do artigo 307, §3º, do Regimento Interno, no prazo de 10 dias, apresentando justificativas que entenderem pertinentes.

2.4. DAR CIÊNCIA ao representante, na forma regimental.

À Secretaria Geral das Sessões para as comunicações devidas, preferencialmente via eletrônica, promovendo-se todos os demais impulsos necessários.

É o relatório. Passo a fundamentar.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

No bojo dos presentes autos, foi proferida a **Decisão Monocrática 1222/2022**, que foi no sentido de EXPEDIR MEDIDA CAUTELAR, sob a seguinte fundamentação:

[...]

1.2. DOS REQUISITOS CAUTELARES:

Passo a perscrutar acerca da presença dos pressupostos cautelares. Acerca do tema, 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*.

Fredie Didier *et al.* relacionam o *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito à probabilidade do direito, sendo essa a “plausibilidade de existência desse mesmo direito”². E continuam:

O magistrado precisa avaliar se há elementos que evidenciem a probabilidade de ser acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC).

Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova³.

Junto a isso deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.

Adaptando as lições que vêm da processualística civil aos processos que tramitam em Tribunais de Contas, essa plausibilidade deve ser averiguada sob a perspectiva do interesse público. Dessa forma, verifico a presença de plausibilidade nas argumentações trazidas na exordial, em cotejo com as peças que compõem o certamente licitatório, conforme passo a explicar.

Compulsando os autos do Processo TC n. 7640/2021, verifiquei uma série de fatos, que passo a destacar.

Tanto a Decisão n. 466/2022, quanto a Manifestação Técnica de Cautelar n. 24/2022, que lhe serviu de suporte técnico, argumentaram no sentido de que não haveria a presença do *periculum in mora* para fundamentar o deferimento de medida cautelar para suspender o certame, e um dos motivos foi a suspensão do certame por parte do próprio Município.

Em seguida ao *decisum* acima mencionado, procedeu a Área Técnica a Instrução Técnica Conclusiva n. 977/2022, com o opinamento no sentido da improcedência daquela representação, e seu arquivamento. E isso, com base na seguinte argumentação que passo a transcrever:

Segundo apontamentos da representante a planilha de preços não levou em conta os percentuais de adicional de insalubridade e não previu os custos de Administração Local.

Sobre isso, consta a seguinte informação do Sr. Leonardo Amorim Gonçalves (peça 18):

² Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 14. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 721.

³ *Ibid.*, p. 721.

1. Dirigimo-nos a Sua Senhoria com escopo de solicitar a suspensão da Concorrência nº 005/2021, tendo em vista os questionamentos recebidos no decorrer do procedimento licitatório, o qual constatamos inconsistência da planilha de composição de preços unitários.
2. Diante disso, informo que iremos rever a planilha e posteriormente encaminhar para republicação do edital de concorrência.
3. Na oportunidade, apresento votos de elevada estima e consideração.

Há, ainda, a afirmação de que a nova planilha será verificada pela Central de Serviços para que tais pontos questionados não estejam ausentes (fl. 12, peça 34):

Ambos os itens são referentes ao mesmo problema, qual seja, a planilha apresentada pela empresa contratada para sua elaboração – empresa Ziguia Engenharia LTDA (Ziguia).

Após a publicação do Edital de Concorrência nº 005/2021, recebemos alguns questionamentos de empresas interessadas no certame, os quais demonstraram incongruências na formulação da planilha pela empresa Ziguia, dentre elas estão a falta de previsão de adicional de insalubridade, em serviços que devem ser considerados, e a falta de Administração Local.

Diante disso, solicitamos à empresa Ziguia que reformulasse a planilha dentro das normas vigentes e devolvesse para que possamos republicar o edital com a composição de custos correta.

Com a apresentação da nova planilha, a equipe da Central de Serviços realizará a verificação para que os pontos destacados não estejam ausentes.

Pelo exposto, é preciso ponderar também que estes apontamentos mais se coadunam com o momento de impugnação do edital realizados diretamente junto à Secretaria responsável pela licitação.

Nesse sentido, tais itens são passíveis de correção e esclarecimentos dentro do contexto natural de uma licitação, normalmente sem necessidade de intervenção desta Corte de Contas para tanto. Diferente seria se, apontados os problemas, os esclarecimentos não suprissem a demanda requerida ou não fossem realizadas as correções necessárias ao prosseguimento da disputa, podendo ser demandada a atuação deste Tribunal.

No presente caso, entretanto, tratam-se de apontamentos que o município de Vitória, por meio dos esclarecimentos prestados (peça 18 e peça 34), reconhece a necessidade de correção dos itens enumerados.

Dessa forma, tendo em vista que a licitação se encontra suspensa e que o município de Vitória reconheceu o problema e informou estar realizando correções na planilha orçamentária, não se mostra razoável o seguimento dos itens representados.

Ou seja, havia informação nos autos no sentido de que a planilha de composição de preços unitários seria revista, para posterior republicação do edital. Entendeu, portanto, a Área Técnica, conforme trecho transcrito acima, que tais itens seriam passíveis de correção e esclarecimentos sem a necessidade de intervenção deste Tribunal. Situação diversa ocorreria no caso de não haver esclarecimentos que suprissem a demanda requerida ou não fossem realizadas as devidas correções necessárias. Mesmo com receio de sermos repetitivos, transcrevo esse trecho específico:

Nesse sentido, tais itens são passíveis de correção e esclarecimentos dentro do contexto natural de uma licitação, normalmente sem necessidade de intervenção desta Corte de Contas para tanto. Diferente seria se, apontados os problemas, os esclarecimentos não suprissem a demanda requerida ou não fossem realizadas as correções necessárias ao prosseguimento da disputa, podendo ser demandada a atuação deste Tribunal.

Nesse contexto afirmou-se, naquela instrução técnica conclusiva, que o Município de Vitória reconheceria a necessidade de correção dos itens enumerados. Vejamos:

No presente caso, entretanto, tratam-se de apontamentos que o município de Vitória, por meio dos esclarecimentos prestados (peça 18 e peça 34), reconhece a necessidade de correção dos itens enumerados.

Aqui é fundamental rememorarmos o item 1.5 da Decisão n. 466/2022, no seguinte sentido:

1.5. DETERMINAR a Administração Municipal que, caso entenda por retomar o procedimento licitatório, notifique esta Corte de Contas com antecedência mínima de 15 (quinze) dias;

Apesar dessa determinação, nota-se que o edital foi republicado, constando em seu corpo a data de 14 de setembro do corrente ano (Peça Complementar 61361/2022-4 – Processo n. 10093/2022), sem que se procedesse a qualquer comunicação a este relator.

Destarte, faz-se necessário, para a continuidade do certame, a demonstração de que os itens apontados pela Área Técnica foram devidamente alterados. Nesse sentido, observe-se que nos presentes autos está a representante alegando vícios no que se refere a não estar o BDI incidindo sobre custos de administração local e a estar ausente previsão do custo de capital dos equipamentos e veículos.

O ente licitante terá toda a oportunidade para demonstrar o seu adimplemento em relação a tais exigências, e demonstrar, se for o caso, a ausência de risco para a continuidade do certame, considerando que a ausência de itens fundamentais na planilha de custos pode gerar transtornos à Administração Pública, no recebimento de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Presente, portanto, o *fumus boni iuris*.

Quanto ao segundo requisito necessário para a concessão de medida cautelar, a saber, o *periculum in mora*, esse se faz presente, considerando a adiantada fase do certame licitatório, cuja abertura dos envelopes se deu supostamente em 20/10/2022.

Devo ressaltar que a eventualidade da existência de *periculum in mora* inverso, a desaconselhar a suspensão do certame, deverá ser alegada e demonstrada pela municipalidade, o que, em princípio, não parece ser o caso, considerando o tempo transcorrido entre a Decisão 00466/2022-2 (fevereiro de 2022) e o relançamento do edital (setembro de 2022). Também não se tem notícia no sentido de que os serviços licitados estariam sofrendo solução de continuidade.

Presentes, portanto, os pressupostos necessários para suspender o certame, na fase em que se encontrar, até que tais questões sejam esclarecidas e/ou reparadas.

Considerando o teor do parágrafo único do artigo 376, da Resolução TC 261/2013 – RITCEES, determina que as decisões monocráticas relacionadas à cautelar devem ser levadas para ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de sua eficácia, apresento o presente processo ao Colegiado para ratificação da **Decisão Monocrática 1222/2022**, proferida por este Conselheiro.

3. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, com base na competência outorgada pelo inciso XI do artigo 288, da Resolução TC 261/2013 – Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas, submeto ***ad referendum*** a decisão, antes indicada ao Colegiado, no sentido de que aprove a seguinte minuta de Decisão que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-4213/2022

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:

1.1. RATIFICAR os termos da **Decisão Monocrática nº 1222/2022**, na forma do parágrafo único do artigo 376, da Resolução TC nº 261/2013 - Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas;

À Secretaria Geral das Sessões – SGS, para as providências supervenientes na forma regimental.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 06/12/2022 – 61ª 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, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

4.2. Conselheiro Substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição).

5. Membro do Ministério Público de Contas: Luciano Vieira (em substituição ao procurador-geral).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente