



Acórdão 00048/2024-1 - Plenário

Processo: 05106/2023-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: SANEAR - Serviço Colatinense de Saneamento Ambiental

Relator: Donato Volkers Moutinho

Interessado: JONATHAN BRUNO BLUNCK GERVASIO

Representante: FERNANDO SYMCHA DE ARAUJO MARCAL VIEIRA

Responsável: CELIA ALVARENGA DE FREITAS GIUBERTI GRASSI, SEBASTIAO DEMUNER

REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO – PREGÃO – ANÁLISE PRÉVIA DE SELETIVIDADE – NÃO SELECIONÁVEL – NOTIFICAÇÃO PARA PROVIDÊNCIAS – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – CIÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

1. O Tribunal, no exercício de sua função normativa, possui competência para expedir atos normativos administrativos que organizem a forma como devem se desenvolver os processos no seu âmbito de atividade e a forma como deve receber documentos e informações;
2. A análise prévia de seletividade, prevista no art. 177-A do Regimento Interno do Tribunal, instituída no exercício de sua função normativa, é legal.

VOTO DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO DONATO VOLKERS MOUTINHO:

I RELATÓRIO

Trata-se de representação (doc. 2) apresentada pelo Sr. Fernando Symcha de Araújo Marçal Vieira, em 8 de agosto de 2023, em face do Serviço Colatinense de Saneamento Ambiental (Sanear), alegando irregularidades no edital de licitação do Pregão Eletrônico 19/2023, cujo objeto é aquisição de pneus e câmaras de ar.

Alega o representante, em síntese, a ocorrência das seguintes supostas irregularidades: (i) exigência de certificado de regularidade do cadastro técnico federal do Ibama em nome do fabricante; (ii) agrupamento de itens em um mesmo lote; e (iii) exigência de fabricação não superior a seis meses.

Inicialmente, na Decisão Monocrática 1221/2023 (doc. 6), a Exma. Conselheira Relatora Marcia Jaccoud Freitas determinou a notificação do Sr. Sebastião Demuner, diretor-geral do Sanear, e da Sra. Célia Alvarenga de Freitas Giuberti Grassi, pregoeira, para que, no prazo de cinco dias, apresentassem os esclarecimentos preliminares sobre os fatos questionados. Devidamente notificados, eles apresentaram os esclarecimentos conjuntamente (doc. 10).

Em seguida, a relatora conheceu a representação e remeteu os autos à Secretaria Geral de Controle Externo (Segex) para instrução (doc. 18). Ato contínuo, o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF) submeteu a representação ao procedimento de análise de seletividade, no qual ela foi considerada não selecionável, conforme evidencia a Análise de Seletividade 20/2023 (doc. 20). Em consequência, a unidade emitiu a Manifestação Técnica 3444/2023 (doc. 22), na qual propôs a extinção do feito sem resolução de mérito, com a inclusão dos fatos relatados em banco de dados a ser considerado no planejamento das futuras ações de controle externo.

Todavia, o Ministério Público junto ao Tribunal (MPC) divergiu desse entendimento em seu Parecer MPC 16/2023 (doc. 25), da lavra do Exmo. Procurador de Contas Luís

Henrique Anastácio da Silva, no qual alegou a ocorrência de ilegalidade na Emenda Regimental 23, de 14 de junho de 2023, que alterou o art. 177-A do Regimento Interno do Tribunal (RITCEES), aprovado pela Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013, e pugnou pelo prosseguimento do feito.

Recebidos os autos, notei discrepâncias entre a Análise de Seletividade 20/2023 e a Manifestação Técnica 3444/2023 e determinei diligência à unidade técnica, a fim de se esclarecer qual dos resultados prevaleceria, tendo sido atendido no Despacho 45982/2023 (doc. 28).

É o relatório.

II FUNDAMENTOS

Trata-se de representação em face de licitação, apresentada ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES) com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e no art. 101, *caput*, da Lei Complementar Estadual (LC) 621, de 8 de março de 2012. Em decorrência, por força do art. 50, inciso II, alínea “c”, c/c o parágrafo único do art. 101, ambos da LC 621/2012, instaura-se na Corte um processo de controle externo cuja natureza é de fiscalização ao qual se aplicam, no que couber, as normas relativas à denúncia.

No rito previsto, conforme o art. 177-A do RITCEES, após o seu conhecimento no juízo de admissibilidade, como condição para a instrução, as denúncias – e, portanto, também às representações em face de licitações e contratos administrativos – devem ser remetidas à unidade técnica para a análise prévia de seletividade de seu objeto, tendo em conta critérios de risco, relevância, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência.

