VOTO

Trata-se de agravo interposto pelo DER/ES contra medida cautelar adotada em despacho por este Relator em 21/12/2016 para obstar a emissão da ordem de início das obras relativas à Variante do Mestre Álvaro na Rodovia BR-101/ES, antes da aprovação da totalidade do projeto básico.

2. Consoante verificado pela Secex/ES, o agravo é intempestivo.

3. O despacho contendo a medida cautelar foi encaminhado ao DER/ES por meio do Ofício 0903/2016-Secex/ES (peça 43), entregue em 22/12/2016 (peça 48). Consequentemente, o prazo de cinco dias para interposição do agravo, estabelecido no art. 289 c/c os arts. 183 e 185, todos do RI/TCU, esgotou-se em 27/12/2016. Porém, a peça recursal somente foi protocolada na Secretaria em 29/12/2016.

4. Não obstante esse aspecto, entendo que, em caráter excepcional, deva-se conhecer do agravo, considerando a relevância da matéria e o atraso de apenas dois dias na interposição, que deve ser sopesado com o fato de que a tramitação do feito ocorreu no fim do ano, época em que as equipes de trabalho encontram-se reduzidas.

5. Como visto anteriormente, são dois os argumentos trazidos pelo responsável para desconstituir a medida cautelar adotada: a desconsideração de sua manifestação em oitiva prévia e a desnecessidade da medida cautelar.

6. Quanto ao primeiro ponto, há que se reconhecer que a unidade técnica não atentou para o envio da manifestação por meio de correio eletrônico em 9/12/2016, dando prosseguimento à instrução como se o DER/ES houvesse se quedado silente. Por outro lado, cabe também apontar que há circunstância atenuante para a falha, eis que a autarquia somente remeteu a documentação física em 22/12/2016 e, portanto, não cumpriu o prazo de cinco dias, contados da data da leitura da mensagem eletrônica pelo Tribunal (12/12/2016), consoante disposto no art. 9º, inciso III, da Resolução-TCU 170/2004 e registrado no item 3, alínea "c", do Anexo I, do Ofício 0903/2016-Secex/ES.

7. Verifica-se, contudo, que o lapso não trouxe prejuízo à convicção deste Relator quanto ao cabimento da medida cautelar. As alegações alinhadas pelo DER/ES na oitiva prévia foram também suscitadas na manifestação do Consórcio Contractor/Pelicano/Sulcatarinense/Enecon, a qual foi recebida após a conclusão da instrução e acostada na peça 39 destes autos. Naquela manifestação, houve pronunciamento sobre os itens arguidos na oitiva prévia, com oferecimento de alegações versando sobre a literalidade do item 3.2.1 do Anexo I do Edital (itens 24/25-peça 39) e a não alteração do termo final da obra pelo novo cronograma apresentado (itens 19/22-peça 39), entre outros pontos, tal como argumentado pelo DER/ES. Essas alegações foram apreciadas por este Relator, que se posicionou pelo seu não acolhimento no despacho que adotou a medida cautelar (peça 40), conforme transcrito abaixo:

> "4. Considerando que a manifestação do referido consórcio, acostada aos autos em 19/12/2016, não respondeu integralmente aos itens constantes de sua oitiva, retro transcritos, e não traz elementos que afastem os riscos advindos de a obra ser iniciada sem que o projeto básico esteja integralmente aprovado; (...)."

8. Portanto, vê-se que a falha não causou prejuízo ao processo decisório que levou à adoção da medida cautelar. Da mesma forma, tem-se que a falha não acarretou prejuízo à parte, porque as alegações não teriam o condão de alterar o juízo firmado por este Relator. Consequentemente, a argumentação afigura-se inapta para desconstituir a medida acautelatória.

9. Quanto à alegação de desnecessidade da cautelar, o responsável sustenta seu argumento nos fatos de que os projetos ainda se encontram em fase de recebimento e que não há ordem de início de execução das obras emitida. Todavia, observa-se que não foram apresentados elementos que afastassem o risco de início das obras no trecho entre as estacas 500 e 950 antes da aprovação da totalidade do projeto básico. Ao contrário, há indícios nos autos de que a questão chegou a ser

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56846232.

cogitada, como admitido pelo Consórcio Executor em sua manifestação (peça 39). Por conseguinte, a alegação não se faz suficiente para ensejar a reforma da cautelar.

10. Feito o exame cabível, conclui-se pelo conhecimento do agravo, em caráter excepcional, e seu não provimento, com a consequente manutenção da medida cautelar expedida por meio do despacho proferido em 21/12/2016.

11. Esclareça-se que a providência acautelatória não prejudica o andamento do contrato, visto que esse se encontra em fase de recebimento de projetos, como noticiado pelo DER/ES, ao passo que a medida incide somente sobre a ordem de início das obras.

12. Cabe registrar que, após a chegada do processo a meu Gabinete, foram juntadas aos autos a manifestação da Superintendência do Dnit no Espírito Santo e do Consórcio Contractor/Pelicano/Sulcatarinense/Enecon em resposta à oitiva referente à cautelar. Essas manifestações serão examinadas em conjunto com a resposta oferecida pelo DER/ES no prosseguimento da instrução destes autos.

13. Adicionalmente, tem-se que a Direção Geral do Dnit encaminhou a esta Corte manifestação (peça 60) com o objetivo de complementar as informações já enviadas. A peça faz uma exposição sobre as garantias e os seguros previstos na licitação e no contrato com o intuito de demonstrar que a Administração encontra-se resguardada de eventual inexecução ou execução parcial da obra. Conquanto a manifestação apresente subsídios relevantes à análise do processo, ela não tem a aptidão de afastar a medida cautelar neste momento, porque não permite efetuar a mensuração dos riscos à execução do empreendimento ocasionados pela cisão do projeto básico. Ressalte-se que essa aferição será realizada em etapa subsequente.

14. De todo modo, é importante deixar assente que a matéria em discussão nestes autos é questão específica incidente sobre a obra objeto do Contrato 81/2014-DER/ES, não podendo ser automaticamente extrapolada a outros empreendimentos vinculados ao Dnit.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 8 de fevereiro de 2017.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56846232.