



Acórdão 00271/2020-1 - Plenário

Processo: 00872/2020-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Sooretama

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: ALEZIANA TOZI PINTO

Responsável: ALESSANDRO BROEDEL TOREZANI, JOAO PAULO DA SILVA

Procurador: OZIEL NOGUEIRA ALMEIDA (OAB: 14388-ES)

**FISCALIZAÇÃO/REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA
MUNICIPAL DE SOORETAMA – NÃO CONHECER – DAR
CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

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

01. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, apresentada por Aleziana Tozi Pinto- ME (PJ), em face da Prefeitura Municipal de Sooretama, perante este Egrégio Tribunal de Contas, questionando irregularidades no Pregão Presencial 002/2020, cujo objeto é o registro de preços, para eventual e futura Aquisição de Gêneros alimentícios perecíveis (Pão Frances e Pão Brioche) “MENOR PREÇO POR LOTE”, com entrega parcelada, regido pelas disposições da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2.002, Decreto nº 7.892/13, Decreto nº 3.555/2.000 e suas alterações, Lei nº 8.666/1.993 (subsidiariamente), Lei Complementar 123/06, e, demais legislações pertinentes e, em conformidade com as disposições deste Edital e respectivo Anexo.

O ponto discutido refere-se à desclassificação da representante em razão da interpretação dos itens 9.3 e 9.7 do Edital.

Na Decisão Monocrática 00135/2020-2 o relator notificou o Prefeito Municipal e o Pregoeiro para se manifestarem e posterior remessa à área técnica para instrução. Os notificados apresentaram, repetidamente, as informações por meio dos Documentos Eletrônicos seguintes:

- Nº 12 - Defesa/Justificativa 00240/2020-6;
- Nº 13 - Defesa/Justificativa 00239/2020-3;
- Nº 14 - Resposta de Comunicação 00187/2020-1;
- Nº 15 - Defesa/Justificativa 00252/2020-9
- Nº 30 - Resposta de Comunicação 00186/2020-5;
- Nº 31 - Defesa/Justificativa 00251/2020-4;

Além disso, o Município de Sooretama encaminhou na Petição Intercorrente 00195/2020-4 (Documento Eletrônico n. 49), a cópia digitalizada do Pregão Presencial.

Instada a se manifestar, a Área Técnica, nos termos da **Manifestação Técnica 00964/2020**, sugeriu, nos termos do artigo 94, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, o não conhecimento da representação, tendo em vista se tratar de interesse subjetivo.

O Ministério Público Especial de Contas, através do **Parecer 01387/2020**, da lavra do Eminentíssimo Procurador Dr. Luciano Vieira, oficiou pelo CONHECIMENTO da representação e, no mérito que seja julgada IMPROCEDENTE, nos termos dos arts. 95, inciso I, e 101, parágrafo único, da LC n. 621/2012.

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Os requisitos de admissibilidade, estão previstos no artigo 177 c/c o parágrafo único do artigo 182 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013, que são os seguintes, *litteris*:

[...]

Art. 177. 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. 182. São legitimados para representar ao Tribunal:

- I - Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;
- II - Magistrados e membros do Ministério Público;
- III - responsáveis pelos órgãos de controle interno, em cumprimento ao art. 76, § 1º da Constituição Estadual;
- IV - Senadores da República, Deputados Federais, Estaduais e Vereadores;
- V - os Tribunais de Contas dos entes da Federação;
- VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;
- VII - unidades técnicas deste Tribunal;
- VIII - as equipes no exercício do controle externo, nos termos do art. 37, inciso II, da Lei Orgânica do Tribunal;
- IX - servidores públicos e outras autoridades que tenham conhecimento de irregularidades em virtude do exercício do cargo ou de função que ocupem;
- X - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de suas atribuições legais.

Parágrafo único. Aplicam-se às representações, no que couber, as normas relativas à denúncia. – g.n.

Neste contexto, o artigo 94 e 99, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, assim preceituam, *litteris*:

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. 99. Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando 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 revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

§ 1º Têm legitimidade para representar ao Tribunal:

I - Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

II - Magistrados e membros do Ministério Público;

III - responsáveis pelos órgãos de controle interno, em cumprimento ao artigo 76, § 1º, da Constituição Estadual;

IV - Senadores da República, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores;

V - Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

VII - unidades técnicas deste Tribunal;

VIII - as equipes de inspeção ou de auditoria, nos termos do artigo 37, inciso II desta Lei Complementar;

IX - servidores públicos e outras autoridades que tenham conhecimento de irregularidades em virtude do exercício do cargo ou da função que ocupem;

X - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de suas atribuições legais.

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

Os requisitos extrínsecos são aqueles que se referem às formalidades processuais, permitindo o desenvolvimento válido e regular do processo. Tais requisitos estão descritos nos incisos I a V. Verifica-se que os requisitos I, II, III e V restam cumpridos, considerando a peça apresentada pela representante e a documentação anexa (Documento Eletrônico n. 02 - Petição Inicial 00168/2020-7 e seguintes).

Além desses requisitos, pode-se dizer que existe um requisito intrínseco, trazido no caput do art. 94, que trata da competência do Tribunal de Contas. Melhor explicando, o art. 94 traz como requisito que as denúncias e representações que versem “*sobre matéria de competência do Tribunal*”.

O subscritor da Manifestação Técnica 964/2020, em sua análise, assim argumentou, *litteris*:

Das informações prestadas pela representante **é possível afirmar que não se trata de matéria dentre aquelas de competência do Tribunal de Contas.** Em suma, a discussão refere-se à sua participação no certame em razão das cláusulas 9.3 e 9.7 do edital tratarem das empresas que serão participantes da etapa de lances do pregão.

Vale afirmar que de acordo com as manifestações dos notificados, tais itens editalícios são cópia da regulamentação dos procedimentos de pregão, trazidos na Lei 10520/2002, conforme se extrai do Documento Eletrônico nº 12 (página 2):

Na verdade, o item editalício impugnado – supostamente ilegal pois capaz de mitigar a concorrência – é mera reprodução da regra obrigatória

prevista na Lei 10.520/2002 (“Lei do Pregão”), em seu art. 4º, como será detalhado.

Extrai-se das justificativas apresentadas as informações quanto ao item 9.3 do edital:

9.3. As propostas classificadas serão selecionadas para a etapa de lances, com observância dos seguintes critérios:

- a) Seleção da proposta de menor preço e as demais com preços até 10% (dez por cento) superior àquela;
- b) Não havendo pelo menos 03 (três) preços na condição definida na alínea anterior, serão selecionadas as propostas que apresentarem os menores preços, até o máximo de 03 (três). No caso de empate nos preços, serão admitidas todas as propostas empatadas, independentemente do número de licitantes.

Ou seja, estarão aptas a participar da fase seguinte de lances as empresas cujos preços forem inferiores ao limite de 10% (dez por cento) do menor preço ofertado, sendo que deve haver no mínimo 03 (três) participantes. No caso, foram selecionados os preços até esse limite, que compreendeu 03 (três) licitantes.

Ficaram “selecionadas” as propostas, a) CASA DO PÃO – R\$ 9,30, b) JS SANTOS – R\$ 9,90, e c) MC PADARIA – R\$ 10,00, por se acharem dentro do patamar (até 10% acima do menor preço) definido pelos dispositivos legais. Ainda, considerando que todas as empresas são enquadradas como ME/EPP, estiveram em igualdade de tratamento, inexistindo qualquer benefício a ser aplicado.

Quanto ao item 9.7, assim se manifestaram os notificados:

Quanto ao item 9.7 do edital, invocado pela Representante, inexistiu equívoco ou contradição. Basta uma leitura sistemática do edital, na ordem dos itens, para bem compreender bem o exposto. O referido item 9.7 do Edital diz:

9.7. Serão classificadas as propostas selecionadas e não selecionadas para a etapa de lances, na ordem crescente dos valores, considerando-se para as selecionadas o último preço ofertado. O item consta somente para espantar dúvidas acerca (i) do critério da seleção dos subsequentes na ordem crescente dos valores, e (ii) da necessidade de considerar, para as empresas “selecionadas” (dentro dos 10%), o último preço ofertado na disputa de lances – e não o valor que consta no envelope –; já quanto às empresas “não selecionadas” (acima dos 10%), se convocadas para

cumprir o objeto do pregão por conta da inabilitação de todas as "selecionadas", respeitando a ordem crescente dos valores, será considerado naturalmente o preço inicial do envelope, pois as "não selecionadas" não participam da fase de disputa de lances. Tudo como exigido pela Lei 10.520/2002 e replicado no edital.

Verifica-se que existe devida fundamentação para as cláusulas, de modo que a verificação do pedido da representante ultrapassa a competência desta Corte.

A fim de análise, vale cunhar a premissa de que cabe ao Tribunal de Contas a tutela do interesse público e resguardo do erário e não a tutela de interesse subjetivo de licitante.

Melhor explicando, as Cortes de Contas, instituições de atribuições constitucionais, são exercentes do controle externo, tendo como função a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Assim, tomando o rol de competências, atribuídas pelas respectivas constituições às Corte de Contas, inexistente a atuação na defesa de interesses eminentemente particulares.

Ao analisar pedido de reexame em denúncia, o Tribunal de Contas da União, ao proferir o Acórdão 48/2012 – Plenário, trouxe, por meio de sua área técnica, argumentos que podem trazer luz à presente análise. Passamos a transcrever as partes pertinentes:

Por oportuno, faz-se mister a elaboração de um breve comentário acerca da denúncia, aplicável à representação, instrumento colocado à disposição do cidadão ou do representante para o resguardo do interesse público. Inicialmente, frisa-se que, nos termos do art. 74, § 2º, da Carta Magna, "qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União".

Sem maiores delongas, ressalta-se que referido dispositivo almeja a proteção do erário, em face de irregularidades e ilegalidades que poderiam ocasionar lesões a ele. Assim, **estes instrumentos não podem servir para aqueles que se sentem prejudicados em face de uma decisão administrativa.**

[...] Do contrário, **os institutos da denúncia e representação poderiam se transformar em verdadeiros "Mandados de Segurança Administrativos" e permitir a tutela de interesses individuais.**

Assim, considerando que o interesse público já foi resguardado por ocasião das ações de controle empreendidas por este Tribunal, e tendo em vista que esse instituto não se presta para a tutela do interesse subjetivo da recorrente, resta evidente a ausência de legitimidade para a interposição do presente recurso.

Por derradeiro, esclarece-se que a recorrente pode buscar o seu pretense direito nas vias administrativa e judicial.

Em face do acima exposto, é que se propõe o não conhecimento do presente recurso, ante a ausência de legitimidade e interesse recursal, bem como pela impropriedade da denúncia como meio de tutela de interesse individual. (g.n.)

Nota-se **a preocupação do Tribunal de Contas da União em que os instrumentos da denúncia/representação transformem-se em verdadeiros mandados de segurança administrativos**. Por certo, o Tribunal de Contas não possui o papel de suplementar a atuação do Poder Judiciário, que também possui competências constitucionais inafastáveis.

De fato, quando são analisados procedimentos ou atos administrativos, a atuação da Corte de Contas poderá atingir a esfera jurídica de particulares, destinatários do ato ou integrantes do processo administrativo. Porém, tal fato se dará de forma reflexa, como consequência prática da determinação emitida pelo Tribunal de Contas, seja pela manutenção, seja pela suspensão ou, ainda, pela reforma do ato ou processo.

Tal entendimento encontra consonância com o Acórdão 2439/2013 emitido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, cujos excertos estão reproduzidos a seguir:

(...) o Tribunal está sendo acionado para resguardar suposto direito alheio, ou seja, numa situação em que não se mostra presente o interesse coletivo que justificaria a intervenção desta Corte de Contas.

(...) sabendo que não foram esgotados os canais de revisão perante a autoridade recorrida previstos na legislação específica – a Lei nº 10.520/2002, o Decreto nº 3.555/2000, o Decreto nº 5.450/2005 e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/1993 – dos atos que o representante entende contrários aos seus direitos, bem como, no caso de negativa de provimento, apelo ao órgão da Justiça competente, reforço a tese de que matérias da espécie não encontram espaço para apreciação nesta Casa, sob pena de representar avanço indevido nas atribuições que são próprias da unidade jurisdicionada ou do Poder Judiciário.

A apreciação e julgamento de direito subjetivo pelas Cortes de Contas implica na avocação inconstitucional de competências próprias do Poder Judiciário. O que geraria, também, afronta ao sistema constitucional de tripartição do poder.

Caso, na situação fática concreta, tenha ocorrido afronta a um direito subjetivo da Representante, é cabida a apreciação pelo Poder Judiciário, conforme determinação constitucional descrita no art. 5º, inciso XXXV:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Em consulta ao Sistema MapJuris verifica-se que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo em diversas oportunidades deixou de conhecer a denúncia ou representação, considerando não ser sua competência a análise de interesses subjetivos.

No ACÓRDÃO TC-1844/2015 – PLENÁRIO, ficou decidido o não conhecimento da representação por se tratar de interesse subjetivo da representante em relação ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro.

ACÓRDÃO TC-1844/2015 - PLENÁRIO

O presente cuida de expediente, posteriormente autuado como Representação, encaminhado a esta Corte de Contas pela empresa (...), pessoa jurídica de direito privado, em face da Secretaria Municipal de Saúde de Linhares, em decorrência do Pregão Presencial 4/2014, cujo objetivo foi a contratação de empresa especializada em serviço de vigilância armada, destinada a atender ao Hospital Geral de Linhares, pelo período de 12 meses, podendo ser prorrogado alegando.

Alega a recorrente, em síntese, ter vencido a disputa do mencionado Pregão, entretanto, o senhor Secretário Municipal de Saúde do Município se nega acolher pedido da empresa de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pelo advento de novas convenções coletivas, que trouxe mudanças nos encargos financeiros, resultando em elevação dos custos, conforme relatado na peça exordial.

Seguindo os trâmites regimentais, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Especial de Contas, considerando a possibilidade de a representação em questão tratar de interesse essencialmente privado da representante.

Para tanto, corroborando a esse posicionamento, transcreve o Acórdão 3.138/2013, Segunda Câmara, do Tribunal de Contas da União, in verbis:

(...) não há falar em este Tribunal tutelar interesses privados. Em que pese, por via transversa, eventual decisão do TCU beneficiar empresa representante que tenha noticiado possíveis irregularidades contratuais, há de sobrepujar o interesse público na análise de contratos firmados entre a Administração e o particular, pois o