



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: 3B03B-CC7A0-AB423



Decisão 00738/2021-1 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 05846/2020-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

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

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: Membros do Ministério Público de Contas (LUIS HENRIQUE ANASTACIO DA SILVA)

Responsável: LUIZ CESAR MARETTA COURA, JOEMAR BRUNO FRANCISCO ZAGOTO

**CONTROLE EXTERNO – REPRESENTAÇÃO –
DEPARTAMENTO DE EDIFICAÇÕES E DE
RODOVIAS DO ESPÍRITO SANTO (DER/ES) –
CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 07/2020 –
EXTENSÃO DA MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO
AO CONTRATO CELEBRADO EM DECORRÊNCIA
DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.
007/2020 – NOTIFICAÇÃO PARA
ENCAMINHAMENTO DE DOCUMENTOS –
EXCLUSÃO DE RESPONSÁVEL POR
ILEGITIMIDADE PASSIVA.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pelo Ministério Público Especial de Contas, em petição subscrita pelo Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, em face do Edital de Concorrência Pública nº 07/2020, de titularidade do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, cujo objeto visa à “Contratação de empresa para prestação de serviços de apoio ao Gerenciamento do Plano de Investimentos do DER–ES em Obras Rodoviárias com Aplicação de Recursos do Contrato de Financiamento, do Programa Especial de Apoio aos Estados (PROPAE) do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em conformidade com os termos do Contrato de Financiamento firmado entre o Estado do Espírito Santo e o BNDES (12.2.1155.1), conforme descrito na Planilha orçamentária/Termo de Referência”.

Em síntese, o Ministério Público Especial de Contas aponta que o Edital de Concorrência Pública nº. 007/2020 prevê a contratação de empresa com vistas à prestação do serviço de apoio ao gerenciamento do plano de investimentos do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, atividade esta que estaria encartada dentre aquelas a serem prestadas de forma exclusiva por servidores públicos, sem a possibilidade de sua delegação.

Logo, a Representante sustenta presença de vícios em afronta à Lei Complementar Estadual nº. 926/2019, e apresenta julgados da Corte de Contas da União e deste Tribunal em embasamento a seu pedido de mérito.

Não bastasse isso indica, ainda, a existência de suposta irregularidade decorrente de formulação de orçamento deficiente. Neste particular, aduz que a existência de descontos de até 50% (cinquenta por cento) nos valores dos serviços revela inadequação nas pesquisas de mercado e preços a serem praticados, caracterizando-se como ato ensejador de possível dano ao erário e a não obtenção da proposta mais vantajosa.

Diante das supostas irregularidades apontadas na peça inaugural, a Representante, em caráter cautelar, requer:

[...]

3.2 LIMINARMENTE, com espeque nos arts. 1º, incisos XV e XVII, 108 e 125, incisos II e III, da LC n. 621/12, a concessão de medida cautelar inaudita altera parte, determinando ao DIRETOR-PRESIDENTE DO DER-ES e ao PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO DER-ES que promova a imediata SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 007/2020, incluindo a abstenção de homologá-la até decisão final de mérito ou de assinar contratos, bem assim de efetuar os respectivos empenhos ou pagamentos, notificando os responsáveis, nos termos do art. 307, § 4º, do RITCEES para o cumprimento da decisão e adoção das demais providências legais;

[...]

Por meio da Decisão Monocrática 982/2020-9, foi notificado o responsável para que para que tomasse ciência da presente Representação e, no prazo de 05 (cinco) dias, se pronunciasse sobre as supostas irregularidades apontadas, e em igual prazo encaminhasse a esta Corte de Contas, preferencialmente por meio digital, cópia integral do Processo Administrativo por meio do qual se desenvolve a Concorrência Pública nº. 007/2020 e informasse a esta Corte de Contas o atual estágio do procedimento licitatório.

Juntados tais documentos e devidamente analisados os elementos fáticos e jurídicos relacionados ao caso submetido a esta Corte de Contas, decidi, por meio da Decisão Monocrática 1001/2020-2, nos seguintes termos, a saber:

[...]

Quanto aos requisitos de admissibilidade, sua verificação já foi objeto de análise através da Decisão Monocrática 982/2020, quer além de conhecer da presente representação, em face do preenchimento dos requisitos,

determinou a notificação do Senhor Luiz Cesar Maretta Coura (Diretor-Presidente do Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER-ES), para que tomasse ciência da presente Representação e, no prazo de 05 (cinco) dias, se pronuncie sobre as supostas irregularidades apontadas, e em igual prazo encaminhasse a esta Corte de Contas, preferencialmente por meio digital, cópia integral do Processo Administrativo por meio do qual se desenvolve a Concorrência Pública nº. 007/2020 e informasse a esta Corte de Contas o atual estágio do procedimento licitatório.

Analisando os documentos apresentados, bem como as informações disponíveis no sítio eletrônico do Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo - DER-ES, verificasse que o valor orçado para a Concorrência Pública 007/2020 ficou em R\$ 6.950.000,00¹ (seis milhões, novecentos e cinquenta mil reais).

Ocorre que, os valores ofertados pelas três empresas que ofereceram as melhores propostas giraram na casa dos R\$ 3.400.00,00 (três milhões e quatrocentos mil reais), **obtendo assim um “desconto” percentual maior que 50% do orçamento inicialmente orçado.**

Em uma análise rasa e limitada, poderia se imaginar que tão vultuoso desconto refletisse em benefício para a administração, porém como bem alertou o Ministério Público de Contas na presente representação, índices de desconto como esse, conduzem a um raciocínio inevitável **de que a pesquisa de preços não foi suficientemente fidedigna com a realidade**, o que inevitavelmente influencia diretamente em todo contexto de condução e apresentação de propostas pelas licitantes, trazendo uma falsa impressão de que a administração está obtendo vantajosos descontos em relação ao se que pretende contratar.

A partir dessa constatação, ainda de forma não exauriente, típica das análises cautelares, infere-se a presença de um dos requisitos autorizadores para a concessão da medida cautelar pretendida pelo *parquet* de Contas, qual seja o *fumus boni iuris*, que nada mais é que a probabilidade do alegado.

Quanto a alegação do *parquet* de que atividade que se pretende contratar deveria serem prestadas de forma exclusiva por servidores públicos, sem a possibilidade de sua delegação, tal afirmativa deverá ser objeto de análise quando do mérito da presente representação.

Em relação ao outro requisito indispensável para concessão da medida excepcional, o perigo da demora, muito embora estivesse expresso na notificação dirigida ao gestor, que seria obrigação do mesmo informar qual estágio estivesse o certame, fato esse que não ocorreu, foi possível identificar na página 139 (evento 64) dos autos, ordem de início datada de 01 de dezembro, com prazo de 30 dias para mobilização, ou seja, latente o início da execução do contrato que ora poderá estar viciado, assim resta caracterizado a necessidade de intervenção imediata dessa Corte, assim presente o *periculum in mora*.

Face ao exposto decido por determinar a **SUSPENSÃO CAUTELAR DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA 007/2020 DO DER-ES**, até ulterior decisão deste Tribunal de Contas, sob pena de incorrer em multa e demais sanções aplicáveis à espécie, inclusive ressarcimento ao erário, em face de atendidos os pressupostos do art. 376, I e II do RITCEES c/c art. 124 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, visto que restaram demonstrados os requisitos autorizadores da medida no caso concreto e na forma do art. 307, da Resolução 261/2013, concedo **prazo de 10 (dez) dias** para em cumprimento a esta decisão, façam publicar na imprensa oficial seu teor, bem como comunicando as providências adotadas perante este Tribunal de Contas.

Decido ainda por, **NOTIFICAR** os responsáveis para sua oitiva, nos termos do artigo 307, §3º do RITCEES, no prazo de 10 (dez) dias;

¹ Valor arredondado de R\$ 6.950.003,97.

[...]

A referida Decisão Monocrática (DECM) nº. 1001/2020 foi ratificada, por meio de voto proferido por este Relator, na primeira sessão subsequente realizada pela 2ª. Câmara desta Corte de Contas, convolvando-se na Decisão nº. 008/2021 de mesmo teor. Cumpre observar que esta mesma Decisão expediu notificação aos responsáveis indicados para apresentação de documentos e, caso assim quisessem, apresentação de manifestação acerca dos fatos narrados nos autos.

Sobreveio, então, resposta escrita dos mesmos, razão pela qual foi o feito direcionado ao Ministério Público Especial de Contas para ciência e manifestação. Desta feita, foi expedido o Parecer Ministerial nº. 1119/2021, da lavra do Dr. Luiz Henrique Anastácio da Silva, cujo conclusão assim dispôs:

[...]

Não obstante o recebimento da notificação da decisão monocrática 1001/2020 pela autarquia em 29/12/2020 (evento 68), bem como da disponibilização da Decisão TC 8/2021 - 2ª Câmara no Diário Oficial Eletrônico em 29/01/2021 (evento 81), o Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER-ES deu prosseguimento ao certame, o que infringe à decisão dessa Corte.

Assim sendo, a LOTCEES prevê a aplicação de multa aos responsáveis, nos moldes do art. 135, inciso IV, que deve ser aplicada ao Diretor-Presidente, Sr. Luiz Cesar Maretto Coura, pois, muito embora cientificado das decisões, não acatou o que foi decidido por esta Corte. **Entretanto, deve ser afastada a responsabilização do Procurador, Sr. Joemar Bruno Francisco Zagoto, nos termos da fundamentação exposta na Defesa 173/2021 (evento 110).**

Isto posto, **pugna** o Ministério Público de Contas, com fundamento no artigo 135, IV, da LOTCEES, pela aplicação de **multa** individual no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao Sr. LUIZ CESAR MARETTO COURA, Diretor-presidente do DER.

Pugna, também, que seja notificado o gestor para que encaminhe a **comprovação** do cumprimento da decisão emanada por esta essa Corte, com a devida publicação na imprensa oficial, sob pena de nova aplicação de multa e, no **caso de descumprimento e execução do serviço**, requer a expedição de **determinação**, no sentido de que a autarquia apresente o ato de designação de **fiscal** do contrato, assim como a apresente os documentos relacionados a **medições** dos serviços contratados e executados, bem como requer que DER requisite cópias da Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – **GFIP/SEFIP** dos funcionários das empresas vinculados aos contratos.

[...]

Após, os autos vieram conclusos para decisão deste Relator.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme acima exposto, trata-se de Representação proposta pelo Ministério Público Especial de Contas, em petição subscrita pelo Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, em face do Edital de Concorrência Pública nº 07/2020, de titularidade do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, cujo objeto visa à “Contratação de empresa para prestação de serviços de apoio ao Gerenciamento do Plano de Investimentos do DER–ES em Obras Rodoviárias com Aplicação de Recursos do Contrato de Financiamento, do Programa Especial de Apoio aos Estados (PROPAE) do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em conformidade com os termos do Contrato de Financiamento firmado entre o Estado do Espírito Santo e o BNDES (12.2.1155.1), conforme descrito na Planilha orçamentária/Termo de Referência”.

Preliminarmente, cabe observar que há requerimento expresso do Ministério Público Especial de Contas pela exclusão de eventual responsabilidade a ser atribuída ao Sr. Joemar Bruno Francisco Zagoto, nos termos da defesa apresentada nos autos.

Não vislumbro óbice a tanto, especialmente porque a defesa apresentada, de fato, comprova a ausência de participação do Sr. Joemar Bruno Francisco Zagoto nos atos aqui tratados, notadamente o descumprimento da decisão proferida por esta Corte de Contas, devendo ser reconhecida a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo desta Representação.

A instrução processual desenvolvida até o presente momento permitiu entrever a presença dos requisitos autorizadores à concessão da medida cautelar pleiteada pelo Ministério Público Especial de Contas em sua peça de representação, conforme já delineado na Decisão Monocrática (DECM) nº. 1001/2021.

Nesta ocasião, restou assentado, quanto ao *fumus boni iuris e periculum in mora* que:

[...]

Analisando os documentos apresentados, bem como as informações disponíveis no sítio eletrônico do Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo - DER-ES, verificasse que o valor orçado para a Concorrência Pública 007/2020 ficou em R\$ 6.950.000,00² (seis milhões, novecentos e cinquenta mil reais).

Ocorre que, os valores ofertados pelas três empresas que ofereceram as melhores propostas giraram na casa dos R\$ 3.400.00,00 (três milhões e

² Valor arredondado de R\$ 6.950.003,97.

quatrocentos mil reais), **obtendo assim um “desconto” percentual maior que 50% do orçamento inicialmente orçado.**

Em uma análise rasa e limitada, poderia se imaginar que tão vultuoso desconto refletisse em benefício para a administração, porém como bem alertou o Ministério Público de Contas na presente representação, índices de desconto como esse, conduzem a um raciocínio inevitável **de que a pesquisa de preços não foi suficientemente fidedigna com a realidade,** o que inevitavelmente influencia diretamente em todo contexto de condução e apresentação de propostas pelas licitantes, trazendo uma falsa impressão de que a administração está obtendo vantajosos descontos em relação ao se que pretende contratar.

A partir dessa constatação, ainda de forma não exauriente, típica das análises cautelares, infere-se a presença de um dos requisitos autorizadores para a concessão da medida cautelar pretendida pelo *parquet* de Contas, qual seja o *fumus boni iuris*, que nada mais é que a probabilidade do alegado.

Quanto a alegação do *parquet* de que atividade que se pretende contratar deveria serem prestadas de forma exclusiva por servidores públicos, sem a possibilidade de sua delegação, tal afirmativa deverá ser objeto de análise quando do mérito da presente representação.

Em relação ao outro requisito indispensável para concessão da medida excepcional, o perigo da demora, muito embora estivesse expresso na notificação dirigida ao gestor, que seria obrigação do mesmo informar qual estágio estivesse o certame, fato esse que não ocorreu, foi possível identificar na página 139 (evento 64) dos autos, ordem de início datada de 01 de dezembro, com prazo de 30 dias para mobilização, ou seja, latente o início da execução do contrato que ora poderá estar viciado, assim resta caracterizado a necessidade de intervenção imediata dessa Corte, assim presente o *periculum in mora*.

[...]

Faço referência a tais argumentos para destacar que os fatos ensejadores da concessão da medida cautelar pleiteada ao tempo da decisão proferida, ainda encontram-se presentes, especialmente por estarem relacionados à proposta comercial declarada vencedora e que, portanto, passou a integrar e servir de base para o contrato administrativo celebrado pelo Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo – DER/ES.

De outro turno, ao tempo da análise da concessão da medida cautelar foi suscitado, como evidência do *periculum in mora*, a possibilidade de celebração de contrato administrativo viciado decorrente do procedimento licitatório.

É de se ver que a decisão proferida, naquela oportunidade, fez referência à necessidade de sustação do procedimento licitatório, não abrangendo a própria paralisação do contrato administrativo, pois ainda não havia confirmação do início de sua execução.

Ora, se ao tempo da concessão da medida a simples possibilidade da assinatura do contrato seria suficiente para a sustação dos atos, mais ainda quando o mesmo

encontra-se celebrado e em franca execução. Diante disso, os argumentos trazidos pelo Ministério Público Especial de Contas visando a concessão da medida cautelar encontram-se compatíveis com o atual momento em que se encontra a prestação dos serviços licitados através do Edital de Concorrência Pública nº. 007/2020, razão pela qual amplio os efeitos da medida cautelar deferida para abranger o Contrato Administrativo nº. 084/2020 celebrado entre o Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo – DER/ES e Consórcio PROSUL – STCP/BNDES, até ulterior decisão desta Corte de Contas.

Associado a isto, em vista do início da execução do referido contrato, o Ministério Público Especial de Contas pugnou, ainda, pelo encaminhamento de documentação complementar, qual seja, apresentação do *“ato de designação de **fiscal** do contrato, assim como a apresente os documentos relacionados a **medições** dos serviços contratados e executados, bem como requer que DER requisite cópias da Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – **GFIP/SEFIP** dos funcionários das empresas vinculados aos contratos”*.

Tenho que a pretensão de alcance da documentação complementar encontra guarida e pertinência com os fatos aqui tratados, razão pela qual deve ser expedida nova **NOTIFICAÇÃO** ao Sr. Luiz Cezar Maretta Coura, Diretor-Presidente do Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo – DER/ES a fim de que traga aos autos, preferencialmente por meio eletrônico, a documentação relacionada pelo Ministério Público Especial de Contas.

Por fim, aduz o *Parquet* de Contas ter havido descumprimento do teor da Decisão Monocrática nº. 1001/2021 quanto à sustação do procedimento licitatório, implicando na necessidade de aplicação de multa no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com fulcro no art. 135, IV, da Lei Complementar nº. 621/2012.

Ocorre, porém, que as justificativas apresentadas pelo gestor divergem quanto ao descumprimento, havendo a possibilidade de equívoco quanto à temporalidade do cumprimento da decisão proferida por este Tribunal de Contas.

Em sendo assim, e a título de prudência, reputo conveniente aguardar o deslinde da instrução processual, com manifestação explícita da área técnica quanto a este ponto futuramente, a fim de que possa ser aplicada a referida sanção.

Ante o exposto, em consonância parcial com a manifestação do Ministério Público Especial de Contas, VOTO para que este Colegiado adote a seguinte a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-738/2021-1

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

1.1. DEFERIR MEDIDA CAUTELAR para determinar a **SUSPENSÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº. 084/2020**, celebrado entre o Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo – DER/ES e Consórcio PROSUL – STCP/BNDES, até ulterior decisão deste Tribunal de Contas, sob pena de incorrer em multa e demais sanções aplicáveis à espécie, inclusive ressarcimento ao erário, em face de atendidos os pressupostos do art. 376, I e II do RITCEES c/c art. 124 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, visto que restaram demonstrados os requisitos autorizadores da medida no caso concreto e na forma do art. 307, da Resolução 261/2013, concedo **prazo de 10 (dez) dias** para em cumprimento a esta decisão, façam publicar na imprensa oficial seu teor, bem como comunicando as providências adotadas perante este Tribunal de Contas;

1.2. NOTIFICAR o Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo por meio do **Sr. Luiz Cezar Maretta Coura** para sua oitiva, nos termos do artigo 307, §1º do RITCEES;

1.3. NOTIFICAR o Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo por meio do **Sr. Luiz Cezar Maretta Coura** para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresente a documentação relacionada pelo Ministério Público Especial de Contas, qual seja, *“ato de designação de **fiscal** do contrato, assim como a presente os documentos relacionados a **medições** dos serviços contratados e executados, bem como requer que DER requisite cópias da Guias de Recolhimento do FGTS e*

Informações à Previdência Social – GFIP/SEFIP dos funcionários das empresas vinculados aos contratos”;

1.4. DETERMINAR a retificação dos registros a fim de que seja o Sr. Joemar Bruno Francisco Zagoto excluído do rol de responsáveis destes autos.

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

2. Unânime

3. Data da Sessão: 07/04/2021 - 15ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

4. Especificação do quórum:

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

5. Membros do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Luciano Vieira

CONSELHEIRO SERGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente