



Acórdão 00747/2020-1 - 2ª Câmara

Processo: 01484/2020-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: JACIRO MARVILA BATISTA

Responsável: ROBERTINO BATISTA DA SILVA, OLDAIR DA SILVA FERREIRA

Procuradores: ROBERTINO BATISTA DA SILVA (CPF: 577.558.257-87)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE
MARATAÍZES – CONHECER – EXTINGUIR O FEITO
SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – NOTIFICAR – DAR
CIÊNCIA – ARQUIVAR**

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

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, apresentada por pessoa física, em face da **Prefeitura Municipal de Marataízes**, perante este Egrégio Tribunal de Contas, questionando irregularidades na licitação na modalidade **Concorrência Pública nº 25/2019**, que tem por objeto a Contratação de Empresa para construção da nova Escola de Ensino Fundamental Nagib Meleipe.

O representante, em síntese, alega que no certame em questão houve restrição aos licitantes para participação, tendo sido prejudicada a competitividade, e quando não há

competitividade, a proposta vencedora, talvez, não seja a mais vantajosa para o município.

Com isso, solicitou ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, que defira medida cautelar urgente suspendendo o Edital de Concorrência Pública nº 25/2019, tendo em vista que a abertura do certame foi em 06/01/2020.

Por meio da **Decisão Monocrática 206/2020** determinei a notificação dos responsáveis para apresentarem documentos e justificativas, sendo que tais agentes públicos apresentaram as informações conjuntamente na data de 17 de março de 2020.

Encaminhado os autos à área técnica, foi elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva 1156/2020** com a seguinte proposta de encaminhamento:

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

1. **CONHECER** da Representação, tendo em vista apresentar os requisitos necessários para sua admissibilidade, conforme disposto no art. 94 c/c 99, § 2º., da Lei Complementar nº. 621/2012;
2. **DENEGAR** a medida cautelar requerida, tendo em vista o não atendimento aos pressupostos autorizadores dispostos no artigo 376, incisos I e II, do RITCEES;
3. **NOTIFICAR** a Prefeitura Municipal de Marataízes, na pessoa do Prefeito Municipal, senhor Robertino Batista da Silva, e a Secretaria Municipal de Controle Interno, na pessoa da titular da pasta, senhora Andrea da Silva Longue Alves, para a adoção das providências que entenderem cabíveis em virtude dos fatos narrados neste processado; e
4. **EXTINGUIR O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO** em virtude do não atendimento aos requisitos previstos no art. 177-A, § 1º, incisos I a IV, do RITCEES, com fundamento no § 3º, inciso II, do mesmo artigo.

O Ministério Público de Contas por meio do **Parecer 02020/2020** anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na **Instrução Técnica Conclusiva 1156/2020**.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1 ADMISSIBILIDADE

Preliminarmente, necessário se faz avaliar o atendimento aos requisitos de admissibilidade, notadamente os constantes do artigo 99, da Lei Complementar Estadual n.º 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado), com a ressalva do §2º desse artigo de que “Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia”.

Sendo assim, é imperioso que se atente também para as exigências insculpidas no art. 94, da mesma lei, vejamos:

Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I - ser redigida com clareza;

II - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

§ 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.

§ 3º Na hipótese de não conhecimento, a decisão deverá ser submetida ao Plenário.

Da mesma forma, o Regimento Interno do Tribunal de Contas também cuida do regramento afeto às representações em seus artigos 181 e 182, remetendo-se, ainda, às normas relativas à denúncia.

No presente caso, vê-se que a Representação é subscrita por pessoa física e atende ao art. 94, inciso IV, da Lei Complementar n.º 621/2012.

Além disso, a petição inicial está redigida com clareza e apresenta informações sobre o fato e indica a provável autoria, além de apontar circunstâncias e elementos de convicção, cumprindo, por isso, um dos requisitos aplicáveis às denúncias e representações.

Constata-se, ainda, que a Representação veio acompanhada de indícios de provas e que versa sobre matéria afeta à competência desta Corte, estando, portanto, atendidos os demais requisitos de admissibilidade.

Assim, satisfeitas as exigências legais e regulamentares para que seja admitida, entendo pelo **conhecimento** da presente Representação.

2.2 DA MANIFESTAÇÃO TÉCNICA

A Área Técnica, por meio da **Instrução Técnica Conclusiva 1156/2020**, assim se posicionou, *litteris*:

2.2 Avaliação da medida cautelar requerida

De acordo com o artigo 376 do Regimento Interno desta Corte de Contas, são requisitos para a concessão de medidas cautelares os seguintes:

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:** (destacamos)

I – **fundado receio de grave ofensa ao interesse público;** (destacamos)

II – **risco de ineficácia da decisão de mérito.** (destacamos)

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.

Do exame da Representação, não se verifica a presença dos pressupostos autorizadores, haja vista o representante insurgir-se em face do edital de Concorrência Pública n°. 000025/2019, homologado desde 09/03/2019 (Termo de Homologação e Adjudicação), requerendo sua suspensão. Neste sentido, registre-se que o edital foi publicado em 04/12/2019, já tendo sido assinado o contrato de execução com a empresa vencedora (Contrato n°. 169/20200) em 12/03/2020.

Neste caso, com a finalização da licitação, a ofensa ao interesse público, consubstanciada em desenvolvimento de licitação com irregularidade, já teria ocorrido, o que gera o desatendimento ao inciso I do artigo 376. Por outro lado, com o contrato já firmado, não é mais possível a esta Corte tomar decisão no sentido de suspender o procedimento licitatório, que já não existe mais, não sendo mais compatível a avaliação do inciso II do mesmo artigo.

2.3 Avaliação da demanda frente ao artigo 177-A do RITCEES

Desde a Emenda Regimental n°. 011, de 19/12/2019, o início da ação de controle para denúncias e representações deve também submeter-se ao previsto no artigo 177-A do RITCEES, que prevê:

Art. 177-A. Atendidos os requisitos de admissibilidade e **conhecida a denúncia pelo Relator**, os autos serão remetidos à **unidade técnica competente para avaliação do objeto de controle**, segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para o **processamento imediato de fiscalização** ou, conforme o caso, para **composição de matriz de risco**. (destacamos)

§ 1º Para o disposto neste artigo, considera-se:

I - risco: critério pelo qual se avalia a possibilidade de algo acontecer e ter impacto nos objetivos do órgão ou entidade jurisdicionada ou de programas ou atividades governamentais, frustrando as expectativas da sociedade, sendo medido em termos de consequências e probabilidades;

II - relevância: critério pelo qual se avalia se o objeto de controle é atual, importante no âmbito do órgão ou entidade jurisdicionada e se envolve questões de interesse da sociedade, ainda que não seja material ou economicamente significativo;

III - materialidade: critério pelo qual se avalia o valor associado ao objeto de controle de modo, indicando o volume de recursos envolvidos e assegurando que a ação de controle possa proporcionar benefícios significativos em termos financeiros;

IV – oportunidade: critério pelo qual se avalia se a ação de controle está sendo proposta no momento adequado, considerando a disponibilidade de recursos humanos, de dados e de sistemas de informações confiáveis, bem como de auditores com conhecimentos e habilidades específicas e a inexistência de impedimento para sua execução. (destacamos)

§ 2º A análise da materialidade dos fatos que envolvam pagamentos de prestação continuada será efetuada considerando o somatório dos eventuais dispêndios já ocorridos, acrescidos daqueles previstos para os próximos cinco anos ou até a data prevista para a cessação dos pagamentos, o que ocorrer primeiro.

§ 3º A unidade técnica competente se manifestará:

I - pelo prosseguimento da instrução processual, quando a avaliação de que trata este artigo revelar, em **alto** grau, o risco, a materialidade ou a relevância do objeto e desde que seja constatada a oportunidade da execução da ação de controle, hipótese em que, desde já, analisará e instruirá o processo, na forma regimental; ou (destacamos)

II – quando a avaliação indicar **baixo** risco, materialidade e relevância ou, ainda, **quando a ação de controle não se mostrar oportuna, pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis, sugerindo a extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, hipótese em que se dará ciência ao denunciante.** (destacamos)

§ 4º Extinto o processo na forma do inciso II, os fatos denunciados serão inseridos em banco de dados gerido pela Secretaria Geral de Controle Externo, subsidiando a elaboração do plano anual de fiscalização.

De todo modo, muito embora o artigo 177-A preveja uma atuação diferenciada das unidades técnicas em função da classificação em “alto” ou “baixo” grau dos critérios de risco, relevância e materialidade, a resolução não dispõe minimamente acerca de como se chegaria a esta classificação, permitindo que se imponha um certo subjetivismo na avaliação, o que pode gerar discrepâncias, e indicando também a necessidade de que outro instrumento institucional de orientação técnica seja produzido em breve.

A título de exemplo, o Tribunal de Contas da União, em seu documento intitulado “Orientações para seleção de objetos e ações de controle¹”, estabelece escalas para avaliação da probabilidade e do impacto do risco, sendo o nível do risco obtido pela multiplicação das pontuações de probabilidade e impacto; além de orientações sobre os outros critérios também constantes do artigo 177-A do RITCEES, mas dentro de um contexto de planejamento das unidades técnicas.

Assim, ainda que, sabemos, permeado por subjetivismo, entendemos que o “objeto de controle” avaliado, aqui assumido como a cláusula editalícia representada como irregular, possui baixo grau de risco, materialidade e relevância, já que a representação foi apresentada a esta Corte após a abertura do certame, não se tendo verificado uma restrição à competição, especificamente em decorrência do ponto narrado, não se tendo, a princípio, indicação de que a atuação do controle externo possa repercutir-se em benefício material à sociedade, e não sendo mais atual, já que a licitação encontra-se concluída.

Por outro lado, a entender-se que algum dos critérios constantes do 177-A pudessem ser classificados como de alto grau, haveria de se perquirir acerca da “oportunidade”, critério estabelecido no inciso IV, e no qual se avalia o momento em que se está propondo a ação de controle, considerando, entre outros quesitos, a disponibilidade de recursos humanos.

¹Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A258DA3A420158DEBDEADF5535>

Nesse particular, a ação de controle não se mostraria oportuna, já que, neste momento, há neste Núcleo de Controle Externo de Edificações – NED, cenário no qual às mais diversas tarefas de fiscalização de sua competência, somam-se aproximadamente 80 (oitenta) processos carentes de instrução, em diferentes fases instrutórias, com limitado número de servidores na unidade.

Todavia, a “oportunidade” de desenvolvimento de ações de controle externo, prejudicada que está pelo limitado número de servidores na unidade, poderia levar a uma situação extrema na qual mais nenhuma representação ou denúncia fosse levada imediatamente adiante, o que, pensamos, não atenderia ao sentido da criação do artigo 177-A, que é pautar o recebimento destes instrumentos de controle social sob a marca da eficiência administrativa, indo ao encontro de uma atuação estratégica da Administração Pública na atualidade; e não eliminar por completo, por largo espaço de tempo, tais mecanismo de controle à disposição da sociedade.

Em sendo assim, propomos que tal critério deva ser modulado pela avaliação, em concreto, da existência de indícios que indiquem a possível ocorrência de dano ao erário e/ou fraude, já que situações nas quais estes não ocorressem estariam mais ligadas a erros administrativos ou ilegalidades formais, de somenos importância, em um contexto de estoques elevados de processos e busca por uma atuação contemporânea e de máxima efetividade social pelos organismos de controle.

A partir destas ponderações, verifica-se que, ainda assim, o objeto de controle não se mostraria oportuno, já que não há indícios de que tenha ocorrido dano ao erário ou fraude, pontos propostos de modulação da “oportunidade” disposta no inciso IV do artigo 177-A.

No caso concreto há uma impugnação contra cláusula editalícia que exigia capacidade técnica operacional de já ter executado 679,32m² de placa cimentícia e 515,51m³ de aplicação de concreto usinado.

Alega o representante que esse serviço seria de baixa complexidade e usual, de modo que não seria correto exigir esse quantitativo mínimo de comprovação.

Conforme exposto na Instrução Técnica acima, nota-se a presença de alguns pontos importantes que indicam a necessidade de extinção do processo sem resolução de mérito.

O artigo 177-A do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, acrescentado pela Emenda Regimental nº. 011, de 19 de dezembro de 2019, trouxe a necessidade das denúncias e representações possuírem critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade aceitáveis para o processamento da fiscalização.

No presente caso pode-se fundamentar estarmos diante de baixo risco, haja vista que na forma da Instrução Técnica Conclusiva: “a representação foi apresentada a esta Corte após a abertura do certame, não se tendo verificado uma restrição à competição, especificamente em decorrência do ponto narrado”.

No que toca à oportunidade, ressalta a Instrução acima que “não há indícios de que tenha ocorrido dano ao erário ou fraude, pontos propostos de modulação da ‘oportunidade’ disposta no inciso IV do artigo 177-A”.

Pois bem, considerando o exposto acima entendemos, em observância ao artigo 177-A do RITCEES, pela extinção do processo sem resolução de mérito, com a notificação da Prefeitura Municipal e do Controle Interno para a adoção das providências que julgarem cabíveis em virtude dos fatos narrados.

Outro ponto relevante a se destacar é que a Concorrência Pública nº. 00025-2019 (a qual o representante requer a suspensão), já teve, inclusive, contrato assinado com a empresa vencedora, o que impediria a concessão da medida cautelar na forma pleiteada, conforme incisos I e II do artigo 376 do RITCCES.

Assim, acompanhamos a **Instrução Técnica Conclusiva 1156/2020** (e a adotamos como fundamentação), bem como, o **Parecer Ministerial 02020/2020**.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Por todo o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-747/2020:

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- CONHECER da representação, por atender os requisitos de admissibilidade previstos no art. 177 c/c art. 186 do RITCEES;

1.2 DENEGAR a medida cautelar requerida, tendo em vista o não atendimento aos pressupostos autorizadores dispostos no artigo 376, incisos I e II, do RITCEES;

1.3 NOTIFICAR a Prefeitura Municipal de Marataízes, na pessoa do Prefeito Municipal, senhor Robertino Batista da Silva, e a Secretaria Municipal de Controle Interno, na pessoa da titular da pasta, senhora Andrea da Silva Longue Alves, para a adoção das providências que entenderem cabíveis em virtude dos fatos narrados neste processado;

1.4 EXTINGUIR O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, com o seu posterior **arquivamento**, em consonância com os termos do inciso II do § 3º do art. 177-A do RITCEES.

1.5 DAR CIÊNCIA ao Representante e aos Responsáveis, da decisão a ser proferida, na forma do § 7º do artigo 307 do RITCEES;

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 07/08/2020 – 16ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador de Contas em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das sessões