Contudo, como exposto no Parecer 5004/2023 (doc. 25), em síntese, o MPC defende que o atual art. 177-A do RITCEES seria ilegal porque: a inclusão da gravidade, da urgência e da tendência como critérios para seletividade do objeto de controle representaria uma vedada criação de norma processual, pois não teria previsão na LC 621/2012; e traria indevida restrição ao exercício das atribuições constitucionais

do Tribunal, na medida em que supostamente legitimaria o arquivamento liminar de praticamente qualquer fiscalização.

Com a finalidade de examinar a sua legalidade, vale transcrever a atual redação do art. 177-A do RITCEES, qual seja:

Art. 177-A. Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para análise prévia de seletividade do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência, definidos em ato normativo, como condição para a instrução preliminar ou de mérito, a realização de fiscalização ou a inclusão em banco de dados a ser considerado no planejamento das futuras ações de controle externo.

§ 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.

V - gravidade: impacto da situação tida por irregular ou ilegal sobre a sociedade, o órgão ou a entidade jurisdicionada e sobre os objetivos de sistemas, programas, projetos, atividades e processos governamentais e efeitos que provavelmente surgirão a longo prazo, caso ela não seja resolvida;

VI - urgência: relação com o tempo disponível ou necessário para resolução da situação tida por irregular ou ilegal;

VII - tendência: avaliação da provável trajetória de estabilização, crescimento, redução ou desaparecimento da situação tida por irregular ou ilegal ou de seus efeitos.

§ 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.

§ 2º-A A remessa à unidade técnica para a análise prévia de seletividade, prevista no caput, ocorrerá antes da apreciação de medida cautelar, exceto nos casos em que, por fundamentada urgência, o Relator entender que deva deferi-la ou indeferi-la anteriormente. (Parágrafo incluído pela Emenda Regimental nº 023, de 14.6.2023).

§ 2º-B A análise prévia de seletividade será realizada no prazo de até dois dias.

§ 2º-C Na análise prévia de seletividade, serão sumariamente considerados de baixo risco, materialidade e gravidade os fatos noticiados que:

I - se refiram a objeto de controle cujo valor financeiro associado seja inferior ao valor de alçada previsto em ato normativo para a remessa de tomada de contas especial ao Tribunal; ou

II - se refiram, preponderantemente, a indício de dano ao erário cujo valor seja inferior ao valor de alçada previsto em ato normativo para a remessa de tomada de contas especial ao Tribunal;

§ 2º-D O exame de oportunidade da atuação direta do Tribunal avaliará se a ação corretiva do órgão ou entidade jurisdicionada, do órgão de controle interno ou de outros órgãos de controle externo é suficiente para dar adequado tratamento ao fato noticiado.

§ 3º A unidade técnica competente se manifestará:

I - pelo prosseguimento da instrução processual, quando a análise prévia de seletividade revelar o atendimento dos critérios definidos no caput e for constatada a oportunidade da execução da ação de controle, hipótese em que, desde já, analisará e instruirá o processo, na forma regimental; ou

II - pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para adoção de providências que entenderem cabíveis, quando a análise prévia de seletividade revelar o não atendimento dos critérios definidos no caput ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna, com proposta de extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, dando-se ciência ao denunciante.

§ 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 controle externo.

Adicionalmente, o procedimento de análise de seletividade (PAS), previsto no art. 177-A, é detalhadamente definido na Resolução TC 375, de 11 de julho de 2023, por meio do qual são aplicados os indicadores, parâmetros e pontuações fixados na Decisão Plenária TC 11, de oito de agosto de 2023.

Ao analisar o procedimento de análise de seletividade em conjunto com a metodologia de análise de seletividade de informações de irregularidades, estabelecida no Anexo I da Decisão TC 11/2023, percebe-se que a inclusão dos critérios de gravidade, urgência e tendência, como de resto a própria adoção do PAS, regulamenta etapa posterior ao juízo de admissibilidade das informações de irregularidade que chegam ao TCEES. Logo, na verdade, não consubstancia a criação de norma processual, como apontado pelo MPC, mas trata do *modus operandi* a ser aplicado.

A norma guerreada estabelece uma metodologia para aferir e auxiliar, por critérios objetivos, a formação de um juízo de conveniência e oportunidade pelo relator e pelo colegiado, que poderá resultar em eventual ação direta do controle externo ou dos órgãos de controle interno das unidades jurisdicionadas. Note-se que não se trata de

arquivamento liminar, como apontado pelo procurador de contas, mas de proposta da unidade técnica a ser avaliada pelo relator, com a participação do MPC, e decisão colegiada, como ocorre no presente caso.

Ademais, não há violação aos limites impostos pela LC 621/2012, já que a alteração do art. 177-A do RITCEES foi editada com base na função normativa do Tribunal, que o permite expedir “[...] atos normativos administrativos, como exemplo, seu regimento interno e resoluções, que organizem a forma como devem se desenvolver os processos no seu âmbito de atividade e a forma como devem receber documentos e informações”¹. Sua competência para o exercício dessa função normativa tem sede constitucional, como se depreende da leitura combinada dos arts. 73, *caput*, 75, *caput*, e 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), a seguir transcritos:

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, **exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.**

[...]

Art. 75. **As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados** e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

[...]

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e **elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos** jurisdicionais e administrativos; (grifo nosso).

Adicionalmente, a LC 621/2012 prevê, em seu art. 3º, tal competência normativa do TCEES, nos seguintes termos:

Art. 3º Ao Tribunal de Contas, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

¹ MOUTINHO, Donato Volkens. **Contas dos governantes**: apreciação das contas dos chefes de Poder Executivo pelos tribunais de contas do Brasil. São Paulo: Blucher, 2020. p. 135.

Ainda, especificamente no que diz respeito às denúncias e representações, a LC 621/2012 prevê que a forma de tratamento a ser aplicada deverá ser prevista em seu Regimento Interno:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXIII - **decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada** por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, **nos termos do Regimento Interno;**

[...]

XXV - **decidir sobre representação que lhe seja encaminhada, nos termos do Regimento Interno;** (grifo nosso).

Assim, no exercício de sua função normativa, decorrente da CF/1988 e da LC 621/2012, esta Corte de Contas, por meio do art. 177-A do RITCEES, instituiu a análise prévia de seletividade como metodologia para o tratamento, entre outras informações externas, de denúncias e representações já admitidas.

Lado outro, não há a previsão de um arquivamento sumarizado, mas, nos casos em que, na análise prévia de seletividade, a informação externa não alcance pontuação suficiente para que a apuração prossiga imediatamente neste órgão de controle, encontra-se previsto seu arquivamento após análise metodologicamente suportada, com inserção das informações em banco de dados a ser considerado no planejamento das futuras ações de controle externo, e notificação do órgão ou entidade jurisdicionado e do órgão responsável pelo seu controle interno, especificamente para a adoção das providências cabíveis.

Neste ponto, vale destacar que não se trata de inovação que fuja à regra no âmbito desta Corte, que já editou diversos atos normativos que estabeleceram metodologias de análise e seleção de objetos de controle, a exemplo das vigentes Resoluções TC 349, de 8 de dezembro de 2020, e 352, de 1º de junho de 2021, que dispõem, respectivamente, sobre a elaboração do plano anual de controle externo e a seleção das ações de controle do Tribunal e sobre a seleção dos órgãos e entidades jurisdicionados que terão processos de contas anuais constituídos para fins de julgamento pelo TCEES.

Aliás, como uma legislação atenta às circunstâncias reais que limitam a atuação dos órgãos de controle, a própria Lei 14.133/2021, em seu art. 170, prevê, expressamente, que eles devem adotar critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco na fiscalização dos atos relacionados às licitações e contratos administrativos.

Além disso, de acordo com o rol do § 3º do art. 177-A do RITCEES, as providências a serem adotadas estão em sintonia com a visão hodierna do controle da administração pública, estruturado em linhas de defesa, em que há um papel relevante a ser exercido pelo controle interno, inclusive positivado na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, ao estabelecer que:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:
I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;
II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;
III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Finalmente, como outros fundamentos para a instituição da análise prévia de seletividade das denúncias e representações no TCEES, pode-se destacar:

- (i) a necessidade de se assegurar maior eficiência ao controle externo, com a priorização dos esforços em ações de maior impacto social, econômico, financeiro e orçamentários, de modo a evitar que o Tribunal se envolva em questões cujo custo do controle seja maior que o seu eventual benefício;
- (ii) dentre as diretrizes voltadas a orientar as ações das Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) previstas na Declaração de Moscou – resultante do XXIII Congresso da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), realizado em setembro de 2019 –, está a necessidade de priorização das atividades voltadas para a solução dos grandes problemas nacionais;
- (iii) o entendimento de que a seletividade consagra o interesse público, ainda, ao permitir o atendimento dos valores e benefícios das EFS (ISSAI 12), em especial, a disponibilidade de tempo e recursos suficientes para realizar auditorias objetivando garantir que os órgãos e entidades do setor público sejam

responsabilizados por sua gestão e uso de recursos públicos, realizando-se, inclusive, auditorias financeiras, operacionais e de conformidade, como resposta apropriada aos riscos de impropriedade financeira, fraude e corrupção;

