



Acórdão 00576/2023-7 - 1ª Câmara

Processo: 01452/2022-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMAC - Prefeitura Municipal de Alfredo Chaves

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: FERNANDO VIDEIRA LAFAYETTE, ROTILEA DA PENHA GAIGHER, ANDREA VOLPONI ZANETTI

Representante: HUGO LUIZ PICOLI MENEGHEL, SERGIO BIANCHI

REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS – IMPROCEDÊNCIA.

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

1 RELATÓRIO

Versam os autos sobre expediente apresentado por vereadores do Município de Alfredo Chaves, na qual é formulada notícia de irregularidade na “*contratação de empresa especializada em prestação de serviços técnicos especializados em aerofotogrametria, levantamento cadastral, projeto de endereçamento, atualização de planta de valores genéricos, atualização da legislação tributária, diagnóstico tributário, fornecimento de sistemas, revisão e atualização do plano diretor municipal,*

treinamentos e suporte técnico” pela municipalidade, para atender à Secretaria Municipal de Planejamento e Desenvolvimento, através da **Tomada de Preços – Tipo Técnica e Preço nº 001/2019**, realizada na data de 22/02/2019.

Informam os noticiantes que as empresas vencedoras GEOMAS GEOTECNOLOGIA LTDA, MÉTRICA GEOENGENHARIA, AEROLEVANTAMENTOS EIRELI, e IGUATEMI CONSULTORIA E SERVIÇOS DE ENGENHARIA LT, constituíram documentalmente o CONSÓRCIO GEO ALFREDO CHAVES no dia 18/02/2019 em São José – Santa Catarina, apenas 4 dias antes da entrega dos envelopes com as documentações exigidas no Edital do certame, tendo sua inscrição sido feita apenas no dia 16/04/2019.

Destacam supostas cláusulas restritivas no edital, a exemplo das cláusulas 8.5.2, 8.5.3 e 8.6.7, podendo ter ocorrido direcionamento do certame para o consórcio vencedor, frustrando o caráter competitivo do certame.

Registram os representantes que compareceram apenas 2 licitantes, e uma foi inabilitada por *não atender item 8.6.7 do edital não ter apresentado o "Comprovante de inscrição no Ministério da Defesa na categoria "A", conforme dispõe o Decreto nº. 2278 de 17 de julho de 1997 e portaria nº. 637-SC-6/FA-61, de 05/03/98, como empresa especializada para os serviços de Aerolevanteamento ou Levantamento Aerofotogramétrico, para as etapas de execução da cobertura aerofotogramétrica e seu processamento.*

Alegam, contudo, que o Consórcio vencedor, da mesma forma, não indicou qual seria a empresa que estaria habilitada para atender ao requisito do item 8.6.7, ou seja, não possui a inscrição no Ministério da Defesa na categoria “A”.

Por fim, requer a apuração dos fatos trazidos por esta Corte de Contas por entender ter havido fraude no certame licitatório.

Por meio da Decisão Monocrática 0203/2022-1 (doc. 05), procedi ao exame dos requisitos de admissibilidade e decidi pelo **conhecimento da representação**, e determinei, ainda, a notificação dos interessados para se manifestarem sobre as supostas irregularidades apontadas. Os interessados apresentaram suas

justificativas, conforme Defesa/Justificativa 00357/2022-1 e Peça Complementar (doc. 10 e 11), Resposta de Comunicação 00337/2022-3 e Peça Complementar (doc. 12 e 13) e Resposta de Comunicação 00335/2022-4 e Peça Complementar (doc.14 e 15).

- Em sequência, a equipe técnica apresentou a **Instrução Técnica Conclusiva 01303/2022-6** (doc. 19) onde propõe pelo não conhecimento da representação e, alternativamente, pela extinção do feito sem julgamento de mérito. *considerado a racionalização administrativa e economia processual*¹, em consonância com o art. 177-A do RITCEES
- O Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Excelentíssimo Procurador Luciano Vieira (**Parecer 02039/2023-6**, doc. 23), diverge da equipe técnica e conclui pelo conhecimento e improcedência da representação.
- É o relatório.
-

2 FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando acuradamente os autos, verifico que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Assim se manifestou conclusivamente a equipe técnica desta Corte:

Instrução Técnica Conclusiva 01303/2022-6:

“[...]”

3. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE

Aplicam-se às Representações² os requisitos de admissibilidade da denúncia, quais sejam:

Art. 177. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

¹ Art. 427 do RITCEES. As decisões do Tribunal poderão ser preliminares, interlocutórias, definitivas ou terminativas. [...] § 4º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, determina a extinção pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, **ou o seu arquivamento por racionalização administrativa e economia processual**.

² Artigo 182, § único do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

- 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.
- [...]

Art. 184. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal 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.**

Em atendimento ao requisito estampado no inciso V acima, verifica-se que os Representantes estão devidamente qualificados nos autos e são partes legítimas para Representar junto a este Tribunal³.

Porém, na breve análise que o rito sumário permite, **não se verificam indícios de verosimilhança** nas alegações do Representante, requisito estampado nos incisos II e III do artigo 177 do RITCEES pelas razões que seguem.

Os Representantes noticiam a suposta prática por agentes públicos de fraude ao procedimento licitatório Tomada de Preços nº 001/2019.

Informam os noticiantes que as empresas vencedoras GEOMAIIS GEOTECNOLOGIA LTDA, METRICA GEOENGENHARIA, AEROLEVANTAMENTOS EIRELI, e IGUATEMI CONSULTORIA E SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA, constituíram documentalmente o CONSÓRCIO GEO ALFREDO CHAVES no dia 18/02/2019 em São José – Santa Catarina, apenas 4 dias antes da entrega dos envelopes com as documentações exigidas no Edital do certame, tendo sua inscrição sido feita apenas no dia 16/04/2019.

Destacam supostas cláusulas restritivas no edital, a exemplo das cláusulas 8.5.2, 8.5.3 e 8.6.7, podendo ter ocorrido direcionamento do certame para o consórcio vencedor, frustrando o caráter competitivo do certame.

Registram os representantes que compareceram apenas 2 licitantes, e uma foi inabilitada por não atender item 8.6.7 do edital não ter apresentado o "Comprovante de inscrição no Ministério da Defesa na categoria "A", conforme dispõe o Decreto nº. 2278 de 17 de julho de 1997 e portaria nº. 637-SC-6/FA-61, de 05/03/98, como empresa especializada para os serviços de Aerolevantamento ou Levantamento Aerofotogramétrico, para as etapas de execução da cobertura aerofotogramétrica e seu processamento.

³ Art. 99 da Lei Complementar nº 621/2012 (reproduzidos no art. 177 da Resolução TC 261/2013 - Regimento Interno do Tribunal de Contas).

Alegam, contudo, que o Consórcio vencedor, da mesma forma, não indicou qual seria a empresa que estaria habilitada para atender ao requisito do item 8.6.7, ou seja, não possui a inscrição no Ministério da Defesa na categoria “A”.

Por fim, requerem a apuração dos fatos trazidos por esta Corte de Contas por entender ter havido fraude no certame licitatório.

Quanto à constituição do consórcio

Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, deve ser exigida a comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados

É obrigação **do vencedor** promover, **antes da celebração do contrato**, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso subscrito pelos consorciados.

Isso porque a licitação não pode estabelecer condições a todos os interessados que sejam obrigatórias somente ao vencedor, sob pena de restringir o caráter competitivo.

No caso em análise, não há óbice para a assinatura do compromisso público de constituição do consórcio quatro dias antes da abertura.

Tampouco é irregular a constituição e registro do consórcio em data posterior à licitação.

Quanto às cláusulas alegadamente restritivas

As cláusulas apontadas pelos Representantes como “absurdamente restritivas” são as seguintes:

8.5.2. ATESTADO ou certidão de capacidade TÉCNICO-PROFISSIONAL DO(s) RESPONSÁVEL(eis) técnico(s) da licitante, devidamente registrados no CREA e/ou CAU da região onde os serviços foram executados, que comprove ter os profissionais, executado para órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, ou ainda, para empresa privada, obras/serviços de características técnicas similares ou superiores às do objeto da presente licitação, cujas parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo são as seguintes, não se admitindo atestado(s) de fiscalização ou supervisão de obras/serviços de:

- Cobertura Aerofotogramétrica na escala 1 :8.000 ou melhor;
- Levantamento Cadastral ou Cadastro Multifinalitário ou equivalente;
- Elaboração de Planta de Valores Genéricos (PVG) ou avaliação de imóveis em massa;
- Implantação de Sistema de Informações Geográficas (SIG) ou Sistema de Geoprocessamento;
- Revisão do Plano Diretor Municipal;

8.5.3. CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO da pessoa jurídica, emitido pelo CREA, com base no art. 49 da Resolução 1025/2009, e/ou CAU, com base no art. 7º da Resolução 01/2012, ou ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA, e/ou CAU, a fim de comprovar que a licitante, através dos seus responsáveis técnicos, tenha executado obras/serviços de características técnicas similares ou superiores às do objeto da presente licitação, cujas parcelas de maior relevância técnica e de valores significativos são as seguintes:

- Cobertura Aerofotogramétrica na escala 1:8.000 ou melhor;
- Levantamento Cadastral ou Cadastro Multifinalitário ou equivalente;
- Elaboração de Planta de Valores Genéricos (PVG) ou avaliação de imóveis em massa;
- Implantação de Sistema de Informações Geográficas (SIG) ou Sistema de Geoprocessamento;
- Revisão do Plano Diretor Municipal;

[...]

8.6.7. Comprovante de inscrição no Ministério da Defesa na categoria "A", conforme dispõe o Decreto nº. 2278 de 17 de julho de 1997 e portaria nº. 637-SC-6/FA-6 1, de 05/03/98, como empresa especializada para os serviços de Aerolevantamento ou Levantamento Aerofotogramétrico, para as etapas de execução da cobertura aerofotogramétrica e seu processamento. No caso de consórcio, ao menos a empresa que executará a etapa de voo deverá estar inscrita nesta categoria.

O item **8.5.2** trata da exigência de comprovação da capacidade técnico-profissional da licitante tratada no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Capacitação técnico-profissional trata de comprovação fornecida pelo licitante de que possui, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior, ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviços de características semelhantes às do objeto licitado⁴.

O item **8.5.3**, trata da exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional da licitante.

Capacitação técnico-operacional envolve comprovação de que a empresa licitante, como unidade econômica agrupadora de bens e pessoas, já executou, de modo satisfatório, atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Quanto à possibilidade de exigência dos atestados de capacidade técnico-operacional, este Tribunal de Contas dedicou-se ao tema na ocasião do [Parecer](#)

⁴ Brasil. Tribunal de Contas da União.

Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. 910 p.

[em Consulta 20/2017-3](#) (posterior ao voto proferido no Processo TC 13216/2015, citado pela Representante) quando decidiu:

É possível a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional, **desde que** respeitada a letra do artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93, que exige que **essa comprovação seja compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e que o objeto licitado apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração**, já que **a permissão** de se exigir dito atestado em qualquer circunstância **pode caracterizar indevida restrição à competitividade**, destacando-se que o enquadramento do objeto como de complexidade significativa é competência da órgão licitante, em cada **caso concreto**, enquadramento esse sujeito à fiscalização por parte desta Corte de Contas, nos termos regimentais.

Essa decisão segue no mesmo sentido da **Súmula TCU 263/2011**:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às **parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto** a ser contratado, **é legal a exigência** de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência **guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto** a ser executado.

Súmula TCU 263/2011

Tanto no TCE-ES quanto no Tribunal de Contas da União, admite-se a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional para obras cuja complexidade a justifique, limitados, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto.

Já o item **8.6.7** traz obrigação específica de comprovação de inscrição no Ministério da Defesa na categoria "A", conforme dispõe o Decreto nº. 2278 de 17 de julho de 1997 e portaria nº. 637-SC-6/FA-6 1, de 05/03/98. Essa comprovação, segundo afirmam os Responsáveis em suas contrarrazões, seria indispensável para a execução dos serviços.

Todavia, a licitação não pode estabelecer condições a todos os interessados que sejam obrigatórias somente ao vencedor, sob pena de restringir o caráter competitivo.

Essa é a jurisprudência pacífica⁵:

A comprovação de inscrição, junto a órgão de fiscalização profissional do local em que o serviço será prestado, só deve ser exigida por ocasião da contratação da licitante vencedora, sendo indevida tal exigência na fase de habilitação.

⁵ Por analogia

Acórdão TCU 703/2007 Plenário (Sumário)

Tem razão a autora ao considerar que é aplicável apenas ao vencedor do certame a exigência, para licitantes de outro Estado, de visto de registro profissional pelo conselho local, já que se trata de requisito essencial para desenvolvimento regular das atividades, nos termos do art. 69 da Lei 5.194/1996, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo. Não seria correto aplicá-la a todos os participantes, o que representaria um ônus desnecessário e que poderia restringir a competitividade da licitação. Frise-se, entretanto, que, apesar da menção ao tema feita pela autora, tal exigência geral não constou do edital, o que afasta a existência de irregularidade também neste aspecto.

Acórdão TCU 1908/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Contudo, ainda que a exigência em análise tenha o potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, **a alegação dos Representantes de que haveria indícios de fraude não pode ser sustentada somente pela presença dessa cláusula no edital.**

Quanto à alegação de descumprimento da cláusula 8.6.7 pelo consórcio vencedor

Em resposta a essa questão, os responsáveis trouxeram cópia de termo de consórcio do Consórcio Vencedor indicando qual empresa efetuará os serviços de levantamentos aéreos.

Compulsando o Processo Administrativo referente ao Edital Tomada de Preços n.º 001/2019 (Técnica e Preço), **verifica-se com facilidade a presença do Termo de Consórcio** contendo todas as informações exigidas, inclusive a informação referente a empresa responsável pela etapa do levantamento aerofotogramétrico, conforme abaixo colacionado:

CLÁUSULA X - Caberá à MÉTRICA:

DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS E SERVIÇOS	UNIDADE	QTD.	VALOR (R\$)	
			UNITÁRIO	TOTAL
Cobertura Aerofotogramétrica para obtenção de fotografias aéreas verticais coloridas da área urbana, na escala de 1:5.000.	Km²	6	6.437,50	38.625,00
Perfilamento a Laser para Geração de Curvas-de-Nível a cada 50 cm	Km²	6	5.962,50	35.775,00
Geração de Ortofotocartas digitais coloridas da área urbana, na escala 1:1.000 (GSD de 10 cm)	Km²	6	3.700,00	22.200,00
TOTAL CONSORCIADA MÉTRICA (R\$)				96.600,00

Figura 1 - Trecho da [Defesa/Justificativa 00357/2022-1](#)

Ou seja, na cognição sumária que o rito exige, **não se vislumbram indícios de verossimilhança nas alegações do Representante.**

Ante o exposto, restam **ausentes os requisitos de admissibilidade** da Representação.

4 AVALIAÇÃO DO OBJETO DE CONTROLE

Caso o Exmo. Conselheiro Relator julgue a Representação admissível, ainda é necessário avaliar o objeto de controle.

De acordo com o artigo 177-A da Resolução TC nº 261, incluído pela Emenda Regimental nº 011, de 19.12.2019, após atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a Representação pelo Relator, a unidade técnica competente deve avaliar o objeto de controle segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para o processamento imediato de fiscalização ou, conforme o caso, para compor matriz de risco.

Art. 177-A. Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para avaliação do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para o processamento imediato de fiscalização ou, conforme o caso, para composição de matriz de risco. **(Artigo, parágrafos e incisos incluídos pela Emenda Regimental nº 011, de 19.12.2019).**

§ 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.

§ 2º A análise da materialidade dos fatos que envolvam pagamentos de prestação continuada será efetuada considerando o somatório dos eventuais dispêndios já ocorridos, acrescidos daqueles previstos para os próximos

cinco anos ou até a data prevista para a cessação dos pagamentos, o que ocorrer primeiro.

§ 3º A unidade técnica competente se manifestará:

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

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

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

Verifica-se dos autos que o objeto em análise se trata de uma licitação efetuada em 2019.

Conforme a análise de admissibilidade realizada acima, há somente um ponto que poderia ser considerado irregular de todos apontados na Representação.

Em cognição sumária, não se verificam os requisitos autorizadores para o prosseguimento processual. Isso porque a Representação não preenche os critérios de critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade.

O planejamento das ações aprovado para 2022 (PACE 2022) não permite inclusão de novas fiscalizações sem a retirada das linhas de ação selecionadas segundo os requisitos listados acima, razão pela qual a fiscalização se mostra **inoportuna** nesse momento, uma vez que os fatos narrados ocorreram em 2019.

Pelo mesmo motivo, a fiscalização não demanda urgência, **não representando risco imediato** ao patrimônio público.

Além disso, o valor e as características do contrato **não representam grande materialidade ou relevância**, frente aqueles objetos previstos no PACE 2022.

Luiz Henrique Lima⁶ destaca o desafio atual do Controle Externo:

As aceleradas mudanças características da sociedade da informação têm produzido fortes impactos na Administração Pública de todos os países e, consequentemente, imposto transformações e adaptações na atuação do Controle Externo. Como sublinha Ribeiro, o controle evolui no mesmo sentido da evolução do objeto controlado.

⁶ LIMA, Luiz Henrique, 1960- **Controle Externo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Essencialmente, exige-se do Controle Externo cada vez maior agilidade e objetividade, substituindo preocupações ritualísticas por prioridades finalísticas. Nas sociedades democráticas, aumentam as pressões populares por maior transparência e eficiência na atuação do Poder Público e na gestão financeira do Estado. Cresce, em igual proporção, as cobranças do Parlamento e as responsabilidades das instituições e profissionais do controle externo.

Desta forma, atuar indiscriminadamente em todas as demandas que chegam a esta corte, além de contrário do disposto em nosso regimento interno, em especial no art. 177-A da Resolução TC nº 261/2013 (RITCEES), vai de encontro a possibilidade de realização de ações mais efetivas.

Além disso, não se pode ignorar o custo de um processo de controle externo frente aos resultados obtidos e, por consequência, a necessidade de planejamento prévio capaz de viabilizar ações fiscalizatórias para questões de “menor monta”.

É neste ponto, que não se pode deixar de ponderar todas as competências atribuídas aos Tribunais de Contas, nos termos do art. 71 da Constituição Federal, e, por consequência, a obrigatoriedade de garantir determinado percentual de mão-de-obra para aquelas adequadamente planejadas ou demandas externas cujo alto risco, relevância, materialidade e oportunidade estejam configurados.

Diante do exposto, entende-se não haver interesse pelo prosseguimento da instrução processual, nos termos do art. 177-A do RITCEES, em virtude do baixo risco, materialidade e relevância desta ação de controle, bem como por não se mostrar oportuna nesse momento.

Assim, ao final será proposta a inclusão do objeto no banco de dados gerido pela SEGEX, a fim de subsidiar a elaboração do PACE 2023.

Todavia, o não processamento imediato da fiscalização não representa salvaguarda para eventuais irregularidades presentes no contrato.

Os responsáveis encontram-se cientes dos fatos narrados e, em caso de inclusão do objeto no PACE 2023 e confirmação das irregularidades apresentadas nesse processo, não poderão alegar seu desconhecimento.

5 CONCLUSÃO

Verifica-se estarem ausentes os requisitos de admissibilidade.

Verifica-se também não estarem presentes as condições para o processamento imediato da fiscalização, nos termos do art. 177-A do RITCEES.

6 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ausentes os requisitos de admissibilidade, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

- Em atenção ao artigo 176, § 1º, 177, § 1º e 182, § único do Regimento Interno desta Corte o **não conhecimento da representação**;
- Ante ao não conhecimento, em atenção ao artigo 376 do Regimento Interno desta Corte o **indeferimento da medida cautelar pretendida**;
- Em atenção ao parágrafo 7º do artigo 307 do Regimento Interno desta Corte a **ciência do Representante**;
- **Determinar**, ouvido o Ministério Público de Contas, o **arquivamento** dos autos, com base no Art. 207, III da Resolução TC nº 261/2013.

Caso o Exmo. Conselheiro Relator **entenda pelo conhecimento da Representação**, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

- A **NOTIFICAÇÃO** do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos narrados nesta instrução técnica;
- A **EXTINÇÃO** do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, considerado também a racionalização administrativa e economia processual⁷, em consonância com o art. 177-A do RITCEES;
- A **CIÊNCIA ao signatário da representação**;
- A **CIÊNCIA à Secretaria Geral de Controle Externo**, na qualidade de gestora de banco de dados para subsidiar a elaboração do plano anual de fiscalização, nos termos do § 4º do inciso II do art. 177-A.

Vitória, 6 de abril de 2022,

[...]"

Em contraponto, o **Parecer do Ministério Público de Contas 02039/2023-6**:

"[...]"

1 – DA ADMISSIBILIDADE

Consoante Decisão Monocrática 00203/2022-1 (evento 5), já foi atestada a presença dos requisitos de admissibilidade da representação, nos moldes dos artigos 94, 99, § 1º, inciso IV, da Lei Complementar n. 621/2012, restando imperativo o seu conhecimento.

2 – DO MÉRITO

⁷ **Art. 427 do RITCEES.** As decisões do Tribunal poderão ser preliminares, interlocutórias, definitivas ou terminativas. [...] **§ 4º** Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, determina a extinção pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, **ou o seu arquivamento por racionalização administrativa e economia processual.**

A representante aduz o cometimento de irregularidade no processamento da Tomada de Preços n. 001/2019 que, supostamente, configura grave violação aos princípios da isonomia da legalidade, e da vinculação ao instrumento convocatório, nos termos do art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, salientando que:

[...]

Deste modo, foi realizada a Tomada de Preço -Tipo Técnica e Preço nº. 001 /2019, no âmbito da Administração Pública Municipal, realizada no dia 22/02/2019, às 08h30min.

O Edital do certame fora objeto de diversas impugnações, por diferentes empresas, porém, nenhuma das impugnações foram acolhidas, mesmo que de forma parcial, em que pese haver claros indícios de que as mesmas detinham base sólida para prosperarem.

Ato contínuo, há de se ressaltar que saiu como vencedora do certame o **"CONSÓRCIO GEO ALFREDO CHAVES"**, constituído pelas empresas: **GEOMAI**S GEOTECNOLOGIA LTDA, **METRICA** GEOENGENHARIA E AEROLEVANTAMENTOS EIRELI, e, **IGUATEMI** CONSULTORIA E SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA.

Salta aos olhos que as empresas vencedoras do certame, constituíram documentalmente um consórcio no dia 18/02/2019, em São José/SC, ou seja, apenas 04 (quatro) dias antes da entrega dos envelopes com as documentações exigidas no Edital do certame. Todavia, só inscreveram o referido consórcio no dia 16/04/2019, conforme consulta CNPJ anexa.

Destaca-se que com o uso de cláusulas absurdamente restritivas, a exemplo das cláusulas 8.5.2, 8.5.3 e 8.6.7, ocorreu possível direcionamento do certame para o consórcio então vencedor, frustrando o caráter competitivo do certame licitatório, por estar direcionando o objeto para empresa determinada, de modo que o edital nº. 001/2019, em apreço, estaria ferindo requisitos legais.

No dia da abertura dos envelopes, somente a empresa GEOCAMP ASSESSORIA, CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA, e o CONSÓRCIO em referência, representado pelo Sr. RAFAEL CARLOS THIESEN (sócio da empresa GEOMAI

S GEOTECNOLOGIA LTDA), compareceram, tendo sido a empresa GEOCAMP inabilitada por:

"não atender ao item 8. 6. 7 do edital não apresentando o "Comprovante de inscrição no Ministério da Defesa na categoria "A", conforme dispõe o Decreto nº. 2278 de 17 de julho de 1997 e portaria nº. 63 7-SC-6/FA-61, de 05/03/98, como empresa especializada para os serviços de Aerolevanteamento ou Levantamento Aerofotogramétrico, para as etapas de execução da cobertura aerofotogramétrica e seu processamento. ".

Já o Consórcio, por sua vez, restou naquele ato como habilitado, ficando registrado que, ao menos a empresa que executara a etapa de vôo, deveria estar inscrita naquela categoria, conforme exigido no edital (item 8.6.7), o que é um absurdo, posto que além de não indicar qual seria esta empresa habilitada, o certo seria que TODAS as empresas deveriam atender ao requisito em questão, ou melhor, o próprio consórcio deveria possuir inscrição

no Ministério da Defesa na categoria "A", inexistindo qualquer comando expresso autorizativo no Edital nesse sentido.

Apesar de todo o exposto, o processo licitatório prosseguiu, tendo o consorcio denunciado sagrado-se vencedor do certame, sendo homologado o valor total de R\$ 1.386.662,50 (um milhão, trezentos e oitenta e seis mil, seiscentos e sessenta e dois reais e, cinquenta centavos).

Deste modo, sem maiores delongas, nos aparenta que houve a utilização de um consórcio "laranja" (eis que ainda não havia constituição de fato).

Em caso semelhante, na Comarca de João Neiva/ES, algumas das partes citadas na presente denúncia, também participaram de certame similar que lá originou o contrato 049/2019, vide processo judicial (PJe) nº. 5000266-61.2021.8.08.0067 movido pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

Sendo assim, solicita-se a atuação desta instituição na investigação dos fatos, em especial, sobre a possível fraude, mediante ajuste, combinação ou qualquer outra forma, do caráter competitivo da licitação; bem como sobre a criação, de modo irregular, da pessoa jurídica (consórcio "GEO ALFREDO CHAVES") para participar de licitação ou celebrar contrato público.

[...]

Por todo o exposto, requeremos que seja a presente denúncia recebida, registrada autuada, para que, após a devida análise cautelosa, caso seja constatada fraude no certame licitatório Tomada de Preço - Tipo Técnica e Preço nº. 001 /2019, na Comarca de Alfredo Chaves-ES, seja ajuizada a competente AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA em face dos denunciados.

O NOF, na Instrução Técnica Conclusiva 01303/2022-6, avaliou os critérios risco, relevância, materialidade e oportunidade, manifestando-se pela extinção do feito, nos termos do art. 177-A, §§ 1º, incisos I e III, e 3º, inciso II, do RITCEES, *verbis*:

[...]

Verifica-se dos autos que o objeto em análise se trata de uma licitação efetuada em 2019.

Conforme a análise de admissibilidade realizada acima, há somente um ponto que poderia ser considerado irregular de todos apontados na Representação.

Em cognição sumária, não se verificam os requisitos autorizadores para o prosseguimento processual. Isso porque a Representação não preenche os critérios de critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade.

O planejamento das ações aprovado para 2022 (PACE 2022) não permite inclusão de novas fiscalizações sem a retirada das linhas de ação selecionadas segundo os requisitos listados acima, razão pela qual a fiscalização se mostra **inoportuna** nesse momento, uma vez que os fatos narrados ocorreram em 2019.

Pelo mesmo motivo, a fiscalização não demanda urgência, **não representando risco imediato ao patrimônio público**.

Além disso, o valor e as características do contrato **não representam grande materialidade ou relevância**, frente aqueles objetos previstos no PACE 2022.

Luiz Henrique Lima destaca o desafio atual do Controle Externo:

As aceleradas mudanças características da sociedade da informação têm produzido fortes impactos na Administração Pública de todos os países e, conseqüentemente, imposto transformações e adaptações na atuação do Controle Externo. Como sublinha Ribeiro, o controle evolui no mesmo sentido da evolução do objeto controlado.

Essencialmente, exige-se do Controle Externo cada vez maior agilidade e objetividade, substituindo preocupações ritualísticas por prioridades finalísticas. Nas sociedades democráticas, aumentam as pressões populares por maior transparência e eficiência na atuação do Poder Público e na gestão financeira do Estado. Cresce, em igual proporção, as cobranças do Parlamento e as responsabilidades das instituições e profissionais do controle externo.

Desta forma, atuar indiscriminadamente em todas as demandas que chegam a esta corte, além de contrário do disposto em nosso regimento interno, em especial no art. 177-A da Resolução TC nº 261/2013 (RITCEES), vai de encontro a possibilidade de realização de ações mais efetivas.

Além disso, não se pode ignorar o custo de um processo de controle externo frente aos resultados obtidos e, por consequência, a necessidade de planejamento prévio capaz de viabilizar ações fiscalizatórias para questões de “menor monta”.

É neste ponto, que não se pode deixar de ponderar todas as competências atribuídas aos Tribunais de Contas, nos termos do art. 71 da Constituição Federal, e, por consequência, a obrigatoriedade de garantir determinado percentual de mão-de-obra para aquelas adequadamente planejadas ou demandas externas cujo alto risco, relevância, materialidade e oportunidade estejam configurados.

Diante do exposto, entende-se não haver interesse pelo prosseguimento da instrução processual, nos termos do art. 177-A do RITCEES, em virtude do baixo risco, materialidade e relevância desta ação de controle, bem como por não se mostrar oportuna nesse momento.

Assim, ao final será proposta a inclusão do objeto no banco de dados gerido pela SEGEX, a fim de subsidiar a elaboração do PACE 2023.

Todavia, o não processamento imediato da fiscalização não representa salvaguarda para eventuais irregularidades presentes no contrato.

Os responsáveis encontram-se cientes dos fatos narrados e, em caso de inclusão do objeto no PACE 2023 e confirmação das irregularidades apresentadas nesse processo, não poderão alegar seu desconhecimento.

[...]

Este *Parquet* já proferiu diversas manifestações em que se contesta a legalidade do art. 177-A do RITCEES, tendo em visto que promove indevida restrição ao direito subjetivo de denúncia constitucionalmente garantido aos cidadãos, bem como porque representa afastamento das atribuições constitucionais desta Corte de Contas por meio de ato regimental.

A representação, definida no art. 99 deste estatuto legal como notícia encaminhada ao Tribunal de Contas por agentes públicos sobre a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras

origens que devam se revestir dessa forma, por força de lei específica, constitui uma face do direito à denúncia previsto no art. 74, § 2º, da Constituição Federal e art. 76, § 2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Este preceptivo constitucional dispõe que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidade ou ilegalidade ao Tribunal de Contas do Estado” e foi regulamentado pelos arts. 93 a 95 da LC n. 621/2012, *verbis*:

Art. 93. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato poderá denunciar qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas.

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

I - ser redigida com clareza;

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

III - estar acompanhada de indício de prova;

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

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

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

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

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

Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá:

I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

II - pela procedência, quando constatada ilegalidade ou irregularidade, com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das sanções previstas em lei.

Sob este aspecto, importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma estrutura piramidal ou escalonada, isto é, as normas jurídicas não possuem o mesmo valor jurídico, elas encontram-se dispostas dentro de uma hierarquia normativa, de modo que as normas de hierarquia superior restringem o campo de abrangência das normas de hierarquia inferior.

Assim, temos a Constituição no ápice do sistema jurídico, na posição de máxima hierarquia, o que legitima o controle de constitucionalidade e impõe óbice ao exercício do poder derivado.

Conforme já aludido acima, por tratar a representação de uma faceta da denúncia, a ela são aplicadas as normas relativas a esta, conforme dicção expressa dos arts. 99, § 2º, e 101, parágrafo único, da LC n. 621/2012.

Desta forma, é possível, sem qualquer hesitação hermenêutica, afirmar-se que o direito à denúncia/representação é garantido constitucionalmente, cujo exercício somente pode ser restringido por lei.

Deste modo, preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 94 da LC n. 621/2012, configura direito do denunciante/representante, é dizer, da própria sociedade democrática e republicana que constitui o Brasil, de ter os fatos devidamente apurados por esta Corte de Contas.

As expressões “nos termos do Regimento Interno” contidas *in fine* nos incisos XXIII e XXV do art. 1º da LC n. 621/2012, abaixo transcritos, possuem significação única no sentido de conferir ao regimento interno deste Tribunal de Contas a possibilidade de regulamentar o rito para apreciação das denúncias e representações que lhes sejam apresentadas, jamais comprimir os requisitos legalmente estabelecidos para o seu uso.

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;

Claramente ainda se extrai destes preceptivos legais que o regimento interno, como ato normativo regulamentar interno, não poderá, após o conhecimento da denúncia/representação, prever outras hipóteses de resolução processual, senão pela apreciação de mérito, após o término da instrução, julgando-a (a) improcedente, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade ou (b) procedente, quando constatada ilegalidade ou irregularidade, com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das sanções previstas em lei, nos exatos modos definidos pelo art. 95 da LC n. 621/2012.

A resolução do processo de fiscalização de denúncia/representação sem resolução de mérito circunscreve-se, portanto, às hipóteses de não conhecimento (art. 94, § 1º, da LC n. 621/2012) e, subsidiariamente, quando verificadas algumas das situações previstas no art. 485 do Código de Processo Civil (art. 70 da LC n. 621/2012).

No caso vertente, colhe-se da Decisão Monocrática 00203/2022-1 (evento 5) o preenchimento dos requisitos de admissibilidade da denúncia/representação.

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.

A processualística dos Tribunais de Contas encontra-se fundamentado no interesse público, supremo e indisponível, inexistindo espaço para qualquer solução processual que impeça o livre exercício de sua função, sobretudo que implique a renúncia de competências.

Nesta toada, cabe destacar julgados do Tribunal de Contas da União que demonstram, com veemência, inexistir obstáculos à atuação do tribunal de contas quando envolto no resguardo do interesse público, ante os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, senão vejamos:

O fato de o processo ter se originado em razão de indícios de irregularidades apontados em denúncia anônima ou em documento sem comprovação de autenticidade quanto ao denunciante não representa óbice à atuação do TCU, tendo em vista a prerrogativa constitucional e legal de o Tribunal, por iniciativa própria, realizar fiscalizações. (Acórdão 1688/2020 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler).

O pedido de desistência de representação formulada ao TCU não obsta o prosseguimento do processo, que não tem seu andamento condicionado ao desejo do representante, em atenção ao princípio do impulso oficial (Acórdão 611/2020 – Plenário, Rel. Raimundo Carreiro).

A atuação do TCU não está adstrita às questões suscitadas por quem o provocou. O Tribunal, com base no princípio do impulso oficial, pode, por iniciativa própria, circunscrito às suas competências, ampliar o escopo de investigação dos fatos trazidos ao seu conhecimento (Acórdão 1660/2019 – Primeira Câmara, Rel. Walton Alencar Rodrigues)

O pedido de desistência de representação formulada ao TCU não obsta o prosseguimento do processo quando forem verificadas questões de interesse público a serem tuteladas pelo Tribunal, ante os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público (Acórdão 6873/2018 – Segunda Câmara, Rel. Augusto Nardes)

Requerimento de desistência de representação formulada pela empresa representante não obsta o prosseguimento do processo quando forem verificadas nos autos questões de interesse público a serem tuteladas pelo TCU, ante os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público. (Acórdão 2443/2017 – Plenário, Rel. Aroldo Cedraz).

A tutela do interesse público alcança não só o gestor público, mas também o próprio Tribunal de Contas, órgão de controle externo, que diante da constatação de uma irregularidade grave detém competência exclusiva de aplicar a penalidade ao responsável.

Neste sentido, irreparável e merecedora de ser replicada ao caso concreto é a Decisão TC-00274/2019-1 deste egrégio Tribunal de Contas, exarada no Processo TC-02528/2008-3, *ipsis litteris*:

“não há possibilidade legal, no rito processual de um Tribunal de Contas, órgão de controle externo da administração, de uma irregularidade ser

constatada, confirmada, materializada e não julgada, porque não há espaço para a vontade pessoal do julgador, à luz dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. As questões de ordem processual não podem ser postas acima de valores muito mais relevantes como o respeito à lei, à ordem democrática e aos princípios republicanos. Aplicar a lei e a Constituição é dever inafastável da Corte de Contas no desempenho de sua função de controle; e controle compreende orientação, fiscalização e punição. [...] qualquer solução processual que impeça ao Tribunal de Contas o exercício de sua função indisponível [...] deve ser afastada e refutada, como inservível para a prestação que é devida por esta Corte à sociedade. Portanto, não há construção jurídica lógica se seu alicerce é outro interesse que não o público”.

A criação de soluções antijurídicas que inviabilizam o resguardo do interesse público consubstancia clara hipótese de renúncia de competência, 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.

No caso vertente, há relevante interesse público a ser assegurado, que impõe a intervenção desta Corte de Contas, qual seja, a lisura no emprego dos recursos públicos, que tem seu fundamento nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal e da Constituição Estadual.

O art. 177-A do RITCEES constitui nítida pretensão de se obstaculizar o legítimo exercício do direito/dever garantido/imposto aos agentes arrolados na LC n. 621/2012.

Portanto, exorbitam ao texto legal condicionar o processamento da representação a quaisquer requisitos estranhos aos já dispostos na LC 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.

Portanto, mostra-se cristalino que a previsão regimental é absolutamente exorbitante da Constituição Federal e da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, uma vez que, indiretamente, encerra requisitos de admissibilidade e processamento da denúncia/representação não previstos em lei, além de carrear hipótese de renúncia de competência, o que se mostra inadmissível no ordenamento jurídico pátrio, por olvidar o resguardo do interesse público, que é preponderante e indisponível.

Ao mesmo tempo, resta evidenciado que 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 sem exame do mérito.

Desse modo, é inaplicável o artigo 177-A do RITCEES.

Quanto ao mérito, cabe ressaltar que o regime jurídico-administrativo é pautado em dois fundamentos basilares, denominados de “pedras de toque” do direito administrativo por Celso Antônio Bandeira de Mello, a saber: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público.

Em que pese o princípio da supremacia do interesse público venha sendo flexibilizado pela doutrina administrativista moderna, a indisponibilidade do interesse público, por outro lado, tem alcançado cada vez mais importância na atuação da Administração Pública.

Por força desse preceito se busca, sobretudo, a garantia de que as condutas da Administração Pública serão realizadas sempre velando pelos interesses da sociedade, uma vez que o administrador não goza de livre disposição dos bens que administra, pois, o real titular da *res publica* é o povo.

Para fins de efetivação do referido preceito, o ordenamento jurídico prevê determinadas regras e balizamentos para a atuação do Poder Público, dentre as quais se destaca o princípio da legalidade estrita, que, sob a ótica da Administração Pública, determina que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, com intuito de consumir a impessoalidade, a moralidade e a segurança jurídica pretendida.

Como desdobramento desse mandamento, surge o princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, pelos quais a Administração tem o dever de respeitar os ditames da lei e aquilo que foi estabelecido pelo instrumento editalício, não podendo, via de regra, esquivar-se das regras preliminarmente estabelecidas, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal e dos arts. 3º, 43 e 55 da Lei n. 8.666/1993.

Dito isso, denota-se que os representantes sustentam a ocorrência de restrição ao caráter competitivo da licitação, ausência de constituição do consórcio e direcionamento do procedimento licitatório.

Afirma que o município de Alfredo Chaves fez exigências restritivas no edital de tomada de preços, o que feriu os princípios da legalidade e isonomia ao inabilitar empresa pela não apresentação de certificados exigidos no edital, bem como admitir como vencedora empresas que constituíram o consórcio dias antes da entrega de envelopes.

Contudo, a Unidade Técnica, em anterior análise à fatídica Instrução Técnica Conclusiva 01303/2022-6, examinou as citadas cláusulas ditas restritivas e direcionadoras, vejamos (fls. 7/11, evento 19):

[...]

Quanto à constituição do consórcio

Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, deve ser exigida a comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados

É obrigação do vencedor promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso subscrito pelos consorciados.

Isso porque a licitação não pode estabelecer condições a todos os interessados que sejam obrigatórias somente ao vencedor, sob pena de restringir o caráter competitivo.

No caso em análise, não há óbice para a assinatura do compromisso público de constituição do consórcio quatro dias antes da abertura.

Tampouco é irregular a constituição e registro do consórcio em data posterior à licitação.

Quanto às cláusulas alegadamente restritivas As cláusulas apontadas pelos Representantes como “absurdamente restritivas” são as seguintes:

[...]

O item 8.5.2 trata da exigência de comprovação da capacidade técnico-profissional da licitante tratada no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Capacitação técnico-profissional trata de comprovação fornecida pelo licitante de que possui, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior, ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviços de características semelhantes às do objeto licitado.

O item 8.5.3, trata da exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional da licitante.

Capacitação técnico-operacional envolve comprovação de que a empresa licitante, como unidade econômica agrupadora de bens e pessoas, já executou, de modo satisfatório, atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Quanto à possibilidade de exigência dos atestados de capacidade técnico-operacional, este Tribunal de Contas dedicou-se ao tema na ocasião do Parecer em Consulta 20/2017-3 (posterior ao voto proferido no Processo TC 13216/2015, citado pela Representante) quando decidiu:

É possível a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional, desde que respeitada a letra do artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93, que exige que essa comprovação seja compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e que o objeto licitado apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, já que a permissão de se exigir dito atestado em qualquer circunstância pode caracterizar indevida restrição à competitividade, destacando-se que o enquadramento do objeto como de complexidade significativa é competência da órgão licitante, em cada caso concreto, enquadramento esse sujeito à fiscalização por parte desta Corte de Contas, nos termos regimentais.

Essa decisão segue no mesmo sentido da Súmula TCU 263/2011:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em

obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. Súmula TCU 263/2011

Tanto no TCE-ES quanto no Tribunal de Contas da União, admite-se a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional para obras cuja complexidade a justifique, limitados, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto.

Já o item 8.6.7 traz obrigação específica de comprovação de inscrição no Ministério da Defesa na categoria "A", conforme dispõe o Decreto nº. 2278 de 17 de julho de 1997 e portaria nº. 637-SC-6/FA-6 1, de 05/03/98. Essa comprovação, segundo afirmam os Responsáveis em suas contrarrazões, seria indispensável para a execução dos serviços.

Todavia, a licitação não pode estabelecer condições a todos os interessados que sejam obrigatórias somente ao vencedor, sob pena de restringir o caráter competitivo.

Essa é a jurisprudência pacífica:

A comprovação de inscrição, junto a órgão de fiscalização profissional do local em que o serviço será prestado, só deve ser exigida por ocasião da contratação da licitante vencedora, sendo indevida tal exigência na fase de habilitação.

Acórdão TCU 703/2007 Plenário (Sumário)

Tem razão a autora ao considerar que é aplicável apenas ao vencedor do certame a exigência, para licitantes de outro Estado, de visto de registro profissional pelo conselho local, já que se trata de requisito essencial para desenvolvimento regular das atividades, nos termos do art. 69 da Lei 5.194/1996, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo. Não seria correto aplicá-la a todos os participantes, o que representaria um ônus desnecessário e que poderia restringir a competitividade da licitação. Frise-se, entretanto, que, apesar da menção ao tema feita pela autora, tal exigência geral não constou do edital, o que afasta a existência de irregularidade também neste aspecto.

Acórdão TCU 1908/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Contudo, ainda que a exigência em análise tenha o potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, a alegação dos Representantes de que haveria indícios de fraude não pode ser sustentada somente pela presença dessa cláusula no edital.

Quanto à alegação de descumprimento da cláusula 8.6.7 pelo consórcio vencedor

Em resposta a essa questão, os responsáveis trouxeram cópia de termo de consórcio do Consórcio Vencedor indicando qual empresa efetuará os serviços de levantamentos aéreos.

[...]

Consoante a Unidade Técnica, “não se vislumbram indícios de verossimilhança nas alegações do representante”, inclusive pode-se constatar que as cláusulas exigidas de atestado de capacidade técnico-profissional dos responsáveis e

atestado de capacidade técnico-operacional não são desproporcionais ou restritivas, não havendo prejuízo à livre concorrência.

Ademais, aduz-se que os documentos exigidos pelo art. 30 da Lei n. 8.666/93, além de garantir que a empresa possua condições de executar o objeto, mediante a comprovação de experiência e que conta com profissionais qualificados (atestados de capacidade técnica e registro nos órgão competentes), assegura a própria lisura da licitação, garantindo a “observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (art. 3º).

Logo, resta observada a regularidade na tramitação do procedimento da Tomada de Preços n. 001/2019 nos pontos aqui analisados, não se verificando a aludida violação aos princípios e normas que regem as contratações públicas.

3 – CONCLUSÃO

Isto posto, o **Ministério Público de Contas**, com fulcro nos arts. 94 e 99, § 1º, inciso IV, da Lei Complementar n. 621/2012 e art. 176, § 3º, inciso II, do RITCEES, pugna pelo conhecimento da representação e, no mérito, seja julgada improcedente.

Vitória, 4 de maio de 2023.

LUCIANO VIEIRA

Procurador de Contas

Pois bem,

A admissibilidade do expediente apresentado como representação já foi analisada na **Decisão Monocrática 00203/2022-1** (doc.5), onde foi atestada a presença de seus requisitos, nos moldes dos artigos 94 e 99, §1º, inciso IV, da Lei Complementar n. 621/2012, restando imperativo o seu conhecimento.

Os *indícios de prova* exigidos no art. 94, III da LC 621/2012 e art. 177 III⁸ do RITCEES, como requisito de admissibilidade referem-se à documentação razoavelmente

⁸⁸ São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

convincente do fato denunciado e de provas, cujas formas sejam reconhecidas na legislação cível ou penal, de existência de irregularidades ou ilegalidades, suficientes para que posteriormente a equipe técnica analise o mérito e, se for o caso, produza uma instrução inicial.

A verossimilhança dos fatos supostamente irregulares, por outro lado, remete à análise de concessão de medida acautelatória, o que não foi suscitado pelo representante nem pelo relator.

O que se observa é que a equipe técnica constatou que por já possuir informações suficientes para proceder uma análise meritória de verossimilhança, afastou todas as supostas irregularidades apresentadas pelo representante, tendo produzido uma instrução conclusiva.

Em sua análise dos fatos representados constata-se, em síntese:

1 - Não é irregular a constituição do consórcio 4 dias antes da entrega dos envelopes com as documentações exigidas no Edital, tampouco é irregular a constituição e registro do consórcio em data posterior à licitação;

2 – item 8.5.2 do Edital - exigência de comprovação da capacidade técnico-profissional da licitante tratada no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Não há proibição de se exigir a comprovação da capacidade técnico-profissional do responsável técnico da licitante, para a execução de obra ou serviços de características semelhantes às do objeto licitado;

3 - item 8.5.3 do Edital - exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional da licitante.

Registra que, tanto no TCE-ES quanto no Tribunal de Contas da União, admite-se a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional para obras cuja complexidade a justifique, limitados, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto.

4 – item 8.6.7 do Edital - Comprovante de inscrição no Ministério da Defesa na categoria "A", conforme dispõe o Decreto nº. 2278 de 17 de julho de 1997 e portaria nº. 637-SC-6/FA-6 1, de 05/03/98, como empresa especializada para os serviços de Aerolevantamento ou Levantamento Aerofotográfico, para as etapas de execução da cobertura aerofotogramétrica. No caso de consórcio, ao menos a empresa que executará a etapa de voo deverá estar nesta categoria.

A representante insurge-se em sua peça inicial (doc.2) contra a habilitação da empresa consorciada *uma vez que esta não informou qual seria esta empresa habilitada para tal serviço sendo certo que todas as empresas deveriam atender ao requisito em questão, ou melhor, o próprio consórcio deveria possuir inscrição no Ministério da Defesa da categoria "A".*

O responsável esclarece em suas justificativas (Defesa/Justificativa 00357/2022-1 - doc. 10) que o Termo de Consórcio informou qual a empresa responsável pelo serviço aerofotogramétrico, o que foi constatado na análise técnica desta Corte.

A instrução conclusiva acresce à representação que esta exigência deve ser obrigatória apenas ao licitante vencedor, na ocasião da contratação. Contudo, pondera que *ainda que a exigência em análise tenha o potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, a alegação dos Representantes de que haveria indícios de fraude não pode ser sustentada somente pela presença dessa cláusula no edital.*

Por fim, registra a equipe técnica que restou *somente um ponto que poderia ser considerado irregular⁹ de todos apontados na Representação*, e que, *por não preencher os critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, mostra-se inoportuna a fiscalização neste momento, vez que os fatos narrados ocorreram em 2019, sugerindo incluir os fatos narrados no PACE 2023.*

O Parquet de Contas, por sua vez, anui ao entendimento de que estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 94 da LC n. 621/2012, sendo direito do representante a apuração dos fatos por esta Corte.

⁹ exigência deve ser obrigatória apenas ao licitante vencedor a inscrição no Ministério da Defesa na categoria "A".

Assevera que a resolução do processo de fiscalização de denúncia/representação sem resolução de mérito circunscreve-se, portanto, às hipóteses de não conhecimento (art. 94, § 1º, da LC n. 621/2012) e, subsidiariamente, quando verificadas algumas das situações previstas no art. 485 do Código de Processo Civil (art. 70 da LC n. 621/2012).

Observa o Parquet que a Unidade Técnica analisou na Instrução Técnica Conclusiva 01303/2022-6, examinou as citadas cláusulas ditas restritivas e direcionadoras pelo representante, e concluiu que *“não se vislumbram indícios de verossimilhança nas alegações do representante”, inclusive pode-se constatar que as cláusulas exigidas de atestado de capacidade técnico-profissional dos responsáveis e atestado de capacidade técnico-operacional não são desproporcionais ou restritivas, não havendo prejuízo à livre concorrência.*

Além de que *“a empresa possui condições de executar o objeto, mediante a comprovação de experiência e que conta com profissionais qualificados (atestados de capacidade técnica e registro nos órgão competentes), assegura a própria lisura da licitação, garantindo a “observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (art. 3º).”*

Pelo exposto, anuo com a fundamentação e conclusão do Ministério Público Especial de Contas de que não foram constatadas as supostas irregularidades apontadas na peça de representação, e que, por isso, deve ser considerada improcedente, nos termos do art. 178, inciso I¹⁰, e arquivada na forma do art. 176, §3º, inciso II¹¹, todos do RITCEES.

¹⁰ art. 178. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá
I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

¹¹ art. 176. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à fiscalização do Tribunal.

[...]

§ 3º Mediante decisão do Tribunal, a denúncia somente poderá ser arquivada:

I – quando não observados os requisitos de admissibilidade prescritos no art. 177 deste Regimento;

II – quando não comprovada a sua procedência, depois de efetuadas as diligências pertinentes.

Obedecidos todos os trâmites processuais e legais, divergindo da conclusão da equipe técnica e **em consonância com o entendimento e conclusão do Ministério Público de Contas**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto a sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Conselheiro Relator.

1. ACÓRDÃO TC-576/2023:

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

1.1. DECIDIR PELA IMPROCEDÊNCIA da presente Representação, com fulcro no art. 95, inciso I¹² c/c. art. 99, §2º¹³ da LC 621/2012 e no art. 178, inciso I¹⁰ c/c. art. 182, parágrafo único¹⁴ do RITCEES, extinguindo o processo com resolução de mérito, ante a ausência das irregularidades suscitadas referentes a Tomada de Preços nº 001/2019, deflagrada pela Prefeitura Municipal de Alfredo Chaves;

1.2. DAR CIÊNCIA ao Representante do teor da decisão ao final a ser proferida nestes autos, nos termos do artigo 307, §7º da Resolução TC 261/2013, bem como aos agentes interessados, na forma do art. 307, §3º da mesma norma regimental;

1.3. ARQUIVAR os presentes autos, nos termos do artigo 176, §3º, inciso II¹¹ c/c. artigo 330, I, IV e V¹⁵ do RITCEES, depois de esgotados os prazos processuais.

III – quando extinto o processo nos termos do § 4º do artigo 177-A.

¹² Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá:
I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

¹³ art. 99 [...]

§2º Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

¹⁴ Art. 182. São legitimados para representar ao Tribunal: [...] Parágrafo único. Aplicam-se às representações, no que couber, as normas relativas à denúncia

¹⁵ Art. 330. O processo será arquivado nos seguintes casos:

I - decisões definitivas ou terminativas, após a adoção das providências nelas determinadas e da expedição das comunicações;

[...]

IV - quando tenha o processo exaurido o objetivo para o qual foi constituído;

V - quando houver decisão do colegiado, ou da Presidência, pelo seu encerramento, após expedidas as comunicações e expirados os prazos dos recursos cabíveis;

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 23/06/2023 – 22ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente/relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões