



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Referente aos autos TC-393/2014

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, vem, tempestivamente, à presença de V. Ex^a., com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, III, da Lei Complementar nº. 451/2008 e art. 152, III, da Lei Complementar nº. 621/2012, inconformado com a Decisão TC-4411/2014 - Plenário, propor o presente

AGRAVO
COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO –
PROVIMENTO CAUTELAR

em vista das razões anexas, requerendo após o cumprimento das formalidades legais e regimentais, seja o presente submetido à apreciação do egrégio Plenário.

Nestes termos, pede deferimento.

Vitória, 03 de novembro de 2014.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas



RAZÕES DO AGRAVO

Referente ao Processo: TC – 393/2014

Decisão atacada: TC – 801/2014 - PLENÁRIO

Agravante: Ministério Público de Contas

Agravados: FÁBIO NEY DAMASCENO – Secretário Estadual de Trânsito e Obras Públicas – SETOP

JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPÍNDULA – Presidente da CPL/SETOP

EGRÉGIO TRIBUNAL

EMINENTES CONSELHEIROS

I – DO CABIMENTO, DA LEGITIMIDADE E DA TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO

Nos termos dos arts. 152, inciso IV, 169 e 170 da Lei Complementar n.º 621/2012, caberá agravo das decisões interlocutórias e terminativas.

Em sede de interpretação autêntica, a própria Lei Complementar acima mencionada, na dicção dos §§ 2º e 4º do art. 142, fornece o conceito do que seja decisão interlocutória e terminativa, senão vejamos:

§ 2º Interlocutória é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal de Contas decide questão incidental, antes de pronunciar-se quanto ao mérito.

§ 4º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis, determina a sua 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.

De límpida forma, com efeito, a decisão proferida pelo Conselheiro-Relator, a qual decidiu indeferir o provimento cautelar é incidente processual desafiador do recurso de agravo, vez possuir natureza jurídica de decisão interlocutória, não pondo fim ao feito.



Ademais, o Ministério Público de Contas, ora agravante, é parte legítima, possuindo inegável interesse recursal em modificar o ato processual guerreado, sendo o agravo o instrumento necessário e adequado aos fins a que se propõe.

Quanto à **tempestividade** do agravo, preceitua o art. 66, inciso V, da Lei Complementar n.º 621/2012, que a contagem dos prazos nela previstos inicia-se da entrega dos autos, com vista pessoal ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Denota-se à fl. 661, que os autos ingressaram no Ministério Público de Contas no dia 21.10.2014. Logo, a contagem do prazo para a interposição do agravo iniciou-se no dia **22.10.2014**, perfazendo-se, portanto, tempestivo¹ o recurso ora interposto.

II – DAS RAZÕES DO AGRAVO

O Ministério Público de Contas ingressou com representação perante o egrégio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo postulando, a princípio, a imediata suspensão do procedimento de Pré-Qualificação de licitação na modalidade de Concorrência Pública n.º 006/2013, cujo objeto é a realização de obras e serviços de implantação da “Da Ligação entre Vitória e Cariacica, compreendendo ponto (4º), acesso e viaduto”, na forma de execução indireta, sob o regime de preço unitário.

A pretensão foi instruída com as peças essenciais ao deslinde da questão alusivos à **(i) ausência de projeto básico, (ii) limitação ao número de consorciados, (iii) comprovação do patrimônio líquido equivalente a 10% do valor estimado da contratação, (iv) exigências editalícia que permitem identificar os interessados em participar do certame, e (v) critérios fixados para a qualificação técnica**, ou seja, os apontes não atendem aos requisitos exigidos pela legislação de regência, consoante fundamentado na peça inicial.

Contudo, o Excelentíssimo Conselheiro Relator indeferiu o pedido cautelar pleiteado, *“haja vista a ausência, neste momento, dos requisitos exigidos pela Lei*

¹ Vale ressaltar a redação do art. 157 da LC 621/2012: “Art. 157. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso.”



Complementar n.º 621/2012 para a sua adoção, sem prejuízo de posterior análise do feito, por ocasião de julgamento de mérito, após a escorreita instrução probatória pelo corpo técnico deste Sodalício”.

A decisão que denegou o requerido deve ser reajustada, visto que, de uma análise mais aprofundada, vê-se situação nova que pode ocasionar prejuízo ao erário, consoante se segue.

III – DOS FATOS

Assim consta na Representação ofertada pelo Ministério Público de Contas que originou o processo TC-393/2014:

A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, deflagrou procedimento de Pré-Qualificação para Concorrência Pública n. 006/2013, cuja cópia segue anexa a esta representação.

O **certame de pré-qualificação seria realizado no dia 20/01/2014**, por comissão designada pela Portaria n. 078-S de 31/10/2013, publicada em 01/11/2013, e regido pela Lei n. 8.666/1993, pela Lei Complementar Estadual n. 618/2012, e pelo Decreto n. 2.460-R/2010, e suas alterações, observada a Portaria SEGER/PGE/SECONT n. 049-R/2010, no que couber, bem como pelas demais normas pertinentes e condições estabelecidas no presente Edital de pré-qualificação; contudo, segundo Comunicado da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, **a data de abertura do referido procedimento foi prorrogado para o dia 03/02/2014** (doc. anexo).

Em uma análise perfunctória do edital, verifica-se que o citado procedimento encontra-se eivado de ilegalidade, por ofensa à Lei 8.666/93, bem como às mais variadas normas de licitação, em especial, àquelas que resguardam a lisura do certame, do qual poderá resultar contratação onerosa à administração, conforme demonstrado nos tópicos seguintes.

Não obstante o indeferimento da medida cautelar requerida, a SETOP deu prosseguimento ao certame e, na data de 21 de fevereiro de 2014, referida Secretaria



publicou no Diário Oficial do Estado o Aviso de Resultado da Análise dos Documentos de Habilitação da Pré-Qualificação para Concorrência Pública nº 006/2013 (Processo nº. 62821296/213), habilitando as empresas **CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S.A.** e **CONSÓRCIO NOVA TRAVESSIA DE VITÓRIA**, sendo a empresa **PAULITEC CONSTRUÇÕES LTDA.** não pré-qualificada.

Assim, pré-qualificadas as empresas, a SETOP deu prosseguimento ao Edital de Concorrência *“objetivando a realização de obras e serviços de implantação da **“DA LIGAÇÃO ENTRE VITÓRIA E CARIACICA COMPREENDENDO PONTE (4ª), ACESSO E VIADUTO”**, na forma de execução indireta, sob o regime de empreitada por preço unitário. O certame será realizado por Comissão designada pela Portaria nº 012-S, de 14 de fevereiro de 2014, publicada em 17 de fevereiro de 2014, e regido pela Lei nº. 8.666/93, Lei Complementar Estadual nº 618/2012, Lei Estadual 9.090/08 e pelo Decreto no 2.460-R/2010, e suas alterações, observada a Portaria SEGER/PGE/SECONT nº 049-R/2010, no que couber, bem como pelas demais normas pertinentes e condições estabelecidas no presente Edital”*.

Calha timbrar, no que concerne à contratação da empresa para execução das obras, que o recebimento dos envelopes dar-se-á no mês de novembro do corrente ano, consoante itens 1.4 e 1.5 do edital, senão vejamos:

1.4. RECEBIMENTO DOS ENVELOPES: O recebimento dos envelopes dar-se-á no endereço acima até às 09h30min do dia 17/11/2014.

1.5. ABERTURA DOS ENVELOPES: No dia 17/11/2014, às 10h00min, no endereço indicado acima, será dado início à abertura dos envelopes.

Em virtude disso, haverá um procedimento de contratação para a realização da obra pública, contudo, sem finalizar a análise do procedimento de Pré-Qualificação das empresas, ora irregular, constante nos autos do processo TC-393/2014, que se encontra no Núcleo de Engenharia e Obras Públicas – NEO, para análise.

III – DO DIREITO

Conforme bem demonstrado, havendo vício no processo TC-393/2014, haverá inequívoco desperdício de dinheiro público, com a execução de obra que posteriormente



terá que ser suspensa e, por consequência, o estado deverá pagar o valor já executado por obra cujo edital de pré-qualificação possui irregularidade.

Neste contexto, é crível que o edital de Pré-Qualificação das empresas é pressuposto necessário para que seja efetivada a contratação para execução do objeto editalício.

Reza o consagrado aforismo que "**o edital é a lei**". Essa máxima consubstancia-se no princípio da vinculação ao edital, que determina, em síntese, que todos os atos que regem o certame ligam-se e devem obediência ao edital (que não só é o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame como também contém os ditames que o rege).

Esse princípio nada mais é que faceta dos princípios da **legalidade** e **moralidade**, mas que merece tratamento próprio em razão de sua importância. Com efeito, o edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento da concorrência pública. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e pretensos licitantes, que dele não podem se afastar.

Sob este prisma, acrescenta-se que a concessão da medida cautelar não significa ingerência indevida da Corte de Contas sobre o Poder Executivo, na medida em que a discricionariedade administrativa é relativa e encontra limites, principalmente quando se comprova com clareza ofensa a lei vigente pelo Estado, consoante se deduz da representação proposta, podendo, haver, nesta hipótese, decisão impondo o cumprimento da Lei de Licitações e correlatas.

De fato, é inegável que a concorrência a ser aberta na data de 17.11.2014 depende, sobremaneira, do *decisum* nos autos TC-393/2014, uma vez que atestada por essa Corte a ilegalidade, irregular será o procedimento posterior, pois umbilicalmente acham-se jungidos em sua consecução final.

Vale ressaltar que os autos TC-393/2014 encontram-se no Núcleo de Obras e Engenharia – NEO, no qual será elaborada, via de regra, a Instrução de Engenharia



Conclusiva, após, será encaminhando do Núcleo de Análises Conclusivas e, seguindo o rito, para o Ministério Público de Contas sendo, ato posterior, levada a julgamento.

Na espécie, somente com a análise de fundo, realizada nos autos TC-393/2014, se poderá dar prosseguimento a qualquer contratação, pois a ilegalidade futura do contrato a ser firmado, caso seja provida a representação com vistas a anular o edital de pré-qualificação, importará em injustificado desperdício de dinheiro público, paralisação de obras que podem estar em execução entre outros pontos, conduta, assim, que preventivamente, deve ser rechaçada pela Corte de Contas.

Nobre julgador, não prospera o seguimento de contratação das empresas para execução das obras da 4ª (quarta) ponte antes da análise meritória do edital de procedimento de pré-qualificação, por se revestir em insegurança jurídica da empresa vencedora em manter contrato que poderá ser anulado, ante as máculas constantes nos autos TC-393/2014.

Ademais, a decisão de paralisação do edital de concorrência será profilática, pois o gestor do futuro contrato poderá ser outrem que não o atual, já assumindo, assim excessivo ônus a quem não deu causa.

IV - DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO ATIVO AO AGRAVO (PROVIMENTO CAUTELAR)

Dos autos, há clara violação do art. 164 da LC 164/2012.

O §1º do art. 170 da LC n.º 621/2012 estabelece que *“Nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, poderá ser conferido efeito suspensivo ao agravo pelo Relator, ou pelo Presidente do Tribunal de Contas na hipótese do artigo 127 desta Lei Complementar, ad referendum da Câmara ou do Plenário, na primeira sessão subsequente, observada a competência originária.”*

Consoante demonstrado nesta peça, o certame ora representado encontra-se maculado por vícios graves que frustram o seu caráter competitivo, incorrendo, assim, em contratação ilegal e lesiva para a administração pública.



A ilegalidade evidente do edital indica a robustez dos indícios de violação da Lei Federal de Licitações e dos princípios da legalidade, moralidade, eficiência do edital, assim como o da economicidade, capazes de comprometer a lisura do procedimento (**relevância do fundamento da demanda -“fumus boni juris”**).

Por outro lado, a fim de evitar a perpetuação das ilegalidades, como a possível escolha de proposta menos vantajosa para a Administração, gerando situação fática de difícil irreversibilidade, é de rigor, assim, que tal providência processual seja adotada imediatamente (**justificado receio de ineficácia do provimento final - “periculum in mora”**).

Vale anotar, também, o **periculum in mora inverso**, no sentido de que a manutenção de futuro contrato acarretará pagamentos ilegais, retirando recursos dos cofres públicos advindos de contratação que violam a Lei e a ordem.

VI – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

1 - o conhecimento e provimento do presente agravo para o fim de que seja dado efeito suspensivo na decisão TC-801/2014 e, ativo (provimento cautelar) com vistas a **determinar** ao Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, Sr. **FÁBIO NEY DAMASCENO** e **JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPÍNDULA** – Presidente da CPL, a suspensão do edital n.º 006/2013 e, caso não seja possível, que se abstenha de homologar o certame até decisão final de mérito do processo TC-393/2014;

2 – sejam os autos TC-393/2014, **convertidos em procedimento sumário**, em face da presença dos pressupostos do art. 306 do Regimento Interno², quais sejam atual lesão ao erário (caso ocorra a contratação de empresa qualificada e inicie a execução do objeto) e de direito alheio com vistas a impor determinação temporal para conclusão dos autos e posterior remessa ao Ministério Público de Contas para apreciação; e,

² **Art. 306.** Os processos em que houver fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão observarão o rito sumário previsto neste Regimento.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

3 – seja determinada a notificação de **FÁBIO NEY DAMASCENO** – Secretário de Estado de Transporte e Obras Públicas, e **JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPÍNDULA** – Presidente da CPL para, querendo, oferecer de contrarrazões recursais³.

Seja recomendado, ainda, que se abstenha de efetuar quaisquer despesas de recursos públicos relativas à execução de obras referente ao procedimento de construção da 4ª (quarta) ponte até ulterior determinação dessa Corte de Contas.

Nesses termos, pede deferimento.

Vitória, 03 de novembro de 2014.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas

³ **Art. 156.** Nos recursos interpostos pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é assegurado o contraditório, mediante a concessão de oportunidade para oferecimento de contrarrazões recursais, quando se tratar de recurso tendente a agravar a situação do responsável ou do interessado.