

ACÓRDÃO 01698/2019-1 – SEGUNDA CÂMARA

Processo: 14317/2019-1
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação
UG: PMI - Prefeitura Municipal de Itapemirim
Relator: Sérgio Manoel Nader Borges
Representante: SERGIO CARLOS NASCIMENTO
Responsável: DELCINEIA RODRIGUES DA SILVEIRA, THIAGO PECANHA
LOPES
Procuradores: FERNANDO SANTOS MOURA

**REPRESENTAÇÃO – EXTINGUIR O PROCESSO
SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – AUSÊNCIA DE
INTERESSE PROCESSUAL – DAR CIÊNCIA AO
REPRESENTANTE – ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Representação, protocolizada nesta Corte de Contas pelo Senhor Sergio Carlos Nascimento, em face da Prefeitura Municipal de Itapemirim, questionando possíveis irregularidades na realização do Pregão Presencial 069/2019, cujo objeto é “contratação de empresa para fornecimento de sistemas informatizados de gestão pública, englobando cessão de direito de uso, instalação, implantação, treinamento, customização, migração, adequação, suporte técnico, atualização tecnológica e assistência técnica dos sistemas informatizados de gestão pública”.

Em síntese, o representante aponta como irregularidades: ilegalidade do registro de preços, em função da alegada impossibilidade de licitação do objeto licitado por intermédio de pregão presencial para registro de preços; impedimento de participação de empresas em recuperação judicial; exigência de atestado de capacidade técnica de todo o objeto licitado; exigência de documentação além aquela prevista na legislação vigente; vedação de participação de empresas suspensas de participar de licitações por qualquer órgão da administração pública; dentre outras.

Por meio da Decisão Monocrática 673/2019-8, foi determinada a notificação do Sr. Thiago Peçanha Lopes (Prefeito Municipal) e da Sr.^a Delcinéia Rodrigues da Silveira (Pregoeira Oficial) para que, no prazo de 05 (cinco) dias improrrogáveis, se manifestassem sobre as supostas irregularidades. Ademais, foi fixado o prazo de 5 dias para que a Prefeitura Municipal de Itapemirim encaminhasse a esta Corte de Contas, preferencialmente por meio digital, cópia do Processo Administrativo por meio do qual se desenvolve o Pregão Presencial nº 069/2019.

Em resposta (doc. 09), o Controlador Geral do Município, Sr. Fernando Santos Moura, encaminhou parecer jurídico da Procuradoria Geral do Município, contendo esclarecimentos em relação ao Pregão 69/2019 (doc. 10), bem como informou que a própria administração suspendeu o certame ante a identificação de inconsistências e que publicaria novo Edital, conforme cópia do DIO-ES anexada (doc. 11). Ademais, solicitou mais 5 dias de prazo para envio da cópia integral do processo administrativo, no que foi atendido, conforme Decisão Monocrática Preliminar 695/2019-4.

Transcorrido o novo prazo concedido, o Controlador Geral do Município juntou tão somente a cópia da “publicação da reedição” do Pregão Presencial 069/2019 (docs. 25 e 26), sem apresentar cópia do Processo Administrativo por meio do qual se desenvolve o certame.

Os autos foram então remetidos a este Núcleo de Controle Externo de Tecnologia da Informação e Comunicação (NTI), que elaborou a Manifestação Técnica 10367/2019, pugnando o seguinte:

5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante todo o exposto, sugere-se a seguinte proposta de encaminhamento à consideração superior:

- 5.1 Conhecer a representação na presença dos requisitos de admissibilidade;
- 5.2 Determinar à autoridade competente a suspensão cautelar do procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 069/2019, na fase em que se encontrar, até ulterior decisão de mérito, nos termos dos artigos 376 e 377, I do RITCEES.
- 5.3 Notificar a autoridade competente para que se pronuncie no prazo de até 10 dias quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do artigo 307, § 3º, do RITCEES e encaminhe quaisquer outros esclarecimentos e documentos que julgar necessários à elucidação dos indícios de irregularidades apontados, bem como a cópia integral do processo administrativo referente ao Pregão Presencial 69/2019;
- 5.4 Em atenção ao artigo 307, §4º, e em caso de deferimento da medida cautelar, a notificação à autoridade competente, para, no prazo assinalado, cumprir a decisão, publicar extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicar as providências adotadas ao tribunal.
- 5.5 Cientificar a Representante da decisão do tribunal, nos termos do artigo 307, §7º do RITCEES.

Posteriormente, foi concedida a medida cautelar, determinando a imediata suspensão do Pregão Presencial nº 069/2019, além de notificar os responsáveis para, no prazo de 5 (cinco) dias, cumprirem a decisão, publicarem o extrato na imprensa oficial, comunicarem ao Tribunal as providências adotadas. Além disso, foi determinada a oitiva dos responsáveis e o encaminhamento de cópia integral do processo administrativo referente ao Pregão Presencial 69/2019, no prazo de 10 (dez) dias (Decisão Monocrática 802/2019-3), tendo a Segunda Câmara ratificado o deferimento da medida cautelar constante da Decisão Monocrática 802/2019-3, na forma da Decisão 2340/2019-3.

Os responsáveis, após serem notificados da decisão, apresentaram esclarecimentos, informando que o certame seria anulado. Além disso, encaminharam a cópia integral do processo administrativo referente ao Pregão Presencial 69/2019 (Peças 46 a 139).

Após, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Tecnologia da Informação e Comunicação, onde foi elaborada a Instrução Técnica Conclusiva ITC 3931/2019-8, propondo a extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de interesse processual e o arquivamento dos autos.

Em seguida, foram os autos encaminhados para o Ministério Público de Contas, tendo sido confeccionado o Parecer 5255/2019-8, anuindo os termos da ITC 3931/2019-8.

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Conforme aponta a área técnica, verificou-se em consulta ao Diário Oficial do Estado do Espírito Santo que o aviso de Suspensão do Pregão Presencial 069/2019 foi publicado em 04/09/2019. Posteriormente, em 24/09/2019, o cancelamento do certame foi publicado no DIOES.

Baseando-se nas regras procedimentais previstas no RITCEES, sugere a área técnica que o processo seja extinto sem julgamento do mérito, em virtude da ausência de interesse processual, tendo em vista a ausência da necessidade e da utilidade provenientes da tramitação do processo.

A seguir, o breve posicionamento da área técnica, estampado na ITC 3931/2019-8, acerca do ocorrido:

2 ANÁLISE TÉCNICA

Como se verifica dos autos, os responsáveis foram notificados da medida cautelar e apresentaram esclarecimentos (Peças 43 e 44). De acordo com a documentação protocolada pelo Prefeito Municipal e pela Pregoeira em 12/09/2019, a licitação seria anulada, iniciando-se outro processo, considerando as adaptações necessárias para “atender as determinações desse Tribunal quanto a obrigatoriedade de sistema informatizado único de contabilidade interligada entre o executivo, suas autarquias e legislativo, de acordo com o art.48, inciso III da Lei 101, regulamentado pelo Decreto 7185/2010”.

Embora os notificados não tenham trazido aos autos comprovação do cumprimento da Decisão Monocrática 802/2019-3, ratificada pela Decisão 2340/2019-9, verificou-se em consulta ao Diário Oficial do Estado do Espírito Santo que o aviso de Suspensão do Pregão Presencial 069/2019 foi publicado em 04/09/2019. Posteriormente, em 24/09/2019, o cancelamento do certame foi publicado no DIOES.

De acordo com a redação unívoca do art. 307, § 5º do Regimento Interno, quando o responsável der cumprimento à medida cautelar e deixar de contestá-la, com o saneamento das irregularidades, será proferida decisão de mérito. Dessa forma, o caso dos autos se subsume ao citado dispositivo, impondo a prolação de decisão meritória, ou seja, com resolução de mérito, seja pela procedência ou pela improcedência da Representação.

Ocorre que há nuances, no presente caso, que atraem a aplicação do disposto no Código de Processo Civil, em razão de esse Diploma Processual estabelecer, com maior precisão, a melhor solução ao caso dos autos.

Como visto no resumo do histórico processual, após instados a cumprir a medida cautelar, que determinava a suspensão do certame, os responsáveis promoveram também o cancelamento do Pregão Presencial 069/2019.

Note-se que não houve, até aquele momento da notificação, o apontamento formal e definitivo de indício de irregularidade, do qual os responsáveis poderiam se defender, quando citados. Logo, não foram oportunizados o contraditório e a ampla defesa.

Nos autos, houve apenas a expedição de notificação, visando comunicá-los da Decisão Monocrática 802/2019-3, que determinava a suspensão da licitação e os convocava a se pronunciarem em dez dias. A notificação, como cediço, não tem o caráter de possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa, por meio da contestação – o que somente é ensejado pela citação, conforme Lei Orgânica do TCE-ES:

Art. 63. O chamamento ao processo, bem como a comunicação dos atos e termos processuais, far-se-á mediante:

I - **citação**, pela qual o Tribunal dará ciência ao responsável de processo contra ele instaurado, chamando-o para se defender e/ou recolher a importância devida;

II - comunicação de diligência, pela qual o Tribunal dirigir-se-á ao interessado ou responsável visando suprir a necessidade de algum dado, esclarecimento ou providência preliminar;

III - **notificação**, nos demais casos.

Sendo o contraditório e a ampla defesa corolários do devido processo legal e, também, direitos fundamentais¹, não é possível a prolação de decisão de mérito, sobretudo pela procedência, sem que, antes, seja concedida ao responsável a chance de se defender.

Assim, para se aplicar literalmente o §5º do art. 307 do RITCE-ES, seria, neste caso, necessária a confecção de Instrução Técnica Inicial², com a citação dos responsáveis, seguida da análise técnica conclusiva e do subsequente opinamento do Ministério Público Especial de Contas e do julgamento. Tudo isso para que no processo constasse o que já se sabe: que o procedimento licitatório está extinto.

Considerando, portanto, que toda essa movimentação da máquina pública resultaria inócua do ponto de vista da efetividade, sugere-se a extinção do processo sem resolução de mérito, não com base na perda do objeto prevista no §6º do art. 307, do RITCE-ES, mas amparado na ausência de interesse processual (art. 485, VI, CPC), haja vista a ausência da necessidade e da utilidade provenientes da tramitação do processo. Tal solução se mostra adequada à hipótese em tela, na medida em que o cumprimento inflexível do Regimento Interno contrariaria princípios processuais também aplicáveis aos procedimentos administrativos desta Casa, tais como, da efetividade, da economia processual e da celeridade.

Deste modo, como os processos e os procedimentos administrativos não possuem fim em si mesmos, mas objetivam propiciar um benefício à sociedade, tem-se que, no caso em tela, a finalidade almejada já foi alcançada – qual seja, impedir que licitação viciada causasse danos ao erário ou violasse a lei – tornando despicienda toda a tramitação do processo (com os gastos que lhe são inerentes) que propiciaria decisão de mérito cujo resultado prático não diferiria do que já há nos autos.

Em suma, não há como pugnar pela extinção do processo com resolução de mérito, em virtude da inexistência de contestação/citação, tampouco compensa prosseguir a instrução processual para citar os responsáveis, de modo que a solução que melhor se amolda à hipótese é, de fato, a extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de interesse processual, na forma do art. 485, VI, do CPC, abaixo reproduzido:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

¹ CF. Art. 5º. *Omissis*.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes;

² Art. 316. Finalizado o relatório, a unidade técnica competente elaborará **instrução técnica inicial**, que **apontará os indícios de irregularidades** detectadas, a responsabilidade individual ou solidária pelo ato inquinado e, se for o caso, quantificará o dano causado ao erário, com proposta de conversão do processo em tomada de contas especial, sem prejuízo de outras proposições a serem dirigidas ao Relator.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no art. 319 deste Regimento, dispensada a instrução técnica inicial, caso o relatório não apresente irregularidades ou não identifique a necessidade de providências saneadoras.

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

Assim, como a análise de mérito pressupõe a oportunidade de defesa aos responsabilizados, através da devida citação válida, ato essencial para a existência jurídica do processo e imprescindível para a relação jurídico-processual, e como houve saneamento da ilegalidade, em virtude da extinção do certame licitatório, configurou-se a ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir, não se fazendo mais necessária a tutela administrativa em voga, já que não se pode extrair nenhum resultado útil na continuidade do processo, justamente pela solução já trazida através do poder de autotutela do órgão.

Desta forma, opina-se pela extinção do **processo sem resolução do mérito por ausência de interesse processual**, formado pela necessidade e utilidade, na forma do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente à espécie³, com o **consequente arquivamento dos autos**.

Por fim, destaca-se que esta Corte possui diversos precedentes em que se decidiu pela extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de interesse processual em situações análogas, tais como o Acórdão 913/2019 – Plenário e Acórdão 423/2019 – Primeira Câmara.

Ante todo o exposto, acompanho o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, de modo que VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** 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. Extinguir o processo sem resolução do mérito por ausência de interesse processual, com o consequente arquivamento dos autos;

1.2. Dar ciência ao signatário da representação do teor desta decisão.

2. Unânime.

³ LC 621/2012 - Art. 70 – Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil.

3. Data da Sessão: 04/12/2019 - 42ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator), Domingos Augusto Taufner e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Em substituição ao procurador-geral

MICHELA MORALE

Secretária-adjunta das sessões em substituição