



Acórdão 00970/2020-6 - Plenário

Processos: 09814/2018-1, 15899/2019-3, 15898/2019-9

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: CESAN - Companhia Espírito Santense de Saneamento

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: TUBONEWS CONSTRUCAO E MONTAGEM LTDA

Responsável: AMADEU ZONZINI WETLER, ROMEU SOUZA NASCIMENTO JUNIOR,
CARLOS AURELIO LINHALIS

Procurador: LEONARDO RIBEIRO SANTOS (OAB: 23961-ES)

REPRESENTAÇÃO EM FACE DE EDITAL DE LICITAÇÃO – COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO (CESAN) – MEDIDA CAUTELAR – INDEFERIMENTO POR PERDA DE SEU OBJETO – MÉRITO – IMPROCEDÊNCIA - ARQUIVAR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela pessoa jurídica Tubonews Construção e Montagem Ltda. em face de possíveis irregularidades existentes no Edital de Licitação nº. 11/2018, cujo objeto é a contratação de empresa para execução das obras e serviços relativos à manutenção de redes, ramais e padrões e seus dispositivos e melhorias operacionais em elevatórias, reservatórios e unidades operacionais dos sistemas de distribuição de água da Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN, inclusive serviços complementares, por demanda e desempenho, nos Municípios de Cariacica, Viana, Vila Velha, Vitória, Serra e Fundão (Praia Grande), Guarapari, Piúma e Anchieta e serviços comerciais dos Municípios de Guarapari, Anchieta e Piúma.

Em síntese, o Representante aponta como irregular:

- Item 5.5 - Critério de Julgamento da Licitação: Maior Desconto Linear – Vedação expressa do instrumento convocatório na aplicação de desconto linear em todos os itens do orçamento base – Impossibilidade de formulação de proposta;
- Anexo IV (Planilha Orçamentária) e Anexo VII (Prescrições Técnicas) – Previsão de execução recomposição de pavimento asfáltico sem tapa buraco – Realidade operacional inexistente – Prejuízo à Administração;
- Do detalhamento dos Preços e informações das Composições de Custos Unitários - Exigências de despesas não contempladas no Orçamento Base - Subitens IV, VIII, IX, XII - Composição dos Custos Ineficiente;
- 20 do Termo de Referência (Anexo 1) e do Critério de Pagamento por Desempenho (Anexo VIII) - Sanções Administrativas - Afronta aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade na aplicação de penalidade.

Após análise da petição inicial proferia **Decisão Monocrática Preliminar (DECM) nº. 01968/2018-9**, por meio da qual conheci da representação e determinei a notificação da Companhia Espírito Santense de Saneamento - Cesan, por meio de seu representante legal, Sr. Amadeu Zonzini Wetler, bem como do Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sr. Romeu Souza Nascimento Júnior, para que apresentassem, no prazo de 05 (cinco) dias, esclarecimentos e cópia integral do processo administrativo relativo à licitação em comento.

Em que pese terem sido devidamente notificados, os responsáveis não atenderam ao que foi determinado na **Decisão Monocrática Preliminar (DECM) nº. 01968/2018-9**. Dessa forma, os autos retornaram ao gabinete ocasião em que proferi a **Decisão Monocrática nº. 009/2019-3**, da qual se destaca os seguintes trechos:

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Da Renovação da determinação

[...]

Antes da data aprazada inicialmente para a realização da sessão de recebimento das propostas – 28/12/2018 – a Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN, publicou a Carta Circular nº. 116/2018 noticiando a prorrogação da data da sessão de recebimento de propostas para a data de 10/01/2019.

Posteriormente, já na data de 09/01/2018, o jurisdicionado publicou nova Carta Circular, desta feita de número 003/2019, por meio do qual prorrogou novamente a data de sessão recebimento de propostas para a data de 17/01/2019.

Todavia, até a presente data – 09/01/2019 – conforme informação contida nos autos disponibilizada pelo Núcleo de Controle de Documentos – NCD desta Corte de Contas, a Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN não apresentou qualquer peça processual que possa ser considerada para fins de esclarecimento das supostas irregularidades ou documentos.

Frise-se que o prazo de 05 (cinco) dias, concedido inicialmente para o atendimento de tal determinação, teve vencimento na data de 07/01/2019.

Não obstante a isso, permanece a situação de carência da instrução processual que permita a este Relator adotar qualquer providência de natureza cautelar, ante a ausência de esclarecimentos/justificativas quanto às irregularidades narradas, bem como pela omissão no encaminhamento da documentação necessária para a análise do pleito inicial.

[...]

Em vista disso foi expedida nova notificação aos responsáveis para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresentassem esclarecimentos e cópia integral do processo administrativo.

Em resposta à notificação, a atual administração do jurisdicionado se manifestou acerca das supostas irregularidades apontadas, encaminhando cópia do processo administrativo solicitado, razão pela qual os autos foram direcionados à unidade técnica competente desta Corte de Contas para análise e manifestação, sobrevivendo a **Manifestação Técnica nº. 0147/2019**, cuja conclusão e proposta de encaminhamento assim dispôs:

4 CONCLUSÃO

A partir de uma breve análise dos documentos constantes dos autos, constatou-se que, em parte, assiste razão ao representante acerca de fatos narrados nos subitens 2.3 e 2.4 da presente manifestação.

Dessa forma, verificados o fundado receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito, opina-se pela concessão da cautelar requerida pelo representante.

5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com a proposta de:

- Deferir a medida cautelar, em conformidade com o art. 124 da Lei Complementar 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), determinando à Cesan, na pessoa do Diretor-Presidente, Sr. Carlos Aurélio Linhalis, que cumpra a decisão, publique extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunique as providências adotadas a este Tribunal de Contas;
- Promover a oitiva da parte, para que se pronuncie em até dez dias, em conformidade com o § 3º do art. 307 do RITCEES;
- Dar ciência ao representante do teor da decisão a ser proferida.

Ao apreciar o pedido de medida cautelar divergi parcialmente do entendimento contido na **Manifestação Técnica nº. 0147/2019** quanto ao pedido de concessão de medida cautelar, prolatando voto no seguinte sentido:

II – FUNDAMENTAÇÃO

Como sobredito, tratam os autos de representação com pedido de medida

cautelar formulada pela pessoa jurídica Tubonews Construção e Montagem Ltda. em face de possíveis irregularidades existentes no Edital de Licitação Cesan 11/2018, cujo objeto é a contratação de empresa para execução das obras e serviços relativos à manutenção de redes, [...]

Alegam, em síntese, a existência das seguintes supostas irregularidades no corpo do Edital de Licitação nº. 011/2018:

- Item 5.5 - Critério de Julgamento da Licitação: Maior Desconto Linear
 - Vedação expressa do instrumento convocatório na aplicação de desconto linear em todos os itens do orçamento base - Impossibilidade de formulação da proposta;
- Anexo IV (Planilha Orçamentária) e Anexo VII (Prescrições Técnicas)
 - Previsão De execução Recomposição de Pavimento Asfáltico sem tapa buraco - Realidade operacional inexistente - Prejuízo à Administração;
- Do detalhamento dos Preços e informações das Composições de Custos Unitários - Exigências de despesas não contempladas no Orçamento Base - Subitens IV, VIII, IX, XII - Composição dos Custos Ineficiente;
- 20 do Termo de Referência (Anexo 1) e do Critério de Pagamento por Desempenho (Anexo VIII) - Sanções Administrativas – Afronta aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade na aplicação de penalidade

[...]

Inicialmente, aquiesço com o entendimento da Manifestação Técnica nº. 00147/2019, quanto ao afastamento das supostas irregularidades analisadas nos tópicos 2.1 (“Aplicação de desconto linear em todos os itens do orçamento base – Impossibilidade de formulação da proposta”) e 2.2 (“Previsão de execução de recomposição de pavimento asfáltico sem tapa buraco”).

Tenho, contudo, que a melhor interpretação dos fatos e dos documentos que compõem os autos conduzem a outra solução no que diz respeito aos tópicos seguintes, em notada divergência com a conclusão e proposta de encaminhamento sustentadas pela área técnica desta Corte de Contas.

Cumpra observar, de plano, que os requisitos para a concessão de medida cautelar por parte do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES encontram-se previstos tanto na Lei Complementar nº. 621/2012, quanto na Resolução TCEES nº. 261/2013 (Regimento Interno) nos seguintes moldes:

Lei Complementar nº. 621/2012

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.

Resolução TCEES nº. 261/2013 (Regimento Interno)

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 lesão ao erário ou a direito alheio; e
- 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 lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão observarão o rito sumário previsto neste Regimento.

Depreende-se da leitura dos dispositivos supra transcritos que a concessão de medida cautelar encontra-se pautada na necessidade da demonstração de presença dos dois requisitos autorizadores, quais sejam, (i) o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e, (ii) risco de ineficácia da decisão de mérito.

Com relação ao primeiro, tem-se que o mesmo representa a existência de um potencial risco de ocorrência de grave lesão ao erário ou a direito alheio. Tal lesão tanto pode advir do descumprimento do ordenamento jurídico quanto, propriamente, diminuição direta do patrimônio jurídico que afete o erário ou direito alheio.

Já no que diz respeito ao segundo requisito, evidencia-se a necessidade de preservação da utilidade prática da instituição e do sistema jurídico como um todo, interrompendo-se a prática de ato que venha a sem eficácia a atuação do modelo proposto pelo constituinte originário.

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 dano ao erário ou a direito alheio em decorrência da demora na prestação da medida pretendida.

No caso concreto, porém, ambas as situações compreendidas pela área técnica como suficientes para o deferimento da medida cautelar proposta não se sustentam, a meu ver, pois há questões hermenêuticas desconsideradas quando da análise, o que permite o afastamento de tais supostos riscos ao procedimento licitatório.

De fato, quanto à primeira suposta irregularidade presente no corpo do Edital de Licitação nº. 011/2018 - “falta de previsão de alguns custos no detalhamento dos preços e informações das composições de custos unitários” – destacado pela Representante para o qual a área técnica associou seu entendimento.

Verifica-se que a pessoa jurídica proponente do questionamento alega que não seria possível “aferir, de forma objetiva, a totalidade dos custos e preços que os licitantes devem levar em consideração para a formulação de suas propostas” haja vista que encontram -se ausentes alguns custos que a Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN especifica nas Prescrições Técnicas. Para além disso, encontrar-se-iam ausentes composições analíticas dos preços.

A questão inicial a ser vencida, e principiadora do marco hermenêutico distintivo das considerações apresentadas pela área técnica e as conclusões a seguir aduzidas, diz respeito à própria natureza do serviço que, conforme anunciado, trata-se de “... execução das obras e serviços relativos à manutenção de redes, ramais e padrões e seus dispositivos e melhorias operacionais em elevatórias, reservatórios e unidades operacionais dos sistemas de distribuição de água da Cesan...”.

Logo, e por se tratar de serviço de manutenção, a demanda de serviços, materiais, mão-de-obra e demais consectários não pode ser estimada com

antecedência, somente advindo e podendo ser conhecida a partir do surgimento da necessidade de realização da obra ou serviço a ser realizado. Sabe-se, com base em ocorrências e experiências anteriores, quais materiais, via de regra, serão utilizados, todavia resta impossível determinar de antemão seu quantitativo total, razão pela qual não se mostra viável a indicação de seu total no corpo do edital.

Com base nesta premissa básica, verifico que o Edital de Licitação nº. 011/2018 de responsabilidade da Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN prevê, em seu Anexo IV (Planilha de Preços), estimativa de custo unitário, quantitativo aproximado a ser empregado pelo Contratado no curso da execução do contrato e seu valor final, permitindo, assim que o licitante apresente sua proposta sem dificuldades.

Frise-se que tal Anexo IV apresenta, ainda, segmentação por lotes e itens específicos para cada atividade a ser desenvolvida, relegando aos Anexos VI (Prescrições Gerais dos Serviços – Projeto Básico) e VII (Prescrições Técnicas de Serviços) a discriminação pormenorizada dos materiais e serviços a serem realizados, inclusive a composição da equipe que deverá estar presente na base operacional, não havendo, portanto, que se falar em ausência de elementos ou custos passíveis de permitir a composição da proposta.

Neste particular, então, divirjo da análise empreendida pela área técnica para considerar como suficientes os elementos previstos no corpo do Edital de Licitação nº. 011/2018 para facultar aos licitantes, e em especial ao Representante, a formulação de suas propostas comerciais em sua completude, razão pela qual indefiro a cautelar pretendida.

No que pertine ao segundo ponto - “Afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das multas” – tenho que o entendimento apresentado pela Secretaria de Controle Externo da Engenharia e Meio Ambiente – SecexEngenharia não merece prosperar.

Isto porque, conforme se extrai da leitura dos autos, em especial do Edital de Licitação nº. 011/2018, as situações elencadas como passíveis de ensejar a aplicação das sanções administrativas por parte da Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN não seriam faticamente possíveis de serem cumuladas já que dizem respeito a momentos distintos do procedimento licitatório e da execução contratual.

Logo, há impossibilidade fática de que algumas sanções cumulem com outras.

No que diz respeito especificamente a uma aplicação cumulativa dos percentuais de multa estabelecidos no item 20, Anexo I (Termo de Referência) do Edital de Licitação nº. 011/2018 juntamente com as penalidades previstas no Anexo VIII (Critério de Pagamento por Desempenho), tenho que a irrisignação também não merece amparo.

Isto porque, por se tratar de medidas punitivas, a interpretação das hipóteses de cabimento devem ser restritivas e excludentes. Tal raciocínio leva à conclusão de que havendo aplicação da sanção constante no item 20, Anexo I (Termo de Referência) esta, automaticamente, impede a incidência de outra sanção prevista para situações genéricas, razão pela qual não haveria cumulação.

Cabe ressaltar que todo o iter anterior à aplicação de qualquer sanção deve ser precedido de efetivo contraditório e possibilidade de ampla defesa por parte do Contratado, não se fazendo possível a imposição de punição sem oitiva anterior.

Todavia, não se pode olvidar que a ocorrência de descumprimentos diversos enseja a aplicação de multas distintas. Tem-se, contudo, que o patamar máximo de aplicação de multas encontra-se previsto para a hipótese de inexecução total do contrato celebrado entre as partes o que ensejaria, em tese, até mesmo a rescisão do instrumento.

Desta feita, tenho que a cláusula editalícia impugnada não apresenta os vícios pretendidos pela Representante, revelando-se como apropriada para regular as situações fáticas ali elencadas. Sendo assim, divirjo, novamente,

do entendimento exposto pela área técnica, para afastar esta suposta irregularidade e não verificar, no caso concreto, qualquer receio de grave lesão a direito alheio.

Em verdade, as sanções administrativas têm natureza de medidas preventivas, coercitivas e, somente ao fim e caso aplicado, punitivas, estando sempre voltadas, porém, à defesa do interesse público.

Por fim, há que se destacar que todas estas objeções foram apresentadas pela Representante ao Poder Judiciário por meio do Ação de Mandado de Segurança tombada sob o nº. 0000962-88.2019.8.08.0024, em trâmite perante a 3ª. Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde, tendo sua medida liminar sido indeferida. Assim sendo, ainda que considerada a noticiada independência das instâncias administrativa e judicial, tenho que há consonância nas conclusões alcançadas em ambas as decisões, devendo ser indeferida perante esta Corte de Contas a pretensão cautelar manifestada pela Representante Tubonews Construção e Montagem Ltda.

Ante todo o exposto, divergindo em parte do entendimento da área técnica, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. Conhecer a representação, na forma do art. 177 c/c 182, parágrafo único, do RITCEES;
2. Indeferir, in totum, a medida cautelar, nos termos do art. 307, §3º do RITCEES, visto que não restaram demonstrados os requisitos autorizadores para sua concessão na forma da fundamentação acima exposta;
3. Notificar os responsáveis para que nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES, prestem as informações quanto aos itens questionados na Representação, no prazo de 10 (dez) dias;
4. 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;
5. Cientificar o Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES.

Esta Corte, em Sessão Plenária realizada na data de 05/02/2019 referendou, à unanimidade, por meio da **Decisão Plenária nº. 00115/2019-1** os termos do voto proferido.

Por força da decisão os responsáveis foram notificados, nos termos do art. 307, §3º, da Resolução TCEES nº. 261/2013, para prestarem as informações quanto aos itens questionados na Representação e, em atendimento a tal determinação, trouxeram aos autos novos esclarecimentos e justificativas.

Diante disso, os autos retornariam à área técnica para nova análise. Porém, foram apresentadas à Corte de Contas duas novas representações conexas a esta e, a fim de evitar decisões conflitantes, determinei o apensamento das mesmas a este

processo.

Após, e ainda, durante a fase instrutória, a Representante vem aos autos por meio de petição solicitar a desistência do feito, "(...) tendo em vista ser a atual executora do objeto licitado".

Em vista destes eventos, determinei o retorno dos autos à área técnica para manifestação, tendo sido elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 01150/2020**, cuja conclusão e proposta de encaminhamento restou assim ementada:

3 CONCLUSÃO

A partir da análise dos documentos constantes dos autos, em cotejo à jurisprudência e doutrina pátria, constatou-se que os indícios de irregularidades apontados nas representações, que deram gênese aos Processos TC 09814/2018, 15898/2019 e 15899/2019, foram considerados improcedentes.

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com a proposta de:

- Indeferir os pedidos de concessão de medida cautelar constantes dos autos dos processos 15898/2019 e 15899/2019;
- No mérito, considerar improcedentes os indícios de irregularidades apontados nas representações constantes destes autos e seus apensos, conforme previsto no art. 178, I, c/c art. 186 da Resolução TC 261/2013. (RITCEES) e no art. 95, I, c/c art.101, parágrafo único da Lei Complementar 621/2012;
- Dar ciência aos representantes do teor da decisão a ser proferida conforme art. 307, §7º, da Resolução TC 261/2013.
- Determinar o arquivamento dos autos após o trânsito em julgado, com base no disposto no art. 207, III da Resolução TC 261/2013.

Ato contínuo os autos foram encaminhados ao Ministério Público Especial de Contas que, por meio do **Parecer Ministerial nº. 01925/2020**, da lavra do Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, anui à proposta contida na **Instrução Técnica Conclusiva 01150/2020-9**, pugnando pela improcedência das representações.

Por fim, vieram os autos ao gabinete para elaboração de voto.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Como afirmado anteriormente, tratam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela pessoa jurídica Tubonews Construção e Montagem Ltda. em face de possíveis irregularidades existentes no Edital de Licitação nº. 11/2018, cujo objeto é a contratação de empresa para execução das obras e

serviços relativos à manutenção de redes, ramais e padrões e seus dispositivos e melhorias operacionais em elevatórias, reservatórios e unidades operacionais dos sistemas de distribuição de água da Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN, inclusive serviços complementares, por demanda e desempenho, nos Municípios de Cariacica, Viana, Vila Velha, Vitória, Serra e Fundão (Praia Grande), Guarapari, Piúma e Anchieta e serviços comerciais dos Municípios de Guarapari, Anchieta e Piúma.

No curso da instrução processual indeferi medida liminar pleiteada pela Representante, em divergência à manifestação da área técnica, por compreender não estarem caracterizados os requisitos necessários exigidos pela Lei Complementar nº. 621/2012 e Resolução TC nº. 261/2013, no que fui acompanhado à unanimidade pelos demais pares.

Ainda durante a fase instrutória, e anteriormente à elaboração da **Instrução Técnica Conclusiva 01150/2020-9** a parte Representante veio aos autos, por meio de petição, informando a sua desistência no prosseguimento do feito, "(...) tendo em vista ser a atual executora do objeto licitado".

Tenho que tal questão deva ser analisada antes do mérito, conforme prevê o art. 75, da Resolução TC nº. 261/2013, eis que seu deferimento acarreta a extinção do feito sem análise das supostas irregularidades trazidas ao conhecimento desta Corte de Contas e, conseqüentemente, sem a resolução do mérito.

Tanto a Lei Complementar nº. 621/2012, quanto a Resolução TC nº. 261/2013, não dispõem acerca da possibilidade da parte Representante desistir da representação formulada, acarretando a extinção do feito sem o julgamento de mérito.

Poderia se questionar, então, a possibilidade de se abdicar da representação aplicando-se, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil vigente, extinguindo-se o feito na forma do art. 485, VIII, deste diploma.

Todavia, em se tratando de processo de fiscalização e, mais notadamente, de exercício de competência derivada das Constituições Federal e Estadual para o controle externo de atos impregnados de interesse público, tenho que o instituto da desistência não se aplica aos processos de fiscalização que tramitam perante esta

Corte de Contas.

Isto porque, inicialmente, os atos sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo se caracterizam pela marca do interesse público, razão pela qual o exercício do controle dos mesmos por parte desta Corte encontra-se sujeito ao “princípio da indisponibilidade do interesse público”.

Assim, não pode o Tribunal, ao tomar conhecimento de suposta irregularidade, ficar condicionado ao interesse da parte em leva-la até julgamento de mérito, sob pena de deixar de exercer a sua competência constitucional.

Ao ser deflagrada, a jurisdição desta Corte de Contas somente pode se dirigir a um julgamento, ainda que o mesmo venha a reconhecer a extinção do feito sem análise do mérito pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, mas nunca pela desistência da parte em ver analisada a situação de fato e de direito indicada.

Isto porque, conforme anteriormente afirmado, toda e qualquer suposta irregularidade apreciada dentro da esfera de competência das Cortes de Contas encontram-se relacionadas a um inegável interesse público. Sendo assim, deixo de acolher, preliminarmente, o pedido de desistência formulado pela pessoa jurídica Tubonews Construção e Montagem Ltda.

No tocante ao mérito, propriamente dito, muito embora as manifestações técnicas iniciais tenham indicado a possibilidade de ocorrência de supostas irregularidades no curso do processo administrativo que culminou com a edição do Edital de Licitação nº. 011/2018 e/ou em seu teor, a análise final culminou pelo afastamento destas, senão vejamos:

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com a proposta de:

- Indeferir os pedidos de concessão de medida cautelar constantes dos autos dos processos 15898/2019 e 15899/2019;
- No mérito, considerar improcedentes os indícios de irregularidades apontados nas representações constantes destes autos e seus apensos, conforme previsto no art. 178, I, c/c art. 186 da Resolução TC 261/2013. (RITCEES) e no art. 95, I, c/c art.101 parágrafo único da Lei Complementar 621/2012;
- Dar ciência aos representantes do teor da decisão a ser proferida conforme art. 307, §7º, da Resolução TC 261/2013.
- Determinar o arquivamento dos autos após o trânsito em julgado, com

base no disposto no art. 207, III da Resolução TC 261/2013.

Conforme se depreende do primeiro item da parte final da **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 01150/2020**, havia nos autos dos **Processos TC nº. 15.898/2019 e 15.899/2019** pedido de concessão de medida cautelar ainda pendente de análise.

Ocorre, porém, que ao se chegar a este momento processual com o indicativo de afastamento de toda e qualquer suposta irregularidade eventualmente existente, há perda de objeto quanto a esta providência. Diante disso, deixo de apreciar os pedidos de medida cautelar tendo em vista a ineficácia de qualquer medida a ser determinada por esta Corte de Contas.

No tocante ao mérito, tem-se que o afastamento das supostas irregularidades se deu após o confronto das justificativas apresentadas, tendo a área técnica assim se manifestado acerca de um primeiro questionamento realizado:

“(...)

2.1.2 Falta de previsão de alguns custos no detalhamento dos preços e informações das composições de custos unitários.

O representante alega na exordial, que não constam no instrumento convocatório as composições analíticas dos preços, inviabilizando a formulação das propostas pelas licitantes.

(...)

Em relação às alegações do representante, os responsáveis notificados argumentam que foram apresentadas aos licitantes “as informações completas e suficientes à formulação de suas propostas, atendendo integralmente às disposições da Lei 13.303/16 e Regulamento de Licitações da CESAN”.

Ressaltam que não se aplica a presente licitação a Lei 8.666/1993 e, por consequência, tampouco a Súmula 258 do TCU, mencionada pelo representante.

Citam o art. 34 da Lei no 13.303/2016 para justificar a ausência de composição de custos, nos seguintes termos:

A Lei nº. 13.303/16, em especial o art. 34 e seu §1º assim dispõe:

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

Nota-se que a regra é o orçamento estimado ser sempre sigiloso nos certames conduzidos de acordo com a Lei das Estatais, sendo exceção quando houver justificativa plausível e quando se utilizar o critério de maior desconto.

Do art. 34, caput se extrai que quando a CESAN pretender divulgar o orçamento, deverá também divulgar "detalhamento dos quantitativos e

demais informações necessárias para a elaboração das propostas". Dessa forma, a divulgação dessas informações está vinculada ao "mínimo" necessário à elaboração das propostas pelas licitantes, não podendo, se extrair da lei a obrigatoriedade de divulgar informações detalhadas de composição de preços formuladas pela CESAN, pois o texto legal simplesmente não faz menção a essa expressão e nem permite concluir que se trata desse documento.

Exatamente o mesmo raciocínio se aplicaria quando da realização de licitações sob o critério de julgamento por maior desconto, devido à expressa previsão legal (art. 34, §1º).

Sendo assim as definições contidas na Lei faz referência à necessidade de indicação das quantidades e custos unitários e não a sua composição estando o processo de contratação em apreço em total consonância com o que dispõe a Lei das Estatais, pois, conforme será demonstrado, foram trazidas no Edital e suas descrições o detalhamento dos quantitativos e demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Especificamente quanto a esse ponto, com o devido respeito, pedimos vênias para discordar da Manifestação Técnica 0014712019-1 pois a documentação apresentada continha todas as informações necessárias à formulação das propostas pelos licitantes, como destacado no voto do ilustre conselheiro relator.

(...)"

Com relação a esta suposta irregularidade, especificamente, a área técnica compreendeu que "... os dados e informações contidas no edital são suficientes para caracterizar os serviços que estão sendo contratados, tanto em quantidades estimadas, quanto na qualidade e desempenho necessários a cada componente do serviço".

Com relação à elaboração de projeto executivo para a prestação dos serviços conclui que, "...temos que lembrar (conforme adequadamente considerado no Voto do Relator 00412/2019) que o escopo do objeto do edital são serviços de manutenção e por demanda e desempenho, os quais só serão conhecidos quando da ocorrência de fatos tais como, vazamentos, mau funcionamento de algum registro ou conexão e/ou obsolescência das instalações, que segundo os responsáveis em sua maior parte estão enterradas há mais de cinquenta anos. Torna-se impossível a elaboração de um projeto executivo que contemple todos os serviços a serem realizados durante todo prazo de duração do contrato, além do que, existe expressamente anotado no início do edital que e mesmo reger-se-á pela Lei Federal nº 13.303/2016, e portanto, quando for necessário executar alguma intervenção mais complexa (não completamente prevista nas prescrições técnicas da Cesan), a companhia nestas situações, por direito (art. 43, § 2º), poderá exigir da contratada um plano de ação detalhado, cumprindo assim a previsão legal da exigência de projeto executivo, antes do início da execução da obra. (...)"

Ato contínuo havia questionamento acerca suposta violação a princípio da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de penalidades previstas no corpo do Edital de Licitação nº. 011/2018 decorrentes do pagamento vinculado ao desempenho dos serviços executados.

Após transcrever os apontamentos contidos na peça de Representação, e na Manifestação Técnica nº. 01471/2019-1 chegou-se à conclusão que:

“Portanto o pagamento por desempenho dos serviços executados, com base na aplicação de critério previamente estabelecido em edital, não constitui ou se confunde com a aplicação de penalidade administrativa. Nestas contratações a mensuração e o pagamento vinculados aos resultados estão amparados pelo princípio constitucional da eficiência, da economicidade, e, ainda, segundo os princípios da legalidade e da moralidade dos gastos públicos.

Por todo o exposto, constata-se que não merecem prosperar as alegações do representante acerca de afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação de penalidade.”

Por fim, através de representação formulada pelo Sr. Leonardo Dan Scárida, cujo teor originou os autos dos Processos TC nº. 15898/2019-9 e TC 15899/2019-3, aventou-se a possibilidade da empresa vencedora da licitação estar cumprindo suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública com fundamento no inciso III, art. 87 da Lei nº 8.666/93. Neste particular assim se manifestou a área técnica em sua análise derradeira:

“(…)

Quanto ao mérito da suposta irregularidade representada, que tem por base a abrangência a toda Administração Pública, da suspensão do direito de licitar com base na regra estabelecida no art. 87, III da Lei 8.666/93, admite-se que a matéria é controversa, existindo na jurisprudência várias decisões tanto a favor quanto contra a abrangência desta sanção, o mesmo se pode dizer quanto aos entendimentos doutrinários sobre a questão.

Podem-se citar várias jurisprudências¹⁵ contrárias a abrangência da citada sanção.

Esta corrente tem por base o princípio da não intervenção ou independência entre os entes da Administração Pública, disposto principalmente nos artigos 18 e 25 da Constituição Federal e também em definições que a própria lei 8.666/93 traz em seu artigo 6º.

“(…)

Verifica-se, portanto, que há bons argumentos tanto para corrente que defende que a penalidade aplicada por um ente ou órgão repercute seus efeitos sobre os demais, quanto para os que entendem que tal sanção só abrange a Administração que aplicou a penalidade.

Neste caso concreto vale lembrar, em função da Lei das Estatais, que as licitações em análise estão regidas por regramento próprio, cujos dispositivos regulamentadores das sanções relacionada a suspensão temporária de participar em licitações e impedimento de contratar, assim dispõem:

Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais)

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa

pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

(RLC - Regulamento de Licitações da Cesan)

Art. 16 Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra, serviço ou fornecimento a empresa:

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja conselheiro, diretor ou empregado da CESAN;

II - esteja cumprindo a pena suspensão do direito de licitar e contratar aplicada pela CESAN;

III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou por Município.

Os destaques no texto dos dispositivos que regulamentam a sanção em análise não deixam dúvida que a penalidade se restringe à entidade sancionadora.

Em face do exposto, constata-se que não merecem prosperar as alegações de que a vencedora da licitação estaria cumprindo suspensão do direito de licitar e impedida de contratar com a Cesan com fundamento no Inciso III, art. 87 da Lei nº 8.666/93.

(...)"

Com razão a área técnica.

O tema é espinhoso e ainda carece de definição, inclusive, perante o próprio Poder Judiciário. Diversas são as orientações doutrinárias e jurisprudenciais que poderiam ser seguidas, conforme relacionado na Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 01150/2020, sem que estivesse o julgador desamparado.

Tenho, porém, que a melhor orientação a ser seguida é a minimalista, restringindo a abrangência de toda e qualquer sanção deste jaez à própria esfera do ente federativo que a impôs.

A uma, pois se outro entendimento fosse seguido estaria sendo permitida a interferência de um ente em outro, ainda que por via transversa, o que afetaria, em última análise, o pacto federativo.

A duas, pois a própria Constituição Federal de 1988 limitou, quanto aos efeitos punitivos a intranscendência da penalidade. Muito embora tal princípio insculpido no art. 5º., XLV, da Carta Magna se refira à que somente o condenado, e mais ninguém, poderá responder pelo fato praticado, pois a pena não pode passar da pessoa do condenado, compreendo que, também, não seja possível se admitir que a

pena imposta possa ser estendida de uma esfera julgadora a outra, no caso entes federativos.

Diante disso, conclui-se acertadamente pelo afastamento desta suposta irregularidade.

Tendo em vista tais considerações VOTO, em consonância ao entendimento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

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 do **Plenário**, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONHECER das presentes Representações constantes dos autos dos Processos TC nº. 9814/2018, 15898/2019 e TC 15899/2019, tendo em vista a presença dos requisitos de admissibilidade previstos na Lei Complementar nº. 621/2012 e na Resolução TC nº. 261/2013; e

1.2. NO MÉRITO, indeferir os pedidos de concessão de medida cautelar constantes dos autos dos processos 15898/2019 e 15899/2019;

1.3. JULGAR improcedentes as Representações constantes dos autos dos Processos TC nº. 9814/2018, 15898/2019 e TC 15899/2019, conforme previsto no art. 178, I, c/c art. 186 da Resolução TCEES n. 261/2013 e no art. 95, I, c/c art.101, Parágrafo Único da Lei Complementar n. 621/2012;

1.4. TRASLADE-SE cópia da decisão proferida aos autos dos Processos TC nº. 15898/2019 e TC 15899/2019;

1.5. DAR CIÊNCIA aos representantes do teor da decisão conforme art. 307, §7º, da Resolução TCEES n. 261/2013.

1.6. ARQUIVE-SE após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 22/09/2020 - 27ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária Geral das Sessões em substituição