(iv) a necessidade de se implementar mecanismos efetivos para adoção do princípio da seletividade nas ações de controle, consistente na avaliação dos critérios de risco, relevância, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência, a fim de padronizar a metodologia para a seleção e tratamento de informações de irregularidade recepcionadas durante o exercício, podendo orientar a elaboração de novas propostas de ações de controle, bem como alterações naquelas já programadas;

(v) o Marco de Medição do Desempenho dos Tribunais de Contas (MMD-TC), que propõe a utilização de medidas para racionalizar a geração de processos, por meio de critérios de risco, relevância e materialidade;

(vi) o estabelecimento de critérios de seletividade para a constituição dos processos de controle externo como forma de se contribuir para o aprimoramento do modelo de controle do TCEES, tornando-o mais tempestivo, eficiente e excelente; e

(vii) a necessidade de se minimizar a assimetria no processo de seleção das ações de controle a serem executadas pelo Tribunal, quando comparada a atuação por iniciativa própria e por iniciativa externa.

Por todo o exposto, conclui-se que não há restrição ao direito de comunicar ao Tribunal irregularidades de qualquer tipo, nem renúncia deste ao seu dever de controle. O que se verifica é a utilização de critérios de análise de risco que aperfeiçoam a ação de controle, balizada pelo princípio constitucional da eficiência, em prática já consagrada nas Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP), atualmente adotadas pela maioria dos tribunais de contas brasileiros.

Logo, **não se verifica qualquer ilegalidade na atual redação do art. 177-A do RITCEES**. Em consequência, dirijo do MPC e concluo que ele deve ser observado pela unidade técnica na análise prévia de seletividade de denúncias e representações.

No caso dos autos, fundado no art. 177-A do RITCEES, a unidade técnica submeteu a representação ao procedimento de análise de seletividade definido na Resolução

TC 375/2023. Como resultado, conforme evidencia a Análise de Seletividade 20/2023 (doc. 20), ela foi considerada não selecionável, na medida em que alcançou apenas 39,60 pontos percentuais no índice de risco, relevância, oportunidade e materialidade (RROMa), aquém do mínimo de cinquenta pontos percentuais exigidos, pelo art. 4º do Anexo I da Decisão Plenária TC 11/2023, para que o PAS avance à análise de gravidade, urgência e tendência (GUT).

Em consequência, na Manifestação Técnica 3444/2023 (doc. 22), a unidade técnica propôs: a notificação dos então responsáveis pela gestão e pelo controle interno da entidade jurisdicionada; a extinção do feito sem resolução de mérito; e a expedição de determinação para a inclusão dos fatos relatados em banco de dados da Segex, de forma a subsidiar o planejamento de futuras ações de controle externo.

Em exame dos autos, verifica-se que o MPC não se manifestou especificamente quanto às pontuações obtidas pelo objeto da representação na avaliação prévia de seletividade, demonstradas na Análise de Seletividade 20/2023 (doc. 20).

Os indicadores a serem utilizados na avaliação do índice RROMa estão previstos no art. 2º do Anexo I da Decisão Plenária TC 11/2023, nos seguintes termos:

Art. 2º Na apuração do índice RROMa, com os parâmetros e pontuações constantes do Anexo II, serão utilizados os seguintes indicadores:

I - de risco:

- a) resultado da última apreciação das contas anuais do prefeito, se órgão ou entidade municipal, ou do último julgamento das contas anuais do ordenador de despesas, caso não seja municipal;
- b) faixa ou índice de avaliação do controle interno;
- c) faixa ou índice de transparência ativa;
- d) detecções em matriz de risco, formada por malhas eletrônicas e informações estratégicas;
- e) tempo decorrido desde a última auditoria de conformidade realizada pelo TCEES no município ou unidade gestora estadual;
- f) histórico de multa ou débito do gestor do objeto alvo da informação de irregularidade;
- g) relato de fraude ou corrupção na informação de irregularidade.

II - de relevância:

- a) porte da população atingida pela irregularidade informada;
- b) origem da informação;
- c) faixa de classificação no Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM), se município;
- d) Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M);
- e) quantidade de denúncias e representações contra a Administração municipal ou a Administração da unidade gestora estadual, em relação à média; e
- f) valor financeiro do dano informado ou identificado, se for o caso; ou

- g) área temática do objeto, com as pontuações previstas no Anexo IV, caso não haja dano informado ou identificado;
- III - de oportunidade: se o fato está em andamento ou ocorreu há menos de cinco anos;
- IV - de materialidade:
 - a) valor financeiro associado ao objeto; ou
 - b) impacto orçamentário: razão entre o valor financeiro associado ao objeto e o orçamento do ente, se órgão ou entidade municipal, ou da unidade gestora, caso contrário.

No caso concreto, considerando os indicadores arrolados acima e os parâmetros e pontuações previstos no Anexo II da Decisão Plenária TC 11/2023 (doc. 4 do Processo TC 4660/2023), tratando-se de narrativa de supostas irregularidades em pregão eletrônico com resultado já homologado, em um valor de R\$ 112.544,70 (cento e doze mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e setenta centavos)², sem narrativa de dano ao erário ou fraude, **não há motivo para discordar do resultado da avaliação efetuada pela unidade técnica, de modo que a representação não deve ser selecionada.**

Em consequência, acompanho o entendimento da unidade técnica e dirijo do MPC quanto às propostas de notificação da entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo seu controle interno e de extinção do feito sem resolução de mérito, com o seu arquivamento.

Porém, considerando que o § 4º do art. 177-A do RITCEES prevê a inserção dos fatos noticiados em banco de dados a ser considerado no planejamento das futuras ações de controle como efeito automático e obrigatório da extinção do processo com base no inciso II do § 3º do referido artigo, nos casos em que a representação não ultrapassar a análise de seletividade; e considerando que, por força do art. 8º, *caput*, da Resolução TC 361, de 19 de abril de 2022, as determinações para providências internas que não sejam voltadas à instrução dos autos não devem ser consignadas na parte dispositiva das deliberações; concluo que não deve ser expedida a determinação para a inclusão dos fatos relatados em banco de dados da Segex.

² COLATINA. Prefeitura Municipal. **Portal da Transparência**. Compras. Licitações. Detalhes da licitação. Disponível em: <https://colatina-es.portaltp.com.br/consultas/detalhes/licitacao.aspx?id=00101618F47D5555E84063A77948B418D1792600004718>. Acesso em: 10 nov. 2023.

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Ante o exposto, divirjo pontualmente da unidade técnica, divirjo integralmente do Ministério Público junto ao TCEES, e proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de deliberação que submeto à apreciação:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, ACORDAM em:

III.1 Determinar a **NOTIFICAÇÃO** do Serviço Colatinense de Saneamento Ambiental (Sanear), na pessoa de seu diretor-geral, o Sr. Sebastião Demuner ou eventual sucesso no cargo, e da Controladoria Geral do Município de Colatina, na pessoa do seu dirigente, o Sr. Jonathan Bruno Blunck Gervásio ou eventual sucessor no cargo, para a adoção das providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos narrados na representação;

III.2 **EXTINGUIR O FEITO** sem resolução de mérito, nos termos do art. 177-A, § 3º, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal;

III.3 Dar **CIÊNCIA** ao representante, aos interessados e ao Ministério Público junto ao Tribunal, na forma regimental; e

III.4 **ARQUIVAR** os autos após o trânsito em julgado.

DONATO VOLKERS MOUTINHO
Conselheiro Substituto
Relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1 RELATÓRIO

Solicitei vista deste processo da Relatoria do Conselheiro Substituto Donato Volkers Moutinho, que trata de **Representação** apresentada pelo Sr. Fernando Symcha de Araújo Marçal Vieira, em face do Serviço Colatinense de Saneamento Ambiental - Sanear, alegando irregularidades no edital de licitação do Pregão Eletrônico 19/2023, cujo objeto é aquisição de pneus e câmaras de ar.

Alega o representante, em síntese, a ocorrência das seguintes supostas irregularidades: (i) exigência de certificado de regularidade do cadastro técnico federal do Ibama em nome do fabricante; (ii) agrupamento de itens em um mesmo lote; e (iii) exigência de fabricação não superior a seis meses.

Por meio da **Decisão Monocrática 1221/2023** (doc. 6), foi determinada a notificação do Sr. Sebastião Demuner, Diretor-geral do Sanear, e da Sra. Célia Alvarenga de Freitas Giuberti Grassi, pregoeira, para que, no prazo de cinco dias, apresentassem os esclarecimentos preliminares sobre os fatos questionados.

Devidamente notificados, os gestores apresentaram os esclarecimentos conjuntamente (**Resposta de Comunicação 1821/2023** - doc. 10).

Em seguida, a representação foi conhecida e o feito remetido ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF) que submeteu a representação ao procedimento de análise de seletividade, no qual ela foi considerada não selecionável, conforme evidencia a **Análise de Seletividade 20/2023** (doc. 20).

Ato contínuo, foi elaborada a **Manifestação Técnica 3444/2023** (doc. 22), com a seguinte proposta de encaminhamento:

“(...) 5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

- a) Determinar a notificação do Sr. Sebastião Demuner e Jonathan Bruno Blunck Gervásio, para a adoção de providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos representados;
- b) Extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do inciso II, art. 6º, da Res.375/2023, c/c o artigo 177-A, § 3º, inciso II do RITCEES;
- c) Determinar a inclusão dos fatos relatados no banco de achados da SEGEX para subsidiar a elaboração dos futuros Planos Anuais de Fiscalização.

- d) Arquivamento dos presentes autos, nos termos do inciso III, art. 330 do RITCEES;
- e) Ciência da decisão a ser deliberada ao representante.(...)”

O Ministério Público de Contas, no **Parecer 16/2023** (doc. 25), da lavra do Procurador de Contas Luís Henrique Anastácio da Silva, pugnou pelo prosseguimento do feito, com citação dos responsáveis, nos termos do art. 56, II e III da Lei Complementar nº 32/2012

O Conselheiro Relator notou discrepâncias entre a Análise de Seletividade 20/2023 e a Manifestação Técnica 3444/2023 e determinou diligência à unidade técnica, a fim de se esclarecer qual dos resultados prevaleceria, tendo sido atendido no **Despacho 45982/2023** (doc. 28).

Na sequência, o Conselheiro Relator apresentou o **Voto 4890/2023** (doc. 29), com a seguinte proposta de deliberação:

1) “(...) III Proposta de deliberação

Ante o exposto, dirijo pontualmente da unidade técnica, dirijo integralmente do Ministério Público junto ao TCEES, e proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de deliberação que submeto à apreciação:

DONATO VOLKERS MOUTINHO

Conselheiro Substituto

Relator

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, ACORDAM em:

Determinar a **NOTIFICAÇÃO** do Serviço Colatinense de Saneamento Ambiental (Sanear), na pessoa de seu diretor-geral, o Sr. Sebastião Demuner ou eventual sucesso no cargo, e da Controladoria Geral do Município de Colatina, na pessoa do seu dirigente, o Sr. Jonathan Bruno Blunck Gervásio ou eventual sucessor no cargo, para a adoção das providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos narrados na representação;

EXTINGUIR O FEITO sem resolução de mérito, nos termos do art. 177-A, § 3º, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal;

Dar **CIÊNCIA** ao representante, aos interessados e ao Ministério Público junto ao Tribunal, na forma regimental; e

ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado.(...)”

Com pedido de vistas vieram os autos a este Gabinete.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

É de conhecimento acadêmico que os Tribunais de Contas podem atuar de duas formas: de ofício ou mediante provocação. No primeiro caso, o próprio Tribunal, ao fazer seu planejamento, estabelece as prioridades e define o objeto de fiscalização; no segundo caso, há provocação de agentes externos para que haja atuação do órgão de controle.

Nos casos em que os Tribunais de Contas são provocados a atuarem, recebem-se denúncias e/ou representações, cujos critérios de processamento são previstos na legislação de cada órgão de controle.

Não diferente, este Tribunal de Contas, no exercício da atribuição de aplicador dos direitos fundamentais, zelando para que as relações jurídicas não fiquem à mercê de uma perene instabilidade, expressamente previu os requisitos e processamentos das denúncias e representações nos arts. 93 e seguintes, e arts. 99 e seguintes, respectivamente, da sua Lei Orgânica (Lei Complementar nº 621/2012) e arts 176 e seguintes, e arts. 181 e seguintes, respectivamente, do RITCEES (Resolução nº 261/2013).

Nesse contexto, nos termos do art. 177-A do RITCEES (com redação alterada recentemente pela Emenda Regimental nº 23), os processos de denúncia e representações, **após análise de admissibilidade feita pelos Conselheiros Relatores**, seguem ao órgão de instrução, competente para análise prévia da seletividade:

Art. 177-A. Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para análise prévia de seletividade do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência, definidos em ato normativo, como condição para a instrução preliminar ou de mérito, a realização de fiscalização ou a inclusão em banco de dados a ser considerado no planejamento das futuras ações de controle externo.

E mais recentemente, esta Corte de Contas publicou a Resolução nº 375/2023 (regulamentada pela Decisão Plenária nº 011/2023), que dispõe sobre o Procedimento de Análise de Seletividade de informações de irregularidade destinado a priorizar as ações de controle externo.

Essa nova resolução estabeleceu critérios objetivos para análise das demandas externas de fiscalização, de forma a priorizar as ações de controle e o seu alinhamento à estratégia organizacional, com intuito de dar maior efetividade a atividade controladora.

Instituiu-se então o intitulado 'princípio da seletividade', em que a Resolução 375/2023 definiu um procedimento de análise prévia dos critérios e pesos desses critérios da seletividade das informações recebidas pelos jurisdicionados.

Eis o que consta no art. 1º da norma mencionada (Res. 375/2023):

“Art. 1º Fica instituído o Procedimento de Análise de Seletividade (PAS) no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES), regulado nos termos desta Resolução, destinado a priorizar ações que estejam alinhadas à estratégia institucional e em harmonia com o planejamento das atividades de controle e com os recursos disponíveis.”

A referida resolução, em conjunto com a Decisão Plenária, previu, além dos critérios para verificação da seletividade das informações externas recebidas pelo Tribunal, quais sejam materialidade, relevância, oportunidade, risco, gravidade, urgência e tendência, também previu o procedimento a ser seguido nesta análise, atribuindo competência ao órgão de instrução para conclusão pelo prosseguimento ou não da instrução processual (previsto também no §3º do art. 177-A do RITCEES). *Verbis*:

Res. 375/2023

“Art. 6º No Procedimento de Análise de Seletividade, a unidade técnica competente concluirá:

I - pelo prosseguimento da instrução processual, quando a informação de irregularidade alcançar a pontuação mínima na análise de seletividade e for constatada a oportunidade da execução da ação de controle, hipótese em que, desde já, analisará e instruirá o processo, na forma regimental; ou

II - pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis, quando a análise de seletividade revelar o não atendimento dos critérios de seletividade ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna, bem como pela extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, dando-se ciência ao denunciante ou representante, conforme o caso.”

Assim, o órgão de instrução pode proferir manifestação técnica nos seguintes sentidos:

a) pelo prosseguimento da instrução processual, quando a informação de irregularidade alcançar a pontuação mínima na análise de seletividade e for constatada a oportunidade da execução da ação de controle, hipótese em que, desde já, analisará e instruirá o processo, na forma regimental;

OU

b) pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis, quando a análise de seletividade revelar o não atendimento dos critérios de seletividade ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna;

OU

c) pela extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, dando-se ciência ao denunciante ou representante, quando a análise de seletividade revelar o não atendimento dos critérios de seletividade ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna.

Verifiquei que se tornou recorrente na maioria dos processos de denúncia e/ou representação o opinamento do órgão de instrução pela extinção do feito sem resolução de mérito, com conseqüente arquivamento, em razão do suposto não atendimento aos critérios da nova Resolução, como nos presentes autos.

Para regular tramitação, os autos são encaminhados em seqüência ao Ministério Público de Contas que, por sua vez, tem emitido parecer no sentido de conhecimento e prosseguimento da demanda, com remessa dos autos para instrução na forma regimental e legal, sob os seguintes fundamentos:

- a) contesta a legalidade da aplicação do art. 177-A do RITCEES, notadamente porque promove indevida restrição ao direito subjetivo de denúncia constitucionalmente garantido aos cidadãos (violação ao direito de denúncia);
- b) representa afastamento das atribuições constitucionais desta Corte de Contas por meio de ato regimental (violação das hierarquias das normas);
- c) direito constitucional de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, §2, CF) ter o regular processamento e apreciação das irregularidades e ilegalidades denunciadas pelo órgão de controle externo;
- d) interesse público, supremo e indisponível, inexistindo espaço para qualquer solução processual que impeça o livre exercício da função dos Tribunais de Contas, sobretudo que implique renúncia de competências;
- e) negar a deflagração de procedimento de fiscalização, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, constitui verdadeira negativa de jurisdição, além de fomentar a impunidade;
- f) os chamados requisitos para processamento da denúncia e representação, risco, relevância, materialidade e oportunidade, não apresentam sequer um critério seguro para sua aplicabilidade, de modo que fica ao livre arbítrio do julgador decidir diante do caso concreto pela conveniência ou não de exercer a fiscalização ou simplesmente, em prol da eficiência, extinguir o processo em exame do mérito;
- g) a avaliação da unidade técnica quanto aos requisitos do grau de risco, materialidade e relevância da fiscalização é equivocada, mormente quando sopesados a complexidade da matéria, o elevado valor estimado da contratação, a extensão do objeto contratual e o caráter sensível do público-alvo dos serviços a serem contratados;
- h) a unidade técnica não fez o devido e necessário exame pormenorizado dos fundamentos que sustentam a ocorrência das irregularidades, o que obsta a emissão de qualquer juízo de valor acerca da relevância, da materialidade e da necessidade da realização da fiscalização;
- i) o Tribunal de Contas tem, inexoravelmente, o dever de apurar e, constatada violação às normas de natureza contábil, financeira, orçamentaria, operacional

e patrimonial, haja ou não dano erário, punir qualquer agente ou particular, aplicando-lhes as sanções legalmente previstas.

Desta feita, compreende-se que a matéria em debate, acerca da aplicabilidade do art. 177-A do RITCEES, está dissonante no âmbito desta Corte de Contas, em razão dos diversos posicionamentos adotados tanto pelo órgão de instrução quanto pelo nobres Conselheiros julgadores.

Diante da divergência e repercussão que o caso demanda, principalmente na jurisdição prestada por esta Corte aos cidadãos, a Procuradoria-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade de nº 7.459, com pedido de medida cautelar, perante o Supremo Tribunal Federal, em face do art. 177-A do RITCEES, o qual dispõe sobre a análise prévia de seletividade do objeto de controle, pela unidade técnica competente, como condição para instrução preliminar ou de mérito, realização de fiscalização, ou inclusão em banco de dados para planejamento de ações futuras de controle externo de competência do TCE/ES.

Preliminarmente, defende que a norma questionada se reveste de abstração, generalidade e primariedade normativa suficientes para se qualificar como ato sujeito a controle concentrado, e que a análise de sua constitucionalidade prescinde da interpretação de norma infraconstitucional, o que, sob a ótica do postulante, legitima o exame de mérito da matéria posta em discussão.

No mérito, alega que as normas impugnadas “inovam indevidamente a disciplina da organização e da forma de fiscalização da corte de contas, afastando-se do modelo federal de organização do TCU, o qual [...] não estabelece disciplina alguma atinente a **controle prévio de seletividade** a denúncias cuja admissibilidade foi constatada pelo relator”.

Requer, ao final, a concessão de medida de cautelar, visando à suspensão do art. 177-A do Regimento Interno do TCE/ES, aprovado pela Resolução nº261/2013, com alterações das Emendas Regimentais nºs 11/2019, 16/2020 e 23/2023, e, no mérito, pugna pela declaração de inconstitucionalidade da norma.

O Ministro Dias Toffoli, relator da referida ADI 7459, proferiu recente decisão monocrática (publicada em 04/10/2023) nos autos aplicando rito abreviado a ação, em razão da relevância da questão debatida, conferindo-se prazo as partes para se manifestarem.

Seguindo-se o trâmite, os autos encontram-se atualmente conclusos para manifestação do Ministro Relator.

Com efeito, considerando que o objeto da ADI 7459 é justamente a inconstitucionalidade do art. 177-A do RITCEES e considerando a divergência dos membros desta Corte de Contas acerca da matéria, compreendo prudente o sobrestamento destes autos até ulterior decisão do Excelso STF.

Por esta razão, observo a necessidade de evitar, na condução do processo, desperdício de trabalho e tempo, causadores de entraves no curso processual, o que restaria em inobservância aos Princípios Constitucionais da Celeridade e Duração Razoável do Processo:

Constituição Federal

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

Tais princípios também se encontram disciplinados no Código de Processo Civil, que possui utilização subsidiária no âmbito desta Corte:

Código de Processo Civil

“Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. (...)”

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (...)”

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

Assim, neste caso específico, a fim de assegurar resultado satisfatório com o mínimo de emprego possível de atividades processuais, e entendendo importante a atuação uniforme desta Corte, visando a garantia da segurança jurídica, deixo de apreciar neste momento o mérito processual e, em observância aos princípios da celeridade, duração razoável do processo e economia processual, entendo pelo sobrestamento do feito até posterior decisão do Excelso STF.

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto à sua consideração.

3 PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1. SOBRESTAR o julgamento dos presentes autos até decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7459, pela fundamentação exposta, em observância aos princípios da celeridade, duração razoável do processo e economia processual.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC-0048/2024:

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 em:

1.1. Determinar a **NOTIFICAÇÃO** do Serviço Colatinense de Saneamento Ambiental (Sanear), na pessoa de seu diretor-geral, o Sr. Sebastião Demuner ou eventual sucesso no cargo, e da Controladoria Geral do Município de Colatina, na pessoa do

seu dirigente, o Sr. Jonathan Bruno Blunck Gervásio ou eventual sucessor no cargo, para a adoção das providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos narrados na representação;

1.2. EXTINGUIR O FEITO sem resolução de mérito, nos termos do art. 177-A, § 3º, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal;

1.3. Dar **CIÊNCIA** ao representante, aos interessados e ao Ministério Público junto ao Tribunal, na forma regimental; e

1.4. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos da proposta de voto do relator, conselheiro substituto Donato Volkens Moutinho. Vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que votou pelo sobrestamento, e o conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que o acompanhou.

3. Data da Sessão: 01/02/2024 - 3ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro substituto: Donato Volkens Moutinho (relator/em substituição conforme Ato Convocatório nº 1/2024).

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SUBSTITUTO DONATO VOLKERS MOUTINHO

Relator/Em substituição

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

Secretário-geral das Sessões