



Acórdão 00214/2024-6 - 2ª Câmara

Processo: 07081/2023-2

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: FMSDM - Fundo Municipal de Saúde de Domingos Martins, PMDM - Prefeitura Municipal de Domingos Martins

Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Representante: D&M SAUDE LTDA

Responsável: WANZETE KRUGER, MARCIA D ASSUMPCAO

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – ADMISSIBILIDADE – CONHECIMENTO
– ANÁLISE PRÉVIA DE SELETIVIDADE – NOTIFICAR –
EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO
– ARQUIVAR**

1. O Tribunal detém a competência para expedir atos normativos que regulamentem a condução dos processos em sua esfera de atuação, assim como a recepção de documentos e informações.

2. A ausência dos requisitos de critério de risco, relevância, materialidade e oportunidade enseja a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 177-A, §3º, II, do RITCEES.

O RELATOR, EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de representação em face da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, relacionada a supostas irregularidades na Ata de Registros de Preço nº 45/2023, decorrente do Edital de Pregão Presencial nº011/2023, cujo objeto é o

registro de preços para aquisição de fraldas geriátricas descartáveis para usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

A empresa representante aponta, em síntese, a irregularidade na habilitação da empresa M.G. Oliveira Milhorato na licitação. Aponta que o item licitado é espécie de produtos de higiene pessoal e seu fornecedor principalmente não dispõe de autorização específica da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), o que seria imprescindível para a comercialização de insumos do gênero. Argumenta, ainda, que a empresa vencedora somente poderia comercializar o produto para o consumidor final, sendo proibido transação em volume atacadista.

O feito foi autuado com o recebimento da Petição Inicial e suas respectivas peças complementares (peças 01 a 12).

Em seguida, o então Conselheiro Relator, Domingos Augusto Taufner verificou a presença dos requisitos de admissibilidade da representação (peça 13), decidindo por conhecê-la e por remeter o feito ao Núcleo de Controle Externo de Avaliação e Monitoramento de Políticas Públicas de Saúde (NSAUDE), para análise prévia de seletividade do objeto de controle, nos moldes do que determina o artigo 177-A da Resolução TC 261, de 04 de junho de 2013, que aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (RITCEES).

Recebidos os autos, o NSAUDE os encaminhou para a análise do Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF), em razão das competências deste setor (peça 14).

Posteriormente, a área técnica acostou ao feito o resultado do procedimento de Análise de Seletividade (peça 15) e a respectiva Manifestação Técnica (peça 17), expedindo a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

5. PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

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

- a) Determinar a notificação do Sr. Wanzete Kruger, Prefeito Municipal de

Domingos Martins e da Sra. Márcia D'Assunção, Controladora Geral da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, 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) Arquivamento dos presentes autos, nos termos do inciso III, art. 330 do RITCEES;
d) Ciência da decisão a ser deliberada ao representante.”

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, no Parecer 05923/2023-5 (peça 20) da lavra do Procurador de Contas Luís Henrique Anastácio da Silva, discordou da proposta da área técnica, opinando pelo conhecimento da representação e pelo prosseguimento do feito com a citação dos responsáveis, nos termos do art. 56, II e III, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (Lei Complementar Estadual nº 621, de 08 de março de 2012 - LOTCEES).

II FUNDAMENTOS

II.1 ADMISSIBILIDADE

Ao analisar o trâmite processual, constato que a presença dos requisitos de admissibilidade foi devidamente verificada na ocasião da prolação da Decisão Monocrática de nº 1.609/2023 pelo Exmo. Conselheiro Domingos Augusto Taufner. Por conseguinte, estando satisfeitas as exigências legais e regulamentares para que seja admitida, ratifico o juízo de admissibilidade realizado e conheço a presente representação.

II.2 ANÁLISE PRÉVIA DE SELETIVIDADE

Inicialmente, cumpre esclarecer que, qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, conforme disciplinam os artigos 100 e 101 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.¹

¹ Art. 100. O exercício do controle externo decorrente da fiscalização de ato licitatório, contrato administrativo e demais instrumentos congêneres, inclusive no caso de contratação direta, será realizado sob o rito sumário, nos termos do Regimento Interno.

