

ACÓRDÃO 01532/2019-2 – PRIMEIRA CÂMARA

Processo: 15401/2019-3
Classificação: Agravo
UG: PMCI - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim
Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha
Interessado: VICTOR DA SILVA COELHO, SALVADOR ENGENHARIA LTDA,
LORENA VASQUES SILVEIRA
Recorrente: VITORIALUZ CONSTRUCOES LTDA
Procuradores: LUIZ ALFREDO PRETTI (OAB: 8788-ES), RODRIGO OLIOZA
GONZALEZ (OAB: 26599-ES), MYRNA FERNANDES
CARNEIRO (OAB: 15906-ES), TIAGO ROCON ZANETTI (OAB:
13753-ES, OAB: 370452-SP)

**AGRAVO – NÃO CONHECER – DAR CIÊNCIA –
APENSAR AO PROCESSO TC Nº 12.777/2019-4,
APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

Tratam os autos de **AGRAVO**, interposto pela Vitorialuz Construções Ltda, em face da **Decisão nº 02276/2019-4**, proferida pela Primeira Câmara desta Corte de Contas, constante do Processo TC 12.777/2019-9, que assim decidiu, *verbis*:

1. DECISÃO:

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

1.1. CONHECER da presente representação, considerando o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade constantes dos artigos 177, c/c 186 do RITCEES;

1.2. INDEFERIR o pedido da empresa VITÓRIALUZ CONSTRUÇÕES LTDA de ingressar no feito, considerando a não homologação do certame e a não assinatura do contrato, tendo-a como contratada;

1.3. INDEFERIR a medida cautelar pleiteada, considerando a presença de solução mais adequada, conforme fundamentação acima;

1.4. SUBMETER os presentes autos ao RITO ORDINÁRIO, diante do indeferimento da medida cautelar;

1.5. DETERMINAR que a Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim se abstenha de homologar o certame licitatório em questão até que seja realizada diligência em relação à proposta da empresa representante, no intuito de trazer para a instrução do processo licitatório os elementos que a Manifestação Técnica 10306/2019-9 considerou ausentes, com o apoio de representante do Controle Interno do Município, devendo, posteriormente, submeter suas conclusões à análise da Procuradoria Geral do Município, a fim de que analise sua juridicidade;

1.6. DAR CIÊNCIA, nos termos do artigo 307, § 7º do RITCEES;

1.7. REMETER à Área Técnica para continuidade da instrução no intuito de enfrentar o mérito da representação posteriormente.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/08/2019 – 29ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (conselheiro no exercício da presidência) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator).

4.2. Conselheiros Substitutos: Márcia Jaccoud Freitas (convocada).

5. Membro do Ministério Público de Contas: Heron Carlos Gomes de Oliveira.

RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN
Conselheiro no exercício da Presidência– g.n.

A Agravante, na peça exordial, insurge-se contra a **Decisão nº 02276/2019-4**, constante dos autos do Processo TC 12.777/2019-9, que em síntese, conheceu da Representação apresentada pela empresa Salvador Engenharia Ltda; indeferiu o ingresso da agravante como terceira interessada; indeferiu a medida cautelar, submetendo a representação ao rito ordinário.

Por oportuno, no que se refere ao Voto nº 04124/2019-8 (evento eletrônico nº 117 – Processo TC nº 12.777/2019-9) que consubstanciou a Decisão TC nº 02276/2019-4,

naqueles autos, requer a agravante que seja reconsiderada a r. decisão, a fim de NÃO ADMITIR a representação apresentada pela SALVADOR ENGENHARIA LTDA ou, subsidiariamente, admitir a ora peticionante no processo como terceira interessada”.

Frisa-se que a Agravante, por sua patrona, a Dra. Myrna Fernandes Carneiro, apresentou sustentação oral, realizada na 37ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara de 23/10/2019, sendo juntada aos autos as Notas Taquigráficas nº 00318/2019-7 (evento eletrônico 14).

É o sucinto relatório.

VOTO

1. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Tendo sido interposto o recurso de agravo pela Vitorialuz Construções Ltda, por meio do qual se insurge contra os termos da **Decisão nº 02276/2019-4**, consubstanciada pelo Voto nº 04124/2019-8, no bojo dos autos originários (Processo TC 12.777/2019-9).

Em sede de sustentação oral, na 37ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara em 23/10/2019 a patrona da agravante, a Dr. Myrna Fernandes Carneiro, apresentou argumentações, sendo estas registradas nas Notas Taquigráficas nº 00318/2019-7 (evento eletrônico 14), conforme a seguir, *litteris*:

[...]

Então, gostaria de ser muito sucinta e pedir a atenção de vocês para alguns pontos, talvez, vamos dizer, essenciais à compreensão da figura maior que envolve essa concorrência 12/2018. Como já foi relatado, a empresa Vitória Luz, a quem represento, solicitou ingresso nessa Representação, na condição de terceiro interessado, considerando que ela foi declarada vencedora da Concorrência Pública 12/2018 pelo município de Cachoeiro. Nessa concorrência, ela havia apresentado a segunda melhor proposta. A primeira melhor proposta, que foi apresentada pela Salvador Engenharia, foi desclassificada por inexecutabilidade. Para situá-los, essa licitação havia sido orçada em R\$ 17.600.000,00, aproximadamente, e a proposta pela Salvador Engenharia desclassificada foi de R\$ 7.000.000,00. Então, ela ofereceu um desconto de aproximadamente R\$ 10.000.000,00 nessa licitação. Foi outorgada a Salvador

Engenharia a possibilidade de justificar a exequibilidade dessa proposta. Estava muito abaixo das demais licitantes, muito abaixo do que o valor orçado. E para justificar, ela apresentou vários documentos, em especial, notas fiscais de aquisição de materiais, que, segundo ela, seriam os mesmos que poderiam ser utilizados nessa obra e que, segundo ela, comprovariam que consegue adquirir materiais a um preço muito menor do que um preço de mercado. Essa documentação foi submetida à análise do Município. Existe um relatório de análise de julgamento dessa proposta às fls. 61/69 da peça 6 desses autos eletrônicos e, nesse relatório, o que os técnicos do Município constataram é que a empresa Salvador Engenharia tinha omitido o valor do ICMS pago para aquisição desses materiais nas notas fiscais. Então, puxando as notas fiscais eletrônicas, colocando o valor do ICMS nas mercadorias adquiridas, eles viram que esses valores eram muito superiores à proposta que ela tinha apresentado. Então, quer dizer, a empresa não só não comprovou que ela conseguiria adquirir mercadorias com valores mais baratos, como, ao contrário, ela comprovou que ela não havia tido aptidão para cumprir proposta naquele preço, porque ela paga mais pelas mercadorias do que o valor contido nas propostas. Diante disso, a solução de desclassificação por inexecutabilidade da proposta foi mantida e essa empresa Salvador Engenharia ajuizou ação judicial e ofereceu Representação neste Tribunal de Contas. **Já constam nos autos algumas informações sobre a ação judicial. Nessa ação judicial, a liminar requerida pela Salvador foi indeferida. Então, o juiz não entendeu que existia verossimilhança e *periculum in mora* suficientes para suspender o certame. E a empresa Vitória Luz, a quem represento, foi admitida como terceira interessada, porque foi reconhecido o interesse jurídico dela, como vencedora do certame, em exercer o contraditório. Na Representação que corre perante este Tribunal de Contas, foi proferida a decisão admitindo a Representação, inadmitindo o ingresso da Vitória Luz como terceira interessada.** E, em relação ao pedido liminar, à despeito de ter sido decidido pela não suspensão do processo administrativo de licitação, foi determinado que a Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim “se abstenha de homologar o certame licitatório até que seja realizada a diligência em relação à proposta da empresa representante...”. Mas, considerando que essa licitação já havia tramitado até a declaração da Vitória Luz como vencedora, o próximo passo seria justamente a homologação do certame para assinatura do contrato. Então, na prática, foi deferida a medida liminar suspensão do certame, porque, o único ato que faltava ser praticado, não pode ser praticado! E é dentro desse cenário que pedimos a reconsideração da decisão, e esse Pedido de Reconsideração foi autuado como Agravo. Então, o que gostaríamos de destacar nesses poucos minutos? Primeiro, é que foi avaliada a admissibilidade da Representação diante dos artigos 177 e 186 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas. Então, foram verificados quais são os documentos que deveriam ter, a quem direcionar, já que se aplica à apresentação os requisitos de admissibilidade da denúncia. Mas, o que a Vitória Luz pediu que fosse examinado, e é uma omissão que se requer que seja suprida, é a admissibilidade dessa Representação diante do artigo 184. Pedirei licença para ler o artigo 184. Ele diz que: *qualquer licitante poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule as licitações e contratos administrativos, visando resguardar o interesse público, sendo vedado sua interposição para amparar direitos subjetivos da representante.* O que nós apontamos, no caso desta Representação, é que ela não defende interesse público. Sequer aponta ilegalidades na gestão da licitação. Ela somente tem um único escopo de resguardar interesse pessoal da licitante, tanto que o pedido formulado é que “*seja declarada a representante classificada na concorrência pública 12/2018*”. Esse é o pedido feito pela Salvador Engenharia. **Então, ela não aponta nenhum vício de julgamento da proposta, como, por exemplo, a não oportunização de contraditório, a desconsideração de algum documento. Ela teve a oportunidade de comprovar a exequibilidade, apresentou documentos. Esses documentos foram apreciados, foram constatadas omissões em relação aos valores que ela mostrou e ela foi desclassificada.** O que ela quer rever é a decisão de desclassificação, porque ela tem interesse em ser declarada vencedora. Esse pedido formulado na Representação é o mesmo pedido formulado na petição inicial. Por isso que juntamos aos autos, até os memoriais foram entregues, a cópia da última petição de

cada uma das ações. Da ação e da Representação para fins de comparativo. Então, o primeiro ponto em relação a esse Agravo é a necessidade de se verificar o cabimento da Representação, diante do artigo 184, especificamente, que veda a Representação para fins de defesa interesse pessoal. *Não é essa a competência constitucional do Tribunal de Contas. Para isso, existe o Poder Judiciário, e a empresa, inclusive, já o acionou. Ela está tentando, por duas vias, obter a suspensão do certame licitatório e ser classificada, porque, como já foi pontuado, no Poder Judiciário ela não conseguiu a satisfação dessa pretensão. E o segundo ponto que nos interessa frisar, é que a Vitória Luz é a vencedora do certame e não houve homologação desse certame*, desse resultado, e nem a assinatura do contrato, porque, antes disso, foi proferida uma decisão, justamente nesta Representação, impedindo a homologação do certame e a firmação do contrato, até que fosse realizada uma nova diligência, à despeito de já ter sido realizada uma diligência à época. Então, o que aconteceu aqui foi que, em razão da atuação da Salvador Engenharia em ofertar a Representação, em razão de ela ter conseguido uma medida liminar à despeito de ter constado o indeferimento no efeito prático mesmo, não houve a homologação da contratação. Então, vedar o ingresso da Vitória Luz a esse argumento, é deixá-la de “mãos atadas”, porque a própria decisão do Tribunal de Contas coibiu o que se entenderia por interesse jurídico. O deslinde normal de um processo de licitação é que, uma vez declarado vencedor, ele seja homologado e o contrato seja firmado. Então, se isso não veio a acontecer, porque uma decisão afetou esse curso normal, o interesse jurídico da Vitória Luz não é afastado! Ela tem interesse em ver o certame homologado e em ser contratada. A verificação de interesse jurídico dentro das Cortes de Contas, obedece ao mesmo critério que a verificação de interesse jurídico nas ações judiciais. E existe jurisprudência consolidada no STJ no sentido de que o vencedor do certame, independentemente de homologação e assinatura do contrato, tem interesse jurídico como terceiro interessado. E ainda, no sentido de que a não participação dele em mandados de segurança ou ações que discutem supostos vícios na licitação, gera nulidade do certame. Então, colacionamos em nosso pedido de intervenção como terceiro interessados inúmeros julgados do STJ, dizendo exatamente isso: que é essencial a participação do vencedor do certame, para o exercício do contraditório e da ampla defesa, como uma forma de legitimar essa decisão, e que sem ele a decisão seria nula e o processo teria que ser reaberto. Esse é o mesmo entendimento que tem que ser aplicado a esta representação. Não existe razão jurídica para que a Vitória Luz seja mantida fora desse certame que interfere diretamente na esfera jurídica da empresa, interfere diretamente na capacidade dela de exercer suas atividades no ramo. E não exige a razão para temer ao contraditório. Que fatos a Vitória Luz poderia trazer nesse processo que seriam prejudiciais? Nenhum! A Vitória Luz só pode trazer fatos que sejam benéficos à apuração da situação real, e que auxilie esta Corte de Contas a tomar a decisão mais fundamentada possível. Então, não há nenhuma razão nem jurídica, nem fática, para que ela seja mantida de fora do certame. Dito isso e para finalizar, só gostaria de pontuar que esta situação de inexecutabilidade da proposta da Salvador Engenharia perante um certame não é isolada. A própria Salvador Engenharia arrolou na petição inicial desta Representação, que o oferecimento de descontos é “gigantescos”, é uma prática corriqueira da empresa. Ela fez uma tabela contendo 15 certames realizados no Estado do Espírito Santo nos últimos 2 ou 3 anos, nos quais ela foi declarada vencedora com descontos acima de 60%, alguns chegando até 90%. Então, essa prática corriqueira, confrontamos com os relatórios emitidos pelo Sistema Geo-obras, Tribunal de Contas do Espírito Santo. Nessa tabela contendo 15 certames em que a Salvador Engenharia foi contratada com esses descontos tão vultuosos, 14 obras estão em atraso, várias delas tiveram pedidos de aditivo de valor e, em algumas delas, mais de um pedido de aditivo de valor. Então, o que conseguimos ver é que o município de Cachoeiro está se precavendo em relação a interesse público, porque não é de interesse público a contratação da melhor proposta, no sentido de menor preço. É de interesse público a contratação da proposta de menor preço, desde que ela seja possível de ser concretizada, porque contratar o menor preço para a obra obriga ficar em atraso, especialmente uma obra de iluminação pública que é em relação a todo o Município, ou para demandar aditivo de valor que, às vezes, irão passar o preço da segunda colocada, fere o interesse público. Então, temos que ter cuidado de colocar a situação que está sendo

examinada neste agravo, dentro de uma perspectiva maior, dentro de um contexto que revela os cuidados necessários com esta contratação. Todas essas informações que estou trazendo, inclusive os dados do Geo-obras, já estão nos autos. A petição em que se requereu o ingresso, que se requereu a inadmissão da representação. E submeto a Vossas excelências essa análise. Peço que se alguém tiver dúvidas sobre esses dados, que peça, respeitosamente, vistas dos autos e os analise com mais cautela, afim de que esta representação seja inadmitida, ou, subsidiariamente, que a Vitória Luz seja admitida no processo como terceiro interessado. – g.n.

Isto posto, necessário é analisar se estão presentes os requisitos de admissibilidade para o processamento do recurso.

Preliminarmente, necessário se faz avaliar o cabimento do Recurso de Agravo, notadamente os constantes do artigo 169, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado) e do artigo 419 da Resolução 261/2013 (Regimento Interno), a saber:

Art. 169. Das decisões interlocutórias caberá agravo, formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias contados da data da ciência da decisão, na forma estabelecida no Regimento Interno.

(...)

Art. 419. A petição de agravo conterà obrigatoriamente:

- I - a fundamentação de fato e de direito;
- II - as razões de reforma da decisão;
- III - (Revogado pela Emenda Regimental nº 010, de 26.3.2019).
- III - cópia da decisão agravada;
- IV - a notificação ou comunicação respectiva;
- V - a procuração outorgada pelo agravante, quando houver interveniência de procurador;
- VI - indicação das peças essenciais à compreensão da controvérsia. – g.n.

Desse modo, **constata-se que o presente recurso é cabível**, vez que sua interposição é em face de decisão interlocutória, conforme disposto no artigo 169, da Lei Complementar Estadual 621/2012, tendo sido protocolizado neste Egrégio Tribunal de Contas em **06/09/2019**, sendo que a notificação do acórdão recorrido, foi disponibilizada no Diário Oficial em **03/09/2019**, e considerada publicada, na data de **04/09/2019**, tendo o prazo para sua interposição vencido em 16/09/2019, conforme Despacho nº 48444/2019-4 (evento eletrônico nº 12).

Assim, denota-se que o presente recurso é **tempestivo**, vez que a recorrente dispõe de prazo de 10 (dez) dias para interposição, conforme prevê o artigo 415, do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

No que se refere ao pressuposto da legitimidade, cabe ressaltar que o Regimento Interno, Resolução TC nº 261/2013, assim preceitua, *litteris*:

[...]

Art. 395. O recurso deverá revestir-se das seguintes formalidades:

(...)

IV - ser firmado por quem tenha legitimidade e seja parte interessada;

(...)

Art. 396. Poderão interpor recurso:

(...)

II - os interessados, desde que alcançados pela decisão ou que demonstrem razão legítima para intervir no processo, observado o disposto no art. 159 da Lei Orgânica do Tribunal.

Embora a agravante tenha apresentado nos autos (Petição Intercorrente nº 25.267/2019-2 – evento nº 09), informação da ação Judicial nº 0009403-97.2019.8.08.0011, admitindo seu ingresso na condição de terceira interessada, calha dizer que esta Corte de Contas exerce as atribuições constitucionais expressamente previstas no artigo 70 da Carta Magna Federal, em conformidade com o Princípio da Independência das Instâncias, de forma que um mesmo ato poderá repercutir simultânea e independentemente nas esferas penal, civil e administrativa.

Cabe ressaltar que não constam das peças apresentadas pela agravante, comprovação de que houve homologação do certame e a assinatura do contrato, o que poderia ir em consonância com o pedido de admissão como terceira interessada.

Insta dizer que o direito de ação está intrinsecamente ligado às condições da ação, quais sejam: legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir, em que, esta última, fundamenta-se na demonstração da necessidade do pronunciamento da Corte no processo, da sua utilidade e da adequação da via eleita.

Os recursos, de forma geral, necessitam do implemento de alguns pressupostos para o seu conhecimento, assim, denominados por parte da doutrina como sendo pressupostos extrínsecos (tempestividade; regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo) e pressupostos intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse em recorrer).

Assim, os pressupostos recursais repousam no trinômio necessidade, utilidade e adequação, **a primeira**, refere-se ao fato da parte precisar da atuação desta Corte de Contas, em relação ao provimento pleiteado para a obtenção do pedido formulado, **a segunda**, a utilidade, diz respeito ao fato de que o processo deve conter em si utilidade para resolução da demanda objeto do pedido formulado, por último, **a terceira**, adequação, diz respeito ao fato de que o recurso deve ser o previsto na norma de regência para devolver a análise da matéria no caso em apreço.

Desse modo, não obstante ao cabimento e a tempestividade do presente agravo, constato que a agravante não é **parte legítima**, na forma do inciso IV, do artigo 395, e inciso II, do artigo 396, do Regimento Interno – Resolução TC 261/2013, portanto, o pressuposto da legitimidade não foi preenchido, motivo pelo qual entendo que o presente agravo não deve ser conhecido.

2. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Decisão que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO:

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 pelo relator, em:

1.1 NÃO CONHECER do agravo interposto pela Vitorialuz Construções Ltda, por não preencher o requisito de admissibilidade, relativo a ausência de legitimidade da agravante para interposição do presente recurso, pelas razões antes expendidas;

1.2 DAR CIÊNCIA aos interessados, apensando-se os presentes autos ao Processo TC nº 12.777/2019-9, após o trânsito em julgado, na forma do parágrafo único, do artigo 420, da Resolução TC nº 261/2013 – Regimento Interno.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 06/11/2019 – 39ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator).

4.2 Conselheira substituta: Márcia Jaccoud Freitas (convocada).

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Convocada

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária-adjunta das sessões