



Acórdão 00228/2020-5 - 2ª Câmara

Processo: 00562/2020-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: PMI - Prefeitura Municipal de Itapemirim, PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes

Relator: Domingos Augusto Taufner

Representante: NELSON DE SOUZA MILHORATO

REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM – PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES – NÃO CONHECER – ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação com pedido de cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Marataízes e Prefeitura Municipal de Itapemirim, noticiando a ocorrência de possíveis irregularidades nos Editais de Pregão 002/2019 – PMM, e Pregão 088/2019 – PMI, cujo objeto é a contratação de empresa para aquisição de produtos saneantes.

Alega o representante que os editais apresentam cláusulas restritivas e especificações direcionadas para os produtos comercializados pela Empresa Agropaulos Produtos Saneantes Ltda – ME, que há excesso de exigência de documentação e formalidades nos editais em benefício da referida empresa, e que por isso houve um número mínimo de participantes nos certames quando não, limitada somente a empresa contratada. Requerendo que esses procedimentos sejam declarados nulos, solicitando “providencias no sentido de cancelar os processos licitatórios”.

Os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF que elaborou a Manifestação Técnica nº 118/2020-9 (Doc. 4) opinando pelo não conhecimento da representação, indeferimento da cautelar e notificação dos responsáveis.

O Ministério Público de Contas através do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira elaborou o Parecer nº 521/2020-1 (Doc. 8) pugna pela notificação do Representante para que se manifeste a respeito as MT 1365/2019-7 objetivando sanar os vícios de conhecimento.

É o relatório. Passo a fundamentar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Os requisitos de admissibilidade da denúncia, encontram-se elencados no artigo 94 da Lei Complementar 621/2012, aplicáveis à representação, por força no disposto no artigo 101 do referido diploma legal, vejamos:

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.

Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, visando a resguardar o interesse público, sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante.

Parágrafo único. Aplicam-se à representação prevista nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Assim, é sabido que dentre os requisitos de admissibilidade da representação, consta expressa a exigência de ser redigida com clareza, apresentar elementos de convicção e estar acompanhada de indício de prova, sob pena de não conhecimento.

Contudo, o representante na exordial afirma que: ““Tem sido uma prática arbitrária recorrente por parte da Empresa Agropaulos Produtos Saneantes Ltda –ME, Produzido em fase anterior ao introduzir nos editais de vários municípios (...) cláusulas restritivas e descrição dos seus produtos que sua empresa é representante exclusiva, e que por isso a empresa estaria sendo favorecida, em restrição à concorrência”, porém não apresenta de forma clara quais especificações/descrições estariam contidas nos editais e que supostamente estariam direcionados à empresa contratada.

A equipe técnica destaca que o representante sequer anexou à exordial documento que prove suas alegações, como cópias de editais dos pregões mencionados, apresentou apenas transcrições de partes de editais. Como também, não anexou cópias de atas de abertura e julgamento das propostas, com fim de evidenciar a hipótese aventada de restrição à competitividade da licitação e direcionamento, uma vez ter afirmado que no edital somente uma empresa em questão se beneficia, alegando que teria constatado que “um número mínimo de participantes nos certames quando não se limita a somente esta empresa vendendo seus produtos ao preço que lhe convier”, da mesma forma que não comprovou eventuais interposições recursais aos editais e julgamentos de propostas, simplesmente alegou que “esses pregões foram impugnados e indeferidos suas impugnações”.

Assim, é inviável analisar supostas irregularidades nas quais não há documentos/elementos de provas anexados aos autos pelo representante. Não foi apresentado elementos suficientes para a formação de uma convicção a modo de se justificar uma concessão da cautelar requerida, como também de analisar possíveis irregularidades mencionadas pelo representante. Ressalto que o ônus probatório da presente hipótese cabe a quem afirma, o que não foi verificado no presente caso, pois, a representação carece de meios probatórios, sem a adequada verificação da autenticidade e verossimilhança das alegações. Nesse sentido cito o artigo 373 do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

- I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

A equipe técnica de acordo com o inciso I do referido artigo, destaca que os fatos relatados na petição inicial e que serve de fundamento para a alegada existência de relação jurídica e direito à tutela perseguida, devem ser comprovados pelo autor, citando a seguinte Jurisprudência:

Para que o autor seja o vencedor na demanda, deve comprovar (demonstrar) a veracidade dos fatos que trouxe aos autos para convencer o juiz de seu direito, ou seja, deverá evidenciar o direito e sua ligação com os fatos ocorridos (a própria constituição de seu direito).

Portanto, seu ônus seria o de provar a veracidade dos fatos trazidos, não como dever, mas para evitar uma consequência desfavorável que se apresenta inevitável, pois, diante da ausência de determinada prova, a parte onerada assume o risco de ter uma decisão contrária da pretendida.

Quando o CPC imputa ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, está possibilitando que este estructure os fatos nos moldes da essência que visa demonstrar, fazendo, assim, que a própria ligação direito-fato se constitua, nasça para o mundo jurídico.¹

E ainda, coleciona a título de exemplo algumas jurisprudências quanto a ônus da prova:

Recurso Especial nº 1849.486 SE (2019/0346040-7) Relator: Ministro Herman Benjamin. Decisão: “(...) Descumprimento pela autora do art. 373, I do CPC –Manutenção do comando sentencial. “(...) caberia a si o ônus da prova nos moldes do art. 373, I do CPC. É que toda proposição necessita de uma sustentação com base em fatores firmes e concretos, capazes de gerar veracidade ao fim que se

¹ <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/consideracoes-sobre-o-onus-da-prova-no-processo-civil/> Disponível em: Acesso em: 04 de fev de 2020

pretende, através de vias judiciais, e não se desincumbindo a autora do ônus probanti do fato constitutivo do seu direito...”²

Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul –TJ –MS –Apelação Civil AC 0837736-50.2016.8.12.0001. MS 0837736-50.2016.8.12.0001. 1ª Câmara Civil. “(...) aquele que relata os fatos e formula pretensão em juízo, deve fazer prova daquilo que alega, conforme assim disciplina o art. 373, I do CPC...”³

Pois bem. Tendo em vista que não há constatação das irregularidades afirmadas pelo representante, deve-se concluir não haver indício de prova capaz de fundamentar qualquer medida cautelar por parte desta Corte de Contas, ou mesmo dar continuidade à instrução processual.

Da análise da Representação em tela verifico que também se trata de matéria de direito subjetivo, tendo em vista o inconformismo da representante frente a uma suposta cláusula restritiva que beneficia uma única empresa, estando explícita a vedação de interposição de representação nesse sentido perante artigo 101 da LOTCEES:

Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, visando a resguardar o interesse público, **sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante.**

Com isso, tendo em vista tratar de direito subjetivo a representação e que não foram apresentados os elementos de convicção e nem indícios de provas, entendo não ser necessário a notificação do representante conforme entendimento do Ministério Público de Contas.

² Superior Tribunal de Justiça –Recurso Especial nº 1849.486 –SE (2019/0346040-7) Relator: Ministro Herman Benjamin – publicado no DJ de 03/02/2020

³ Mato Grosso do Sul –TJ –MS –Apelação Civil AC 0837736-50.2016.8.12.0001. MS 0837736-50.2016.8.12.0001. 1ª Câmara a Civil. Julgamento: 30/01/2020. Publicado em 03/02/2020

Desta forma, acompanhando o entendimento da área técnica, entendo que não foram cumpridos os incisos II, III e V, do artigo 94, da LC 621/2012, c/c o exposto no §1º do artigo 94 e artigo 101 da referida lei.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e divergindo do Ministério Público de Contas, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

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 Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo Relator:

1.1 Não conhecer a presente representação tendo em vista a ausência dos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 94, §1º e art. 101 da Lei Complementar 621/2012.

1.2 Dar ciência à representante acerca do teor da decisão final a ser proferida conforme artigo 307, §7º, da Resolução TC 261/2013;

1.3 Arquivar os presentes autos, nos termos do artigo 176, §3º, inciso I da Resolução TC 261/2013.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 04/03/2020 – 5ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador de Contas em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das sessões