



Decisão 01527/2024-3 - 1ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 01956/2024-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMLT - Prefeitura Municipal de Laranja da Terra

Relator: Davi Diniz de Carvalho

Interessado: JOSAFÁ STORCH

Representante: FOGTEC SERVICOS AMBIENTAIS LTDA

Responsável: CLAUDIO PAGUNG, PAULO CESAR PALACIO

Procurador: CLEUDIMA LUCIA DA SILVA (OAB: 33118-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO - PREFEITURA MUNICIPAL DE
LARANJA DA TERRA – PLEITO DE MEDIDA
CAUTELAR PARA SUSPENDER PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO – PERIGO DA DEMORA REVERSO –
INDEFERIR – NOTIFICAÇÃO DO MUNICÍPIO -
CONVERSÃO PARA O RITO ORDINÁRIO.**

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 no RITCEES, 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;

A existência de perigo da demora reverso gera impossibilidade de concessão de medida cautelar.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DAVI DINIZ DE CARVALHO:

I RELATÓRIO

Trata-se de Representação com pedido de medida cautelar, proposta em face da Prefeitura Municipal de Laranja da Terra, apresentada pela empresa Fogtec Serviços Ambientais Ltda, em virtude de possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 55/2023, cujo objeto é contratar empresa para prestação de serviços de armazenamento, transporte e destinação final de resíduos urbanos classe II A, até aterro sanitário devidamente licenciado.

A representante alega, em síntese, a existência de supostas irregularidades ocorridas na etapa de habilitação da empresa Qualitar Limpeza e Soluções Ambientais Eireli, a saber: (a) apresentação de Certidão de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional vencida; (b) ausência de comprovação da autenticidade da assinatura em documento de credenciamento de representante e ausência de declaração de enquadramento como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP); (c) ausência de assinatura digital ou autenticação de documentos (cálculo dos índices, contrato de prestação de serviço) (d) apresentação de Certidão de Acervo Técnico (CAT) incompatível com o objeto licitado pela ausência do serviço armazenamento; (e) ausência de Declaração de indicação de responsáveis técnicos pela empresa; e (f) apresentação de Termo de Compromisso emitido por Aterro Sanitário, sem a devida validade das assinaturas ou análise de conformidade.

Ao final, pugna para que seja concedida medida cautelar para suspender o processo licitatório, anulando a contratação e a retomando-se o certame.

Chegando ao conhecimento desta Corte a presente representação, o Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, por meio da Decisão Monocrática 348/2024 (doc. 13), conheceu a representação e determinou a notificação do Sr. Cláudio Pagung, Secretário Municipal de Serviços Urbanos, do Sr. Paulo Cesar Palácio, Pregoeiro Oficial e do Sr. Josafá Storch, Prefeito Municipal, para que apresentassem os esclarecimentos que entendessem necessários.

Regularmente notificados, os agentes públicos referenciados apresentaram suas justificativas acompanhadas dos respectivos documentos (doc. 18).

Em seguida, o processo foi remetido à Secretaria Geral de Controle Externo (SEGEX), notadamente para a análise prévia de seletividade do objeto de controle, oportunidade na qual o Núcleo de Controle Externo de Meio Ambiente, Saneamento e Mobilidade

Urbana (NASM) se manifestou, por meio da Análise de Seletividade 98/2024 (doc. 44), classificando a representação como **não selecionável**.

Na sequência, a unidade técnica emitiu a Manifestação Técnica 1069/2024 (doc. 45), na qual propôs o prosseguimento do feito, haja vista as razões contidas no item 4 da referida peça técnica.

Sobreveio então a DECM 397/2024, acompanhando o entendimento proposto por meio da Manifestação Técnica 1069/2024 (doc. 45), tendo sido os autos novamente encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Meio Ambiente, Saneamento e Mobilidade Urbana (NASM) para análise, momento em que sobreveio a Manifestação Técnica de Cautelar 16/2024 (doc. 48).

Por fim, vieram os autos ao gabinete para decisão.

É o relatório.

II FUNDAMENTAÇÃO

Como sobredito, trata-se de representação com pedido de medida cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Laranja da Terra, apresentada pela empresa Fogtec Serviços Ambientais Ltda, em virtude de possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 55/2023, cujo objeto é contratar empresa para prestação de serviços de armazenamento, transporte e destinação final de resíduos urbanos classe II A, até aterro sanitário devidamente licenciado.

Em uma análise preliminar do feito, notadamente quanto ao exame prévio de seletividade do objeto de controle, restou consignado na peça técnica de Análise de Seletividade 98/2024 (doc. 44), a classificação da representação como **não selecionável**.

Em que pese o resultado acima transcrito, em razão da natureza das supostas irregularidades e da gravidade da matéria, a Manifestação Técnica 1069/2024 (doc. 45), propôs o prosseguimento do feito, o que foi prontamente acolhido por este relator.

Assim sendo, neste momento processual, em razão do teor da Manifestação Técnica de Cautelar 16/2024 (doc. 48), a questão cinge-se na verificação do preenchimento dos requisitos necessários para concessão da medida cautelar pleiteada.

Quanto a sistemática envolvendo o escopo das cautelares, segundo Piero Calamandrei¹, o objetivo último desta providência, ínsito na medida liminar, é exatamente o de antecipar os efeitos da tutela definitiva, com o propósito derradeiro de prevenir o dano que, em última instância, poderá advir com a demora natural da solução final do litígio.

O autor (Piero Calamandrei²) preceitua, ainda, que quando se reporta à natureza jurídica da medida liminar, deixa-se evidente que essa se encontra exatamente na medida cautelar como provimento provisório judicial, que antecipa a decisão da lide, ainda que carente de ratificação ou revogação subsequente dada pela sentença de mérito.

Neste aspecto, tem-se que o art. 124 da Lei Complementar 621/2012, ao tratar das medidas cautelares no âmbito deste Tribunal de Contas, preceitua que:

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave ofensa ao interesse público 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.

Nesse mesmo contexto, vale citar o art. 376 do RITCEES, que assim diz:

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 (Redação dada pela Emenda Regimental nº 010, de 26.3.2019).

¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

² CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

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.

Na mesma linha, o art. 306 do RITCEES, ao tratar do rito sumário no âmbito deste Tribunal de Contas, estabelece o seguinte:

Art. 306. Os processos em que houver fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou de ineficácia das suas decisões observarão o rito sumário previsto neste Regimento. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 010, de 26.3.2019).

Parágrafo único. Não se confirmando pelo menos um dos requisitos indicados no caput, o processo será regido pelo rito ordinário, salvo decisão colegiada em contrário, devidamente fundamentada. (Parágrafo incluído pela Emenda Regimental nº 023, de 14.6.2023).

Nota-se que os dispositivos supracitados identificam os requisitos que necessariamente deverão ser ponderados e analisados para a eventual concessão de medida cautelar, quais sejam, o fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e o risco de ineficácia da decisão de mérito.

Assim, tem-se por necessária a ponderação da existência do denominado *fumus boni iuris* (inc. I do art. 376), consubstanciado na plausibilidade jurídica do direito alegado frente a um fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e o *periculum in mora* (inc II do art. 376), identificado no risco de ineficácia da decisão de mérito ao final.

Cumprir registrar que a presença de ambos os requisitos deve, concomitantemente e de fato, evidenciar o real indício de irregularidade em conjunto com o risco de grave ofensa ao interesse público em decorrência da demora na prestação da medida pretendida.

Pois bem.

Diante das considerações acima expostas, passo então a análise do preenchimento de cada requisito, separadamente, no presente caso dos autos.

a) Do *fumus boni iuris*

Trata-se o *fumus boni juris*, em síntese e como já mencionado, da plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretende a segurança.

Por esse entende-se a “*fumaça do bom direito*”, a significar que o arrazoadado, trazido pelo representante em sua exordial, é verossimilhante. Deve-se destacar que não é pressuposto dessa “*fumaça*” a prova cabal da existência das irregularidades, mas, sim, que os fundamentos alegados são verossimilhanes, de forma aparente.

Na presente situação, de toda a narrativa apresentada pela representante, foram afastadas todas as irregularidades abordadas por meio da Petição Inicial 467/2024.

Contudo, quanto a análise constante da Manifestação Técnica 1069/2024, os auditores desta Corte entenderam que existe forte indício de possibilidade de dano ao erário que justificaria o prosseguimento do feito, com a consequente concessão da tutela de urgência.

Restou verificado pela equipe técnica a ausência de planilhas de composição de custo unitário, tendo sido apurado que os valores que foram lançados sofreram uma variação de 66,15% sem que houvesse alguma justificativa junto ao processo de contratação que esclarecesse tamanha divergência de preços em curto período, seja para o Pregão Presencial 18/2023, seja para o 55/2023.

Neste aspecto, os auditores sustentaram que:

O que encontramos foram coletas de preços, junto aos possíveis candidatos a prestarem os serviços, o que, a nosso ver, não nos parece uma boa prática, visto o município já ter um contrato vigente em que poderiam utilizar-se dos preços e quantitativos pagos para a elaboração das composições de preços unitários, tanto dos serviços de coleta dos resíduos quanto os de transporte e disposição final. Em vista desta constatação, entendemos que deve ser dada especial atenção a este tópico levantado pela Manifestação Técnica citada, devido a possibilidade de ocorrência de dano ao erário ante os fatos narrados pelo Representante.

Para uma análise mais apurada deste assunto em tela, há que se solicitar do Representado a apresentação dos seguintes documentos: a) Planilha de pagamentos realizados ao aterro sanitário na vigência do contrato anterior, contendo os valores e os quantitativos de resíduos efetivamente dispostos adequadamente no local; b) Planilha de pagamento do prestador de serviços, anterior ao contrato vigente, com os valores pagos mês a mês pelos serviços de coleta, armazenamento e transporte ao aterro sanitário. Nesta planilha deve ser separado os quantitativos de resíduos domiciliares dos resíduos de limpeza pública, visto a necessidade de atendimento aos ditames da Lei 11.445/2007, quanto a sustentabilidade financeira desta prestação; c) Planilha de pagamentos, do prestador anterior ao contrato vigente, com os valores e quantitativos transportados, referente ao transporte dos resíduos

para o aterro sanitário; d) Planilha resumo da balança do aterro sanitário contendo a pesagem na entrada e na saída dos veículos transportadores dos resíduos, referentes ao contrato anterior.

Estes documentos poderão se ater aos últimos 12 meses do contrato anterior ao vigente

Portanto, quanto a variação dos valores de referência lançados nos Pregões 018/2023 e 055/2023, fora verificada pela unidade técnica a presença do *fumus boni iuris*.

Pois bem.

A leitura minudente dos atos que compõem os processos administrativos por meio do qual restou verificada a ausência de planilhas de composição de custo unitário, tendo sido apurado que os valores que foram lançados sofreram uma variação de 66,15% sem que houvesse alguma justificativa junto ao processo de contratação, firmam minha convicção no sentido de reconhecer, igualmente, a presença da plausibilidade jurídica quanto a este item e a conseqüente presença do *fumus boni iuris*.

b) Do *periculum in mora*

Quanto ao denominado perigo da demora (*periculum in mora*), compreende-se este como, indubitavelmente, o primeiro e mais importante dos requisitos indispensáveis para a concessão de medidas liminares em antecipação de cautela.

Desta forma, para a obtenção da medida liminar e conseqüentemente da tutela cautelar implícita, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela.

Em outras palavras, como propagado por Enrico Tullio Liebman³, pelo termo valorativo probabilidade, no qual o mesmo reporta-se sobre possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal.

Associado a isto, deve-se ter em conta a necessidade de se avaliar o que convencionou-se denominar de “***periculum in mora***” ***reverso*** quando da concessão, ou não, de medidas cautelares, notadamente aquelas que venham a obstar uma contratação ou determinar a suspensão da prestação de um determinado serviço.

³ SOUZA, Marcus Valério Saavedra Guimarães de. Medida Liminar Provimento Judicial de Caráter Emergencial, ou Solução Acauteladora de um Possível Direito Agravado

Isto porque, em determinadas hipóteses, ao sopesar as circunstâncias, deve ser verificada se a concessão da medida cautelar proposta não acarretará risco de se implantar situação mais gravosa à ordem administrativa em geral e aos munícipes.

De princípio, alerto para o fato de que os serviços aqui tratados possuem natureza essencial, cujo objeto se refere a prestação de serviços de armazenamento, transporte e destinação final de resíduos urbanos classe II A, até aterro sanitário devidamente licenciado.

Tenho por premissa apontar que, no meu entender, a natureza essencial do serviço a ser realizado, seja por uma característica intrínseca do próprio objeto, especificidade de sua execução ou por expressa determinação legal, deva ser tratado com certa cautela e sensibilidade quando da análise do deferimento ou não da medida liminar.

Neste aspecto, advirto que o procedimento licitatório sob debate se encontra finalizado, já com a assinatura do contrato administrativo 006/2024 e sua publicação no Diário Oficial do Estado em 18/01/2024, com prazo de execução até 16/01/2025.

É possível notar, portanto, que a paralisação do serviço de coleta e processamento de lixo poderia acarretar um prejuízo muito maior aos munícipes. Digo isto pois a paralisação deste serviço público essencial, da forma como ora se apresenta, caracteriza uma situação de *periculum in mora* reverso.

É sabido que ao se iniciar a execução de uma obra ou serviço, tal qual o previsto na licitação referida, que esta venha a cabo a seu devido tempo e sem interrupção.

No mais das vezes, o que se observa é que a própria má elaboração de um projeto básico, executivo, ou intercorrências verificadas nos cursos destas e relativas à própria execução do projeto ou da seleção da empresa prestadora do serviço, é que ensejam a necessidade da paralisação.

Contudo, não podem os munícipes sofrerem com os equívocos cometidos pela administração pública.

Dito isto, a situação de risco reverso, caso seja concedida a medida cautelar pretendida, no estágio em que se encontra, pode ocasionar situação tumultuosa e prejudicial tanto para a população, bem como à Administração.

Cumpra ressaltar, como dito anteriormente, acerca da necessidade da presença cumulativa dos requisitos necessários para a concessão da medida cautelar, bem como da inexistência do denominado “*periculum in mora*” reverso.

Devo advertir desde já que o regime das medidas cautelares é caracterizado pela precariedade, tanto no que diz respeito àquelas concedidas, facultando-se a sua revogação, quanto àquelas não acatadas em um primeiro momento, mas que, futuramente, possam ser renovadas e concedidas.

Assim sendo, em atendimento ao que dispõe o artigo 376 da Resolução TCEES nº. 261/2013, é exigível a presença dos dois requisitos para a concessão da medida cautelar, conjuntamente com a inexistência do perigo reverso, de modo que entendo, portanto, pelo indeferimento da cautelar, vez que presente o *periculum in mora* reverso, conforme acima enunciado.

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, do Regimento Interno do TCEES aprovado pela Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013, acompanho o entendimento técnico e VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

DAVI DINIZ DE CARVALHO

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1527/2024-3

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. INDEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, nos termos do art. 307, § 3º do RITCEES, visto que restou verificado o risco do *periculum in mora* reverso, nos termos deste voto;

1.2. NOTIFICAR a Prefeitura Municipal de Laranja da Terra, por meio do Chefe do Poder Executivo Municipal, para que, nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES, preste as informações quanto ao esclarecimento da discrepância de valores de referência lançados para esta contratação nos Pregões Presenciais 18/2023 e 55/2023 e providencie, no prazo determinado, os documentos elencados no item 2.3, alíneas a, b, c e d da Manifestação Técnica de Cautelar 16/2024;

1.3. DETERMINAR a tramitação do feito sob o rito ordinário, assim que escoado o prazo de 10 (dez) dias para a prestação de informações pelos responsáveis, a fim de que esta Corte de Contas proceda à devida análise de mérito;

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

2. Unânime

3. Data da Sessão: 07/06/2024 – 22ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Davi Diniz de Carvalho (presidente/relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

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

CONSELHEIRO DAVI DINIZ DE CARVALHO

Presidente