Parágrafo único. Os órgãos e entidades da administração são responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e de sua execução.

Antes de adentrar propriamente na análise técnica, em sua manifestação (peça 17), o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF) faz uma breve ponderação sobre a atuação dos órgãos de controle, mais especificamente, aqueles de controle externo. Pontua que essa atividade se orienta pelos critérios de materialidade, relevância, oportunidade, risco, gravidade, urgência e tendência, que fundamentam a escolha dos objetos a serem fiscalizados.

Prossegue relatando que a recente Resolução N° 375 de 11 de julho de 2023² trata de forma detalhada e específica sobre a seletividade, na medida em que instituiu “*um procedimento de análise prévia da seletividade das informações recebidas dos jurisdicionados, com o objetivo de priorizar as ações de controle*”. Traz aos autos a transcrição do art. 6º da norma, mencionando que será este o procedimento a ser seguido na análise do processo em comento, a saber:

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.”

Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, visando a resguardar o interesse público, sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante. (Redação dada pela Lei Complementar nº 902, de 8 de janeiro de 2019) Parágrafo único. Aplicam-se à representação prevista nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

²ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. **Resolução N° 375, de 11 de julho de 2023**. Dispõe sobre o Procedimento de Análise de Seletividade de informações de irregularidade destinado a priorizar as ações de controle externo, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, e dá outras providências. Disponível em: <https://diario.tcees.tc.br/Noticia/BaixarDocumento?idDocumento=3950872> . Acesso: 24 jan. 2024.

Expõe ainda que, essa Resolução deve ser examinada em conjunto com a Decisão Plenária nº 11, de 8 de agosto de 2023³, que definiu os critérios e pesos da análise da seletividade. Assim, a equipe técnica explica o caminho percorrido para a conclusão pela proposta de encaminhamento. São duas etapas: de início, deve ser feita a apuração do índice RROMa, que calcula a pontuação dos critérios relevância, risco, oportunidade e materialidade. Após essa etapa, há a verificação da gravidade, urgência e tendência (com aplicação da matriz GUT).

Todos os critérios devem ser somados e, apenas constatando-se o atingimento de 50 pontos, passa-se à análise da segunda etapa, que deve apurar a gravidade, urgência e tendência da irregularidade denunciada de acordo com a matriz GUT. Essa segunda etapa da análise verifica os impactos da irregularidade narrada, o tempo necessário para que se assegure uma atuação eficaz, além da tendência de piora ao longo do tempo, caso não se adote uma ação de controle (art. 5º da Decisão Plenária 011/2023⁴). Por fim, será selecionada para fiscalização a informação que atingir no mínimo 45 pontos na matriz GUT.

A partir dessa análise, salientou que, no caso em tela, a Representação formulada atingiu a pontuação de 45,60 no índice RROMa, não sendo elegível para passar pela segunda etapa da análise (matriz GUT), por isso, a proposta de encaminhamento pelo não prosseguimento do feito, com a consequente extinção da ação sem resolução de mérito. Isso porque, destaca a equipe técnica, que o art. 177-A, §3º, II, do RITCEES orienta desta exata forma:

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,

³ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. **Resolução Decisão Plenária Nº 11, de 8 de agosto de 2023. Define os indicadores, parâmetros e pontuações a serem aplicados no Procedimento de Análise de Seletividade (PAS) de informações de irregularidade.** Disponível em: <https://diario.tcees.tc.br/Noticia/BaixarDocumento?idDocumento=3983794>. Acesso: 24 jan. 2024.

⁴“Art. 5º A aplicação da Matriz GUT consiste na atribuição de 1 (um) a 5 (cinco) pontos a cada critério de gravidade, urgência e tendência, conforme parâmetros definidos no Anexo III. § 1º O resultado da avaliação pela Matriz GUT será apurado por meio da multiplicação das notas atribuídas a cada critério. § 2º A unidade técnica competente deverá justificar a classificação de cada critério na Matriz GUT, ao realizar a análise de seletividade.”

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.

[...}

§ 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.” (grifou-se!)

[...]

Lado outro, conforme introduzido, instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, por sua vez, discorda das alegações da área técnica. Em seu parecer, o *parquet* especial argumenta que i) o regimento interno desta Corte de Contas não poderia inovar em matéria de normas processuais, criando hipóteses de arquivamento liminar de processos, posto que extrai o seu fundamento de validade na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo; ii) que ao legitimar o arquivamento liminar de fiscalizações, o artigo 177-A do RITCEES restringiria o exercício das atribuições constitucionais dessa Corte de Contas e resultaria em renúncia das atribuições constitucionais conferidas ao Tribunal; iii) que o exercício do controle externo é um poder-dever irrenunciável e não mera faculdade que possa ser dispensada. Especificamente em relação à representação em comento, afirma que a irregularidade apresentada pode representar violação aos princípios da legalidade, da isonomia e da eficiência, razão por que o Ministério Público de Contas pugna pelo prosseguimento do feito.

Cabe pontuar, aqui, que, diferentemente do que sustenta o *parquet*, o conhecimento da representação pelo relator não significa que este “reconheceu indícios de que a empresa vencedora não tem autorização específica da ANVISA para comercialização de produtos de higiene pessoal, embora devesse ter”. Em verdade, afirmo que o juízo

de admissibilidade mediante decisão monocrática significa tão somente a verificação do preenchimento dos requisitos de admissibilidade da representação, ato desprovido de juízo valorativo a respeito das informações de mérito atreladas às irregularidades apontadas pelo representante.

Alerto, considerando a narrativa fática apresentada, que o controle externo não se presta a proteger interesses subjetivos de licitantes que não lograram êxito para vencer o certame e buscam, no acionamento do controle externo, um meio de desqualificar o licitante vencedor. Nesses casos, em que não há, a princípio, qualquer indício de sobrepreço, de superfaturamento, de fraude ou de corrupção, não há motivo para as entidades superiores fiscalizadoras agirem tão somente na defesa de interesses subjetivos particulares.

Pois bem. Considerando as manifestações da área técnica e do Ministério Público de Contas a respeito do procedimento de Análise de Seletividade e da sua aplicação *in casu*, realizo breves apontamentos gerais, com o objetivo de demonstrar que se trata de uma iniciativa de orientar os esforços de fiscalização para setores que apresentem maior risco e relevância, sem exceder as balizas legais estabelecidas.

É forçoso reconhecer que, mesmo diante das amplas atribuições conferidas pela Constituição Federal, a função do Tribunal de Contas, como órgão de controle externo, apresenta uma complexidade considerável, e, como é natural, sua capacidade operacional também está sujeita a limites operacionais. Nesse cenário, a introdução da análise de seletividade surge como uma ferramenta destinada a priorizar e orientar a alocação de recursos e de esforços do Tribunal de Contas para áreas mais estratégicas e relevantes. Essa abordagem torna-se imprescindível para se assegurar que, em linhas gerais, o custo da ação de controle externo não seja superior ao benefício que se pretende alcançar com a ação.

Nesse cenário, a seletividade, longe de ser confundida com arbitrariedade, é respaldada por parâmetros técnicos. Esses critérios foram cuidadosamente estabelecidos para assegurar que a seleção dos processos a serem analisados reflète o intuito desta Corte em zelar pelo adequado funcionamento da máquina pública, em privilégio do princípio da eficiência. Conforme a própria Resolução Nº 375, de 11 de

julho de 2023 introduz, essa perspectiva busca assegurar maior eficiência ao controle externo, com previsão nos artigos 70 e 71 da Constituição, priorizando os esforços em ações de maior impacto em termos sociais, financeiros e orçamentários. Embora pareça uma novidade nesta instituição, a análise de seletividade já é uma tendência discutida há alguns anos no cenário mundial e nacional⁵ das entidades fiscalizadoras superiores, tendo sido recentemente incorporada em outros Tribunais de Contas.

São evidências dessa nova tendência tanto 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, quanto o art. 170 da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021⁶ (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que dispõe que os órgãos de controle devem adotar, na fiscalização dos atos nela previstos, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco.

Ilustrativamente, cito a Resolução 165/2020 do Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC)⁷, a qual estabelece diretrizes para a seleção de processos a serem fiscalizados pelo TCE/SC. Assim como a normativa vigente no Espírito Santo, essa resolução catarinense também define critérios objetivos para a seleção de processos, considerando fatores como impacto financeiro, materialidade, relevância social e potencial dano ao erário. Destaco, ainda, iniciativas semelhantes no Tribunal de Contas do Estado de Rondônia⁸ e no Tribunal de Contas da União (TCU).

Verifiquei também que a doutrina especializada tem se debruçado em analisar os efeitos quantitativos e qualitativos da adoção de procedimentos de seletividade no âmbito do controle externo. Referencio, na oportunidade, os artigos intitulados

⁵ A seletividade foi temática de destaque no 2º Laboratório de Boas Práticas dos Tribunais de Contas. Vide: <https://atrimon.org.br/inteligencia-artificial-e-seletividade-serao-abordados-no-3o-dia-do-2o-laboratorio-de-boas-praticas-dos-tribunais-de-contas/>. Acesso: 25, jan. 2024.

⁶ Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no [§ 3º do art. 169 desta Lei](#). [...]

⁷ Vide: <https://www.tcesc.tc.br/index.php/entra-em-vigor-portaria-que-trata-dos-criterios-de-seletividade-para-priorizacao-das-acoes-de> . Acesso: 25 jan. 2021.

⁸Vide: <https://tcero.tc.br/2020/09/25/tcs-do-es-e-de-sc-conhecem-metodologia-e-resultados-obtidos-pelo-tce-ro-com-procedimento-de-seletividade-de-acoes-de-controle/>. Acesso: 25, jan. 2024.

“Seletividade do Controle Externo em Auditoria Operacional”⁹ e “Matriz de risco, seletividade e materialidade: paradigmas qualitativos para a efetividade das entidades de fiscalização superiores”¹⁰, ambos de autoria de servidores vinculados a órgãos de controle externo.

Diante desse contexto, não há que se falar, portanto, na existência de disposição regimental que ultrapasse os limites estabelecidos pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, tampouco em qualquer cenário de renúncia de competência.

Pois bem. Tecidas essas breves considerações a respeito do procedimento recentemente implementado nesta Corte de Contas, passo a examinar especificamente os efeitos de sua aplicação na representação do caso dos autos.

Ao examinar o caso concreto em questão, verifico que a equipe técnica constatou que a alegada irregularidade denunciada alcançou a pontuação de 45,60 no índice RROMA, conforme documentado na peça 15, o que demonstra o baixo grau de materialidade, relevância, risco e oportunidade, não justificando a seleção da matéria para a realização de ação de controle. Nesse sentido, tendo em vista o resultado da Análise de Seletividade, entendo que, **não havendo a seleção do feito para a realização imediata de uma ação de controle, também resta prejudicada a apreciação da medida cautelar pleiteada pela representante, por ausência de condição de prosseguibilidade do processo, isto é, a Análise de Seletividade positiva, razão pela qual o processo deve ser extinto sem resolução do mérito.**

Por derradeiro, esclareço que o juízo proferido na presente oportunidade pela extinção do processo em nada impede ou prejudica que os fatos narrados na representação apreciada sejam novamente objeto de nova representação ou denúncia ou objeto de nova apreciação, seja de ofício ou mediante provocação. O arquivamento liminar não

⁹ HENRIQUES LIMA, Dagomar. Seletividade do Controle Externo em Auditoria Operacional. **Revista do TCU**, n. 115, p. 24-33, 2009. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCUCU/article/view/384>. Acesso: 25, jan. 2024.

¹⁰ MOURÃO, Licurgo; VIANA FILHO, Gélio. Matriz de risco, seletividade e materialidade: paradigmas qualitativos para a efetividade das entidades de fiscalização superiores. **Revista do TCU**, n. 116, p. 61-71, 2009. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCUCU/article/view/292/>. Acesso: 25, jan. 2024.

significa a ausência de controle externo, mas tão somente que, no presente feito, os critérios para a imediata ação de controle não foram alcançados, o que não impede, esclareço, ações fiscalizatórias posteriores.

Ademais, acrescento que há expressa previsão regimental para que quando a ação de controle não se mostrar oportuna, com proposta de extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, os fatos apontados nas representações e denúncias sejam inseridos automaticamente no banco de dados da Secretaria Geral de Controle Externo (artigo 177-A, §3º, II e §4º¹¹). Assim, eventualmente, passarão por novo procedimento de análise para Seleção de Ações Controle. Portanto, fica claro que o arquivamento do feito não representa de maneira nenhuma renúncia de competência, posto que as supostas irregularidades ventiladas permanecerão nos registros deste órgão fiscalizatório.

Nesse sentido, acompanhando o posicionamento técnico e divergindo do ministerial, com fundamento no §3º, II, do art. 177-A do RITCEES, entendo pela notificação do Senhor Wanzete Kruger, Prefeito Municipal de Domingos Martins e da Senhora Márcia D'Assunção, Controladora Geral da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, para que tomem conhecimento da representação e adotem as providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos representados, e pela extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do inciso II, art. 6º, da Resolução TC 375/2023, c/c o artigo 177-A, § 3º, inciso II do RITCEES.

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

¹¹ “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 [...] § 3º A unidade técnica competente se manifestará: [...] 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.** (Redação dada pela Emenda Regimental nº 016, de 8.12.2020)” (grifos nossos).

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, acompanhando o entendimento da área técnica e divergindo do entendimento do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

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

III.1 **CONHECER DA REPRESENTAÇÃO**, por atendimento aos artigos 94 e 101 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;

III.2 **NOTIFICAR** o Senhor Wanzete Kruger, Prefeito Municipal de Domingos Martins e a Senhora Márcia D'Assunção, Controladora Geral da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, para que tomem conhecimento da representação e adotem as providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos representados

III.3 **EXTINGUIR** o feito sem resolução de mérito, nos termos do inciso II, art. 6º, da Resolução Nº 375, de 11 de julho de 2023, e do artigo 177-A, § 3º, inciso II do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;

III.4 Dar **CIÊNCIA** aos interessados e ao Ministério Público de Contas, na forma regimental;

III.5 **ARQUIVAR** os autos, após a certificação do trânsito em julgado.

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro relator

VOTO VISTA

EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Trata-se de Representação, *com pedido de medida cautelar*, formulada por D&M Saúde Ltda., pessoa jurídica de direito privado, em face da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, noticiando possíveis irregularidades/ilegalidades na Ata de Registros de Preço nº 45/2023, decorrente do Edital de Pregão Presencial nº 11/2023, cujo objeto é o registro de preços para aquisição de fraldas geriátricas descartáveis para usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

Em homenagem ao princípio da economia processual, bem como por já ter sido o processo relatado no bojo do Voto do Relator, dispensada está a apresentação do relatório.

Pautados os autos na 5ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara, ocorrida no dia 09 de fevereiro de 2024, solicitei vista após a apresentação do respeitável Voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

Na ocasião, o Exmo. Conselheiro Relator endossou o entendimento da área técnica e divergiu do Ministério Público de Contas, concluindo o seu voto nos seguintes termos:

ACÓRDÃO

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

III.1 **CONHECER DA REPRESENTAÇÃO**, por atendimento aos artigos 94 e 101 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;

III.2 **NOTIFICAR** o Senhor Wanzete Kruger, Prefeito Municipal de Domingos Martins e a Senhora Márcia D'Assunção, Controladora Geral da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, para que tomem conhecimento da representação e adotem as providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos representados

III.3 **EXTINGUIR** o feito sem resolução de mérito, nos termos do inciso II, art. 6º, da Resolução Nº 375, de 11 de julho de 2023, e do artigo 177-A, § 3º, inciso II do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;

III.4 Dar **CIÊNCIA** aos interessados e ao Ministério Público de Contas, na forma regimental;

III.5 **ARQUIVAR** os autos, após a certificação do trânsito em julgado.

E, como dito, no propósito de analisar com maior profundidade o caso concreto, pedi vistas dos autos.

É o que importa relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Como exposto, tratam os autos de Representação, com pedido de medida cautelar, formulada D&M Saúde Ltda., pessoa jurídica de direito privado, em face da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, noticiando possíveis irregularidades/ilegalidades na Ata de Registros de Preço nº 45/2023, decorrente do Edital de **Pregão Presencial nº 11/2023**.

Na 5ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara, realizada em 09/02/2024 solicitei vistas dos autos para respeitosamente divergir do voto do relator, que acompanhou a equipe técnica desta Casa, no sentido de extinguir o feito sem resolução de mérito, nos termos do inciso II, art. 6º da Resolução 375/2023, c/c o artigo 177-A, §3º, inciso II do RITCEES.

Pois bem, verifica-se em sede instrutória preliminar, que o NOF apresentou a “**Análise de Seletividade 00082/2023-9 (peça 15)**”, concluindo a demanda como não selecionável, com base no art. 177-A do RITCEES c/c a Resolução nº 375/2023 e Decisão Plenária nº 011/2023. Ato seguinte, proferiu a **Manifestação Técnica 03740/2023-1 (peça 17)**, concluindo pelo não seguimento do feito, *in verbis*:

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) Determinar a notificação do Sr. Wanzete Kruger, Prefeito

Municipal de Domingos Martins e da Sra. Márcia D'Assunção, Controladora Geral da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, 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) Arquivamento dos presentes autos, nos termos do inciso III, art. 330 do RITCEES;

d) Ciência da decisão a ser deliberada ao representante

Seguindo o rito regimental, o feito foi remetido ao Ministério Público de Contas – MPEC/ES que, nos termos do **Parecer do Ministério Público de Contas 5923/2023-5 (peça 20)**, opinou diferentemente do que foi concluído pela Manifestação Técnica 03740/2023-1, quanto à ausência de análise do mérito, pugnando pelo conhecimento da representação e pelo prosseguimento do feito, com a devolução dos autos à unidade técnica para instrução, nos termos regimentais, argumentando, em síntese:

“Aliás, o ilegal arquivamento liminar das denúncias e representações previsto no art. 177-A do RITCEES ocorre após atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 94 da LOTCEES (com redação replicada no art. 177 do RITCEES), após conhecida a denúncia, ou seja, ocorre com a presença de informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção, e estando acompanhadas de indícios de provas.

Outrossim, o art. 177-A do RITCEES legitima o arquivamento liminar de praticamente qualquer fiscalização, restringindo o exercício das atribuições constitucionais dessa Corte de Contas, mormente no que se refere à iniciativa dos cidadãos, o que tem resultado em renúncia das atribuições conferidas constitucionalmente a esse Tribunal.

Afinal, o exercício do controle externo é um poder-dever conferido pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas. Tratando-se de poder-dever, a ser exercido em prol da coletividade, e não mera faculdade, o exercício do controle externo é irrenunciável, não podendo ser dispensado ao talante de órgão administrativo, colegiado ou monocrático do Tribunal de Contas.

(...)

Portanto, embora exerça função judicial forme, é o Tribunal de Contas órgão eminentemente administrativo, de modo que são

suas atribuições, notadamente as administrativas-judicantes, inseridas no art. 71 da CF, irrenunciáveis.

Nesse contexto, presentes os requisitos de admissibilidade, indícios de violações aos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 da CF) não podem deixar de ser apurados por essa Corte. Exemplificando, caso uma denúncia/representação seja conhecida em razão de indícios de Nepotismo – que fere os princípios da legalidade, moralidade, imparcialidade, entre outros –, aplicando-se o art. 177-A do RITCEES, o procedimento será arquivado. É o que vem ocorrendo: muitas denúncias e representações, previamente conhecidas, têm sido arquivadas nesse Tribunal mesmo com indícios de violação aos princípios constitucionais da administração pública, justamente com fundamento no art. 177-A do RITCEES; senão vejamos alguns exemplos: (...)”

Ademais, constata-se a existência de **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 7459, ajuizada pelo Procurador-Geral da República (PGR)**, por meio de petição encaminhada pelo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, na qual questionou a legalidade do art. 177-A do RITCEES, aprovado pela Resolução nº 261/2013, notadamente, em relação à criação da etapa intitulada “*análise prévia de seletividade do objeto de controle*”, como condição para o processamento das denúncias e representações no âmbito do TCE/ES, da qual destaca-se:

“Muito além de um dever do Tribunal de Contas, é um direito constitucional de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, § 2º, CF), não somente denunciar a prática de irregularidades ou ilegalidades, mas também vê-las regularmente processadas e apreciadas pelo órgão de controle externo, independentemente de suas dificuldades estruturais ou da materialidade da infração.

[...]

Conforme dito, a criação de soluções antijurídicas que inviabilizam o resguardo do interesse público consubstancia clara hipótese de renúncia de competência, bem como abominável restrição ao titular da res publica de requerer a apuração de qualquer ilegalidade na aplicação dos recursos públicos, conforme delineado no texto constitucional, o que não é admissível no âmbito do ordenamento jurídico pátrio em obediência aos máximos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

Em suma, o art. 177-A do RITCEES ao condicionar a deflagração de processo de fiscalização, mesmo quando atendidos os requisitos de admissibilidade para o conhecimento da denúncia pelo relator, a critérios de risco, relevância, materialidade, repita-se, dotados de máxima abstração e generalidade, cria ilegítima restrição ao exercício do direito garantido aos cidadãos e associações, bem assim ao desempenho do dever imposto aos agentes públicos arrolados no art. 99, § 1º, da LC Estadual n. 621/2012.

Inclusive, negar a deflagração de procedimento de fiscalização, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, além de vilipendiar o direito e o dever de denúncia previsto no art. 74, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, constitui verdadeira negativa de jurisdição. Além disso, fomenta a impunidade, na medida que apenas o Tribunal de Contas possui competência legal para aplicação de penalidade pela violação às normas legais, conforme art. 1º, incisos I e XIV, da LC n. 621/2012.”

Em razão disso, considerando a divergência entre os membros desta Corte de Contas acerca da matéria, **compreendo prudente o sobrestamento destes autos até ulterior decisão do Supremo Tribunal Federal**, com base na jurisprudência deste Tribunal, cujas decisões foram pelo sobrestamento até decisão final do STF sobre a matéria discutida, como a seguir citado:

PROCESSO TC 065/2012, 084 - Decisão 00823/2020-9:

AUDITORIA ESPECIAL – DANO AO ERÁRIO – FATOS 2005 A 2008 – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – OCORRÊNCIA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA - TEMA 899 - REPERCUSSÃO GERAL – AGUARDAR TRÂNSITO EM JULGADO DO RE 636.886 – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA – SOBRESTAR. (g.n.)

PROCESSO TC 8846/2010, 098 - Decisão 00822/2020-4:

Tendo sido a matriz regularmente constituída, se passaria a tese já exposta pelo Conselheiro Rodrigo Chamoun, no sentido de sobrestar os autos, in verbis:

“...não tenha sido resguardado o direito de ampla defesa e o contraditório aos responsáveis chamados ao processo, cogente seria a extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento no §4º do art. 142 da LC 621/2012 e art. 166 do RITCEES, em virtude da ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; ou então, a reabertura do instrução processual quando o tempo transcorrido desde os fatos assim o permitir, situação esta já observada em diversos julgados deste Tribunal de Contas.

Ao revés, em havendo sido regularmente constituída a matriz de responsabilização, oportunamente se passaria à imperiosa

avaliação a respeito da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em cada caso concreto, em conformidade com o posicionamento a ser adotado pela Corte Excelsa no julgamento do Recurso Extraordinário RE 636.886, conforme proposto pelo eminente Conselheiro Chamoun, posicionamento este ao qual me filio, com os destaques e adendos apresentados nesta fundamentação.”

No que tange as teses citadas, na 39ª sessão ordinária o relator dos autos TC 5069/2013-1, encampou o entendimento do voto vista, originando a decisão 3120/2019-8, que foi aderida pela maioria do plenário, vencido, tão somente, o Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que votou pelo indeferimento do sobrestamento e prosseguimento do feito.

[PROCESSO TC 8382/2015, 51 - Decisão 00306/2021-1:](#)

Em sequência, foi proferida a decisão 3562/2019, determinando o sobrestamento do feito até ulterior definição dos procedimentos a serem adotados pelos tribunais de contas, em razão do entendimento firmado no supremo tribunal federal, por meio do tema 835, de repercussão geral. Posteriormente, conforme consta da certidão 03139/2020, a questão relacionada ao entendimento do STF foi definida por esta corte através da decisão plenária 00015/2020-4, tendo sido os presentes autos encaminhados a este relator para prosseguimento. (destaque nosso)

[PROCESSO TC 5575/2023, 57 - Decisão 03254/2023-8:](#)

1.5. SOBRESTAR os presentes autos aguardando decisão final nos autos da Ação de Direta de Inconstitucionalidade sob o nº 5611/STF;(g.n.)

O eminente Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo vem se manifestando no sentido de **SOBRESTAR** o julgamento dos autos até decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7459, em observância aos princípios da celeridade, duração razoável do processo e economia processual. Ao passo que outros pares têm o entendimento convergente com o da equipe técnica, pela resolução do feito sem julgamento do mérito, como pode se verificar nos processos TC 5643/2023; TC 3302/2022; TC 3316/2023.

Outrossim, a despeito do **Princípio da Independências entre as Instâncias**, há situações em que o resultado de uma esfera repercute nas demais, como ocorre nos casos em que há ação de controle de constitucionalidade tramitando concomitantemente. Nesse cenário, **apreendo que o presente caso se amolda à hipótese aventada**. Isso porque a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7459 tem

como objeto justamente apreciação do art. 177-A do RITCEES que, por sua vez, fundamenta a manifestação da equipe técnica do TCEES pela extinção do feito sem resolução do mérito.

Nesse contexto, mantendo coerência com meu posicionamento assentado em processos semelhantes, com o posicionamento deste Tribunal e, ainda, visando salvaguardar o **Princípio da Segurança Jurídica**, decido pela imperiosa necessidade de se promover o **SOBRESTAMENTO** do julgamento dos autos até o trânsito em julgado da ADI 7459 no Supremo Tribunal Federal.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **acompanhando parcialmente o entendimento ministerial e divergindo do entendimento da área técnica e do Relator**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de DECISÃO que submeto à sua consideração.

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 do presente processo até o trânsito da ADI 7459 no Supremo Tribunal Federal, em razão da fundamentação exposta;
- 2. DAR CIÊNCIA** aos interessados do teor da decisão tomada por este Tribunal.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC- 214/2024

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas, em:

1.1 CONHECER DA REPRESENTAÇÃO, por atendimento aos artigos 94 e 101 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;

1.2 NOTIFICAR o Senhor Wanzete Kruger, Prefeito Municipal de Domingos Martins e a Senhora Márcia D'Assunção, Controladora Geral da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, para que tomem conhecimento da representação e adotem as providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos representados

1.3 EXTINGUIR o feito sem resolução de mérito, nos termos do inciso II, art. 6º, da Resolução Nº 375, de 11 de julho de 2023, e do artigo 177-A, § 3º, inciso II do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;

1.4 Dar CIÊNCIA aos interessados e ao Ministério Público de Contas, na forma regimental;

1.5 ARQUIVAR os autos, após a certificação do trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Vencido o conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que divergiu e votou por sobestar o julgamento até o trânsito da ADI 7459 no STF.

3. Data da Sessão: 01/03/2024 - 7ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Coelho do Carmo (presidente), Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Relator

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões