



Acórdão 01431/2021-2 - Plenário

Processos: 01530/2021-6, 04451/2018-1

Classificação: Pedido de Reexame

UGs: PMS - Prefeitura Municipal de Serra, SEOB - Secretaria Municipal de Obras de Serra

Relator: Domingos Augusto Taufner

Interessado: REIS MAGOS CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, AUDIFAX
CHARLES PIMENTEL BARCELOS

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

Procuradores: BRUNO GAVIOLI LOPES (OAB: 24159-ES), FREDERICO VIOLA COLA
(OAB: 16858-ES), ALINE DUTRA DE FARIA (OAB: 12031-ES), LUCIANA DE OLIVEIRA
SACRAMENTO (OAB: 19260-ES), CLAUDIA RODRIGUES NASCIMENTO (OAB: 9787-ES),
FELIPE OSORIO DOS SANTOS (OAB: 6381-ES)

**PROCESSUAL – PEDIDO DE REEXAME –
PROVIMENTO – INTERESSE PÚBLICO –
REFORMAR O ACÓRDÃO GUERREADO –
CONHECER A REPRESENTAÇÃO.**

1. A luz do Princípio da Supremacia do Interesse Público, deve ser verificada a existência de Interesse Público, ainda que o processo tenha como interesse primário o mero inconformismo do licitante inabilitado, pois a tutela do interesse público em processos de representação, ainda que, indiretamente, pode eventualmente coincidir com o interesse privado.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Trata-se de **PEDIDO DE REEXAME** interposto pelo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, tendo em vista sua inconformidade com o Acórdão TC

01619/2020 – Plenário, exarado nos autos do Processo TC-04451/2018, cuja parte dispositiva tem o seguinte teor:

[...]

1. ACÓRDÃO TC-1619/2020 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos os 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. NÃO CONHECER da Representação, nos termos do artigo 94, §1º, e art. 101, parágrafo único, da LC 621/12, tendo em vista se tratar de interesse subjetivo;

1.2. CIENTIFICAR o representante do teor da decisão final a ser proferida, conforme art. 307, § 7º, da Resolução TC 261/2013;

1.3. ARQUIVAR a presente Representação, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 330, inciso IV, do Regimento Interno deste Tribunal, aprovado pela Resolução 261, de 4 de junho de 2013;

1.4. Posteriormente à confecção do acórdão deste julgamento, **remetam-se os autos ao ilustre representante do Ministério Público de Contas** nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 10/12/2020 - 48ª Sessão do Plenário

Em suas razões recursais, o Parquet argumenta no mérito que o Acórdão objugado foi proferido com evidente *error in iudicando*, tendo em vista que não conheceu a representação formulada por entender não estar presente interesse público e sim, interesse privado subjetivo.

Por meio da Decisão Monocrática 0264/2021-1 (doc. 05), foi conhecido o presente recurso, bem como determinada a notificação do recorrido para apresentar contrarrazões, no prazo de 30 dias.

Após a regular notificação, o Sr. **AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS** apresentou as suas contrarrazões, Resposta de Comunicação 655/2021-1 (doc. 10) tempestivamente, conforme se extrai do Despacho 25287/2021 (doc. 13).

Assim, os autos seguiram para o Núcleo de Recursos e Consultas – NRC que se manifestou por meio da Instrução Técnica de Recurso – ITR 277/2021-1 (doc. 14), opinando pelo provimento do Pedido de Reexame, para reformar o acórdão recorrido proferindo novo julgamento pelo conhecimento da representação.

O Ministério Público de Contas por meio do Parecer 5068/2021-1 (doc. 18) de lavra do Procurador Luciano Vieira, pugna pelo provimento do recurso nos exatos termos requeridos na inicial.

Na 58ª Sessão Virtual do Plenário desta Corte de Contas, realizada no dia 04 de novembro de 2021, o recorrido, por intermédio de sua advogada Aline Dutra de Faria, realizou sustentação oral, arguindo em síntese que o presente recurso não deve ser provido, visto que o acórdão recorrido deve ser mantido, já que a representação se refere à tutela de interesse e direito particulares (Notas Taquigráficas 166/2021-6 – doc.22)

O recorrido apresentou Memoriais (Peça Complementar 50942/2021-7, doc. 21), ratificando os argumentos expressos na sustentação oral.

É relatório. Passo a fundamentar.

FUNDAMENTAÇÃO

Primordialmente verifico que o presente recurso tem previsão no artigo 164 c/c 166¹ da Lei Complementar nº. 621/2012² (Lei Orgânica desta Corte de Contas), as formalidades elencadas nos incisos dos artigos 408³ do Regimento Interno deste Tribunal (RITCEES), encontram-se satisfeitas.

Verifico ainda, que o recurso é tempestivo, eis que foi interposto dentro do prazo estabelecido conforme certifica a Secretaria Geral das Sessões – SGS, por meio do Despacho TC 14616/2021-1 (doc. 04), assim o presente recurso **FOI CONHECIDO** por meio da Decisão Monocrática – DECM 264/2021-1 (doc. 05).

Verifico ainda, que foram cumpridas as formalidades explícitas no 156 da Lei Orgânica e art. 409, *caput* e § 1º do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, qual seja; o interessado foi notificado para apresentar suas contrarrazões, conforme Termo de Notificação 447/2021-1 (doc. 07).

¹ Art. 166. Cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta.

² Art. 164. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do Plenário, podendo ser formulado uma só vez e por escrito, pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, dentro do prazo de trinta dias, contados na forma prevista nesta Lei Complementar. Parágrafo único. Se o recurso versar sobre item específico do acórdão, os demais itens não sofrem o efeito suspensivo, caso em que deverá ser dado prosseguimento a execução das decisões.

Art. 165. O recurso de reconsideração, interposto por petição dirigida ao Tribunal de Contas, conterà: I - os nomes e a qualificação das partes; II - os fundamentos de fato e de direito; III - o pedido de nova decisão.

A equipe técnica se manifestou por meio da Instrução Técnica de Recurso ITR 277/2021-7 (doc. 14), e ouvido o Ministério Público de Contas que se manifestou por meio do Parecer 5068/2021-1 (doc. 18), de lavra do Procurador de Contas Luciano Vieira. Portanto, os autos estão aptos para julgamento.

Assim, passo à análise do mérito recursal.

DO MÉRITO

O Recorrente pretende reformar o Acórdão TC 1619/2020-9, sendo proferido novo julgamento pelo conhecimento da representação, nos termos dos artigos 94, §1º e 101, ambos da Lei Complementar Estadual nº. 621/2021.

A fim de reformar a decisão recorrida o recorrente argumenta no mérito que o Acórdão objurgado foi proferido com evidente *error in iudicando*, tendo em vista que não conheceu a representação formulada por entender não estar presente interesse público e sim, interesse privado subjetivo.

Sustenta que, a presença do interesse privado não apresenta qualquer importância para a definição de competência dessa Corte de Contas. Contudo, não se pode olvidar que a atuação desta Corte de Contas, na tutela do interesse público em processos de representação, possa ainda que, indiretamente, atingir interesse privado de forma a beneficiar (ou não) a pessoa do representante.

Ressalta que os tópicos apontados na representação como irregulares envolvem claramente interesse público, quais sejam: Declaração falsa de atestado, atestados de capacidade técnica em afronta a itens do edital, transferência de execução à terceiros do mesmo grupo econômico.

Aduz, o *Parquet* de Contas, que a ao contrário do fora exposto no acórdão recorrido, a representação apresenta suspeita de fraude, no valor de R\$ 9.518.428,46, ocorrida em processo licitatório da Concorrência Pública nº. 018/2017 da Prefeitura Municipal da Serra, o que, por si só, já afastaria qualquer alegação de interesse público.

Por fim, regista que inexistem informações acerca do citado procedimento licitatório no sistema Geo-Obras.

O recorrido, em suas contrarrazões argui que o processo recorrido versa acerca de direito subjetivo, não existindo motivos para a reforma da decisão atacada.

Argumenta que a jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica no sentido de não acolher requerimentos de tutela de interesses eminentemente privados, pois a competência outorgada a esta Corte de Contas inclui apenas questões de interesse público, o qual não foram ventilados no processo inicial.

A equipe técnica, em sede de Manifestação Técnica de Recurso, opinou pelo provimento do presente recurso e reforma do acórdão guerreado para que seja conhecida a representação, tendo em vista que os dados não foram inseridos no sistema Geo-Obras, bem como, que os indícios de irregularidades discorridos na representação envolvem interesse público e também em razão do valor da licitação que poderia gerar danos ao erário.

O recorrido, solicitou a juntada de memoriais e o direito de realizar sustentação momento em que reafirmou que não pairam dúvidas que não houve violação à legislação por parte do gestor, bem como que o entendimento sobre o tema já se encontra pacificado por esta Corte de Contas, no sentido de não conhecer a representação que trata de interesse subjetivo.

Pois bem.

A celeuma em questão gira em torno da admissibilidade da representação no tocante a matéria debatida, ou seja, se a matéria versa acerca de interesse público ou direito subjetivo.

Inicialmente, faz-se necessária verificar se a representação atacada encontra respaldo no artigo 101 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2021 e preenche os requisitos de admissibilidade insertos no artigo 177 c/c artigo 186⁴ ambos do Regimento Interno desta Corte de Contas.

⁴ **Art. 177.** 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.

Dessa forma, verifico que a representação foi interposta por licitante, conforme determina o artigo 101 da Lei Orgânica e 184 do RITCEES, assim como verifico que se estão preenchidos os requisitos de admissibilidade expostos no art. 177 do RITCEES, quais sejam, a peça foi redigida com clareza, há informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção, foram apresentados indícios de prova, há prova da existência do representante e, juntada procuração comprovando que os signatários têm habilitação para representá-la.

Portanto, resta pendente a apreciar se o direito debatido é subjetivo e, se há interesse público.

Na peça exordial do Processo TC 4451/2018-1 (Representação), o representante argui dentre outras coisas que o Secretário Municipal de Obras, Sr. João Carlos Mendes, concedeu anuência para realização de subcontratação da empresa Rocco Construtora e Incorporadora (vencedora do certame questionado) para execução de serviços que segundo o representante, não poderiam ser subcontratados.

Aduz ainda, que a que a empresa Rocco Construtora e Incorporadora LTDA – ME em seu atestado de capacidade técnica afirma que *“executou no período de 30 de maio a 29 de dezembro de 2019, em sua totalidade e de forma satisfatória, atendendo as especificações, os serviços de EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA DE VIAS EM DIVERSOS LOCAIS NO MUNICÍPIO DA SERRA – ES, objeto do contrato n.º. 025/2016, tendo como responsável técnica a Engenheira Civil SUELEN RODRIGUES MARTINELLI, registrada no sob o n.º. ES-039896-D”*.

Todavia, segundo representante tal informação é falsa, visto que não consta no CREA qualquer registro nesse sentido, o que afronta ao que determinava o edital do certame.

§ 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.

[...]

Art. 186. Aplicam-se às representações previstas nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Argumentou ainda, que as empresas Rocco Construtora e Incorporadora LTDA – ME e PERC Construções e Incorporações LTDA, pertencem ao mesmo grupo econômico.

Na análise dos argumentos apresentados pelo representante há uma clara percepção do inconformismo do mesmo e da sua busca pela tutela deste tribunal em razão do julgamento pela improcedência do seu recurso administrativo.

No entanto, não se pode desconsiderar os argumentos apresentados, apenas pela motivação inicial do representante, tendo em vista que foram feitas afirmações que, além de demonstrarem indícios de fraude, põe em cheque a atuação de agente público.

E, conforme exposto pelo *Parquet* de Contas em sua peça recursal, no presente caso, deve-se verificar a presença de interesse público suficiente para justificar a ação desta Corte de Contas.

O interesse público segundo Paulo Otero⁵, possui substrato material, residente na persecução do bem comum, sendo fundamento, critério e limite de todo agir da Administração Pública de acordo com os lineamentos de cada ordenamento jurídico.

No processo atacado, observa-se a existência de interesse público visto que há indícios de que a administração pública infringiu o que determina a legislação. E, os fatos narrados na representação, que apontam declaração falsa de atestado, atestados de capacidade técnica em afronta a itens do edital, transferência à terceiros do mesmo grupo econômico, justificam a atuação deste Tribunal.

Outro ponto que deve ser considerado é o fato de que na análise da representação (processo inicial) a equipe técnica verificou que os dados referentes a Concorrência Pública nº. 018/2017, não estavam cadastrados no sistemas Geo-Obras.

Acerca deste ponto, destaco que conforme salientado pelo corpo técnico na Manifestação Técnica de Recurso, a ausência de dados no Geo-Obras, por si só, já seria o bastante para a deflagração de fiscalização, em razão da obrigatoriedade do envio dos dados e informações acerca de obras e serviços de engenharia, com

⁵ PAULO OTERO, **Direito do procedimento administrativo**, I, Coimbra, 2016.

valores iguais ou superiores ao estabelecido para a realização de licitação na modalidade convite, como no caso aqui debatido, cujo valor da obra soma a monta de R\$ 9.518.428,46.

Tal ausência de informações no Geo-Obras, inclusive, é passível de multa, conforme determina o art. 8º da Resolução TCEES 254/2012, *in verbis*:

Art. 8º. Verificada a ausência de remessa das informações ao Tribunal, ou seu envio intempestivo, a unidade técnica responsável, emitirá relatório de responsabilidade individual pelo descumprimento da obrigação, do gestor, do coordenador e do(s) operador(es), com a proposição da aplicação de multa em conformidade com o disposto no art. 135, IX, da Lei Complementar n.º 621/2012. (grifos nosso).

Nota-se que dada a importância dos dados no Geo-Obras, sua ausência enseja a aplicação de multa, assim como atuação desta Corte por meio dos instrumentos de fiscalização.

Assim, considerando a presença de interesse público nos fatos narrados na representação, que merecem a atuação desta Corte de Contas, bem como, a ausência de dados do sistema Geo-Obras e o valor total da contratação que perfaz a monta de R\$ 9.518.428,46, entendo que há elementos suficientes para reformar o Acórdão TC 1619/2020 e conhecer a Representação TC 4451/2018-1.

Também vale a pena ressaltar que, numa análise simples, estamos na fase de decidir se um indício de irregularidade será apurado ou não. Neste momento, caso ocorra dúvida da existência ou não da irregularidade o caminho é prosseguir em sua apuração, salvo se tiver baixa materialidade, decurso longo de tempo ou outro fator que crie alguma dificuldade. Situação diferente ocorre na fase de julgamento, principalmente quando se vai decidir pela punição ou não de um gestor, pois aí a dúvida pode afastar a penalidade. Isso guarda uma semelhança com o direito penal em que no momento de iniciar ou não um processo vigora o princípio do *in dubio pro societate* e no momento de aplicar a pena vigora o princípio do *in dubio pro reo*.

Além disso, é importante frisar que no momento atual não é mais simplesmente a representação de uma empresa privada pugnando por um possível interesse subjetivo seu, mas sim é algo encampado pela Área Técnica e principalmente pelo

Ministério Público de Contas, que avaliaram de maneira fundamentada a necessidade do conhecimento da representação para que as possíveis irregularidades sejam apuradas.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. ACÓRDÃO TC-1431/2021 – PLENÁRIO:

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 o presente Pedido de Reexame, nos termos do nos termos artigos arts. 164 e 165 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 (Lei Orgânica desta Corte de Contas), c/c art. 408 do Regimento Interno deste Tribunal

1.2. DAR PROVIMENTO ao Pedido de Reexame e, por consequência, reformar o Acórdão TC 1619/2020-Plenário, no sentido de **CONHECER** a Representação 4451/2018-1, nos termos dos artigos 94, incisos e §2º c/c art. 101 ambos da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.4. REMETER os autos ao relator do processo originário TC 4451/2018 para prosseguimento da instrução;

1.5. ARQUIVAR os autos após os trâmites regimentais.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 09/12/2021 - 64ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões