



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: A920A-6879E-864F2



Petição Inicial 01323/2020-7

Protocolo(s): 19595/2020-2

Assunto: Representação

Criação: 15/12/2020 16:21

Origem: NCD - Núcleo de Controle de Documentos



1ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Distribuir por dependência ao processo TC-5842/2020-6

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, representado pelos Procuradores infra-assinados, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 127 da Constituição da República c/c art. 99, § 1º, inciso VI, da Lei Complementar n. 621/12, oferecer

R E P R E S E N T A Ç Ã O

com PEDIDO CAUTELAR *INAUDITA ALTERA PARS*

Em face de **LUIZ CESAR MARETTO COURA** - DIRETOR-PRESIDENTE DO DEPARTAMENTO DE EDIFICAÇÕES E DE RODOVIAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – DER-ES, e **JOSÉ RICARDO MONTEIRO DOS SANTOS** - PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO DER-ES, ambos com endereço profissional na Avenida Marechal Mascarenhas de Moraes, nº 1501 - Ilha de Santa Maria, CEP: 29.051-015 - Vitória / ES, em razão de **robustos indícios de práticas de ato de gestão ilegal, ilegítimo e antieconômico, das quais podem resultar injustificado dano ao erário**, todas perpetradas no procedimento administrativo licitatório referente à **CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.º 007/2020** realizada pelo DER-ES, cujo objeto é a ***“Contratação de empresa para prestação de serviços de apoio ao Gerenciamento do Plano de Investimentos do DER-ES em Obras Rodoviárias com Aplicação de Recursos do Contrato de Financiamento, do Programa Especial de Apoio aos Estados (PROPAE) do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em conformidade com os***



1ª Procuradoria de Contas

termos do Contrato de Financiamento firmado entre o Estado do Espírito Santo e o BNDES (12.2.1155.1), conforme descrito na Planilha orçamentária/Termo de Referência anexos ao presente Edital de Concorrência”, conforme adiante aduzido.

DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA E PREVENÇÃO AO PROCESSO TC-5842/2020-6

Preliminarmente, convém salientar a necessidade de distribuição por dependência destes autos aos autos TC-5842/2020-6.

Isto porque os autos TC-5842/2020-6 tratam da mesma matéria de fundo e de direito – terceirização de atividade fim no DER-ES, já distribuída previamente ao eminente Conselheiro.

O processo mencionado, assim como este, trata da ilegal terceirização da atividade fim do DER-ES nos editais de licitação 002/2019 e 007/2020. Visa, assim, evitar decisões conflitivas caso seja distribuída a outro Conselheiro.

1. DOS FATOS

A 1ª Procuradoria de Contas, a partir da instauração de procedimento administrativo com vistas a investigar a situação da contratação pelo DER de serviços *especializados de apoio ao gerenciamento técnico as atividades de fiscalização técnica das obras rodoviárias*, verificou indícios de irregularidades já no procedimento de licitação.

Os atos, cuja concorrência pode ser acessada de forma integral no endereço eletrônico <https://der.es.gov.br/licitacoes-2>, indicam irregularidades graves, em flagrante afronta às mais mezinhas regras do direito.

Nesse contexto, **CONSIDERANDO** que o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, preceitua que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;



1ª Procuradoria de Contas

CONSIDERANDO que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, prescreve que é função institucional do Ministério Público promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

CONSIDERANDO que cabe ao Ministério Público, nos termos do art. 5º, inciso III, da Lei Complementar Federal n. 75/1993 c/c art. 80 da Lei Federal n. 8.625/1993, zelar pela defesa do patrimônio público, promovendo a defesa da ordem jurídica em face de ilegitimidade ou irregularidade de qualquer natureza, bem assim garantir a legalidade dos procedimentos licitatórios, visando resguardar a probidade da Administração Pública e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiro públicos, podendo, para tanto, prover as medidas necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico;

CONSIDERANDO que, a teor do art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal n. 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), c/c artigo 29, inciso I, e parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar Estadual n. 95/1997, cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito pelos poderes estaduais ou municipais e, no exercício dessas atribuições, promover recomendações dirigidas a órgãos e entidades, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito;

2. DOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES

2.1. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De fato, para garantir que os contratos para realização das obras rodoviárias sejam executados regularmente, visando o bom uso dos recursos públicos, é indispensável acompanhá-los, bem como fiscalizá-los.

As contratadas devem manter, ao longo da execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, e, caso constatada alguma irregularidade fiscal ou trabalhista, o órgão contratante deve instaurar processo administrativo punitivo para aplicação das sanções administrativas previstas em lei (advertência, multa, suspensão temporária dos direitos de licitar e declaração de



1ª Procuradoria de Contas

inidoneidade para contratar com a Administração Pública), execução da garantia de contrato por eventuais prejuízos e/ou rescindir o contrato.

A ausência de regularidade trabalhista, fiscal e previdenciária do contratado pode acarretar responsabilidade subsidiária à Administração Pública, conforme Súmula 331, IV e V, do Tribunal Superior do Trabalho, competindo, assim, exclusivamente à administração pública o acompanhamento e fiscalização.

A Lei de Licitações e Contratos determinou que em todos os contratos celebrados com a Administração Pública seja designado um servidor para realizar essa tarefa e que o seu artigo 58, inciso III, atribui à Administração o poder dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados, pois eles são pagos com recursos públicos, os quais devem ser gastos visando a racionalização. Nesse sentido, o artigo 67 estabelece:

Art. 67 - A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Portanto, ainda que se possa contratar terceiros para assistência, como permitido pelo art. 67, o acompanhamento e fiscalização do contrato devem ser realizados pelo representante da Administração. Trata-se de atividade indelegável e a atuação de terceiros é de mera assistência.

Ocorre que a Concorrência Pública 007/2020 do DER-ES teve por objeto justamente a **“Contratação de empresa para prestação de serviços de apoio ao Gerenciamento do Plano de Investimentos do DER-ES em Obras Rodoviárias com Aplicação de Recursos do Contrato de Financiamento, do Programa Especial de Apoio aos Estados (PROPAE) do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em conformidade com os termos do Contrato de Financiamento**



1ª Procuradoria de Contas

firmado entre o Estado do Espírito Santo e o BNDES (12.2.1155.1), conforme descrito na Planilha orçamentária/Termo de Referência anexos ao presente Edital de Concorrência”.

Ora, a atividade de *apoio ao gerenciamento* que dizer, em outras palavras, de fiscalização/exercício de poder de polícia, que deve estar sempre afeta àqueles servidores públicos efetivos que têm uma relação mais estabilizada com a Administração Pública, através de vínculo estatutário e não meramente contratual, com garantias de segurança e independência para o exercício das elevadas missões, que exigem desempenho técnico isento, imparcial e obediente às diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público.

É cediço o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca da imprescindibilidade da aprovação em concurso público para o desenvolvimento de atividades com atribuições de poder de polícia:

Ementa: 1) MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. ENTIDADES CRIADAS POR LEI. **FISCALIZAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ATIVIDADE TÍPICAMENTE PÚBLICA. DEVER DE PRESTAR CONTAS. 2) EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37. II. DA CRFB.** 3) DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PROFERIDA MESES DEPOIS DA REALIZAÇÃO DA SELEÇÃO SIMPLIFICADA PELO IMPETRANTE. 4) SEGURANÇA DENEGADA. 5) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS. **1. As autarquias, forma sob a qual atuam os conselhos de fiscalização profissional, que são criados por lei e possuem personalidade jurídica de direito público, exercendo uma atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, é de rigor a obrigatoriedade da aplicação a eles da regra prevista no artigo 37. II. da CF/1988, quando da contratação de servidores. Precedentes (RE 539.224, Rel. Min. Luiz Fux, DJe18/6/2012).** 2. In casu, o Acórdão nº 2.690/2009 do TCU determinou ao Conselho Federal de Medicina Veterinária que: “9.4.1. não admita pessoal sem a realização de prévio concurso público, ante o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e adote as medidas necessárias, no prazo de sessenta dias, a contar da ciência deste Acórdão, para a rescisão dos contratos ilegalmente firmados a partir de 18/5/2001;” 3. Segurança denegada. (STF, MS 28469/DF – Distrito Federal, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento 09/06/2015).

Também nesse sentido, essa Corte deu provimento a Pedido de Reexame (Processo TC 6168/2018) interposto por este órgão ministerial, anulando o Edital de Credenciamento n.º 001/2016, do IDAF, com o conseqüente descredenciamento das empresas já habilitadas, impedimento de novos credenciamentos e a retomada plena das



1ª Procuradoria de Contas

ações de inspeção de animais e subprodutos deles derivados pelos Agentes em Desenvolvimento Agropecuário (servidores públicos efetivos). Tal decisão extraiu como um de seus fundamentos o reconhecimento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (processo nº 0022483-35.2017.8.08.0000) da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.541/2016 – que autorizava tal credenciamento –, ante a “IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA À INICIATIVA PRIVADA DE ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO QUE ENVOLVE O PODER DE POLÍCIA EM SUA DIMENSÃO SANCIONATÓRIA, FISCALIZATÓRIA E DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA”. Senão vejamos:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 10.541/2016 E REGULAMENTAÇÃO POSTERIOR. INSTITUIÇÃO E REGIME EXCLUSIVO DE INSPEÇÃO SANITÁRIA DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL. MATÉRIA AFETA À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADO E DISTRITO FEDERAL. ESTADO FEDERADO QUE DETEM COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR ANTE A REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA NO PLANO FEDERAL. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR QUE NÃO SE AFIGURA EM HARMONIA COM AS NORMAS GERAIS ESTABELECIDAS PELA UNIÃO. TRANSGRESSÃO AO ARTIGO 19, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA À INICIATIVA PRIVADA DE ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO QUE ENVOLVE O PODER DE POLÍCIA EM SUA DIMENSÃO SANCIONATÓRIA, FISCALIZATÓRIA E DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA. PRECEDENTES DO EXCELSSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE COM EFEITOS EX NUNC.

Em Incidente de Prejudicado mais uma vez esse Sodalício (Processo TC 6603/2016) reconheceu que a lei federal que trata da terceirização de atividade-fim (lei nº 6.019/1974, alterada pela lei nº 13.429/2017) não se aplica à Administração Pública, devendo sobre ela incidir as previsões do artigo 37, II e XXI, da Constituição Federal.

Inclusive o Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1520/2006-Plenário, manifestou-se desfavoravelmente à terceirização de atividades-fim, nos seguintes termos:

Em face da permissão legal à terceirização no serviço público, faz-se necessário analisar seus limites. A terceirização sem freios configuraria fraude à disciplina constitucional para o provimento de cargos na administração pública mediante seleção por concurso público. [...] Parece-nos bastante claro que **o atual ordenamento legal exclui a possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da administração**. Os órgãos públicos não podem delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser, sob pena de burla a exigência constitucional do concurso público para o acesso ao cargo, e, ainda, à própria lei trabalhista. Em resumo, **quanto a viabilidade legal de terceirização de serviços pela**

administração pública, pode-se concluir que tal prática é lícita apenas no que diz respeito às atividades-meio dos entes públicos, não sendo cabível adotá-la para o exercício de atividades pertinentes a atribuições de cargos efetivos próprios de seus quadros. (grifo nosso)

A propósito, de acordo com o artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 926/2019, “*constitui objetivo do DER-ES implementar, regulamentar e **FISCALIZAR** a Política Estadual de Transporte e Obras Públicas, compreendendo o gerenciamento de obras de edificações e de arte especial e de infraestrutura de logística rodoviária, ferroviária, hidroviária, aeroportuária e infraestrutura viária urbana vinculada aos objetivos do Estado do Espírito Santo*”.

Consoante artigo 46, I, também da LC nº 926/2019, “*às Superintendências Executivas Regionais competem exercer as atividades descentralizadas do DER-ES, sob supervisão técnica das Diretorias, dentre outras atribuições correlatas e complementares, na sua área de atuação e abrangência gerenciar e **FISCALIZAR** a execução indireta de obras e serviços de engenharia de qualquer natureza, relativos a obras de arte especial e de infraestrutura de logística rodoviária, ferroviária, hidroviária e aeroportuária, na sua área de atuação*”.

Na referida Lei, **ANEXO VIII** – Descrição sumária dos cargos integrantes do Quadro de Pessoal do DER-ES [...] – consta como atribuição dos servidores ocupantes dos cargos de provimento efetivo de **Técnico Superior Operacional Gerenciar**, “***FISCALIZAR** e supervisionar empreendimentos, projetos, serviços e obras executadas mediante contratos, convênios e outros instrumentos congêneres*”, e de **Técnico Superior Operacional**, “***FISCALIZAR**, supervisionar e vistoriar as obras, serviços e projetos de engenharia/arquitetura, mediante contratos, convênios e outros instrumentos congêneres*”.

A gravidade das irregularidades vislumbradas na **Concorrência Pública 007/2020 do DER** caracteriza terceirização de atividades-fim da Administração Pública – e não mera assistência – e violação da LC nº 926/2019.

2.2. ORÇAMENTO DEFICIENTE



1ª Procuradoria de Contas

Para determinar se uma proposta é vantajosa, a Administração precisa realizar, antes, AMPLA PESQUISA DE PREÇOS no mercado. Há vários dispositivos legais que exigem esse orçamento, sem o qual a licitação é considerada anulável, a exemplo da Lei 8.666/93, art. 15, §1º – “O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado” – e art. 43, IV – “[...] conformidade de cada proposta [...] com os preços correntes no mercado [...]” –; da Lei 10.520/01, art. 3º, III – “dos autos do procedimento constarão [...] o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados” –; e do Decreto 3555/00, art. 8º, § 2º, II – “[...] propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado [...]”.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1620/2010 – Plenário, entendeu ser necessária a realização de pesquisa de preço da maneira mais ampla possível, de modo a verificar a compatibilidade das propostas apresentadas com os preços de mercado.

Afinal, se o valor estimado para contratação (valor orçado) pela Administração Pública não for um dado muito bem coletado (ou seja, se a estimativa for irreal), a redução obtida, enquanto resultado do contraste matemático entre o valor orçado e o valor contratado, não estará refletindo em economia, impedindo o atingimento dos objetivos definidos pela Lei de Licitações e Contratos, principalmente aquele relacionado à seleção da proposta mais vantajosa.

Novamente o Tribunal de Contas da União, no Acórdão TCU 1785/2013 – Plenário, esclareceu que a ausência de pesquisa que represente adequadamente os preços de mercado, além de constituir afronta à jurisprudência do Tribunal de Contas, pode render ensejo à contratação de serviços ou aquisição de bens por preços superiores aos praticados pelo mercado, ferindo, assim, o princípio da economicidade.

Foi exatamente o que ocorreu no procedimento em análise. Ora, em um mercado de livre concorrência sem espiral inflacionário e desindexado, descontos de, em média, 50% – como o verificado no caso em exame – indicam erro grosseiro na estimativa do orçamento, uma vez que este deveria refletir o preço de mercado apontado nas



1ª Procuradoria de Contas

propostas; a partir destas estimativas que deveriam ser referenciados e estimados os orçamentos.

Neste contexto que deveria ter sido realizado o certame e, por consequência, a busca da real proposta mais vantajosa para a Administração.

Portanto, diante de uma estimativa irreal, há um dano ao erário e não proposta mais vantajosa para Administração.

3. DOS PEDIDOS

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

Preliminarmente, distribuir por dependência ao processo TC-5842/2020-6, conforme razões já suscitadas

3.1 o conhecimento, recebimento e processamento desta Representação, na forma do art. 99, § 1º, inciso VI, da LC n. 621/2012 c/c artigos 181, 182, inciso VI, e 264, inciso IV, do RITCEES;

3.2 LIMINARMENTE, com espeque nos arts. 1º, incisos XV e XVII, 108 e 125, incisos II e III, da LC n. 621/12, a concessão de medida cautelar *inaudita altera parte*, determinando ao **DIRETOR-PRESIDENTE DO DER-ES** e ao **PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO DER-ES** que **promova a imediata SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 007/2020**, incluindo a abstenção de homologá-la até decisão final de mérito ou de assinar contratos, bem assim de efetuar os respectivos empenhos ou pagamentos, notificando os responsáveis, nos termos do art. 307, § 4º, do RITCEES para o cumprimento da decisão e adoção das demais providências legais;

3.3 a notificação do **DIRETOR-PRESIDENTE DO DER-ES** e ao **PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO DER-ES**, para que apresentem, no prazo de 5 (cinco) dias, a **metodologia utilizada para a estimativa de preços do objeto**;



1ª Procuradoria de Contas

3.4 cumpridos os procedimentos legais e regimentais de fiscalização, seja o responsável, nos termos do art. 56, inciso III, da LC nº. 621/2012, citado para, querendo, deduzir alegações de defesa e/ou recolher a importância devida;

3.5 NO MÉRITO, confirmando-se a medida liminar deferida, seja julgada procedente a presente representação para **determinar**, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso XVI, da LC n. 621/12, ao **DIRETOR-PRESIDENTE DO DER-ES** que anule os atos administrativos referentes à **CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 007/2020**, **condenando** os responsáveis ao pagamento de multa.

Vitória, 15 de dezembro de 2020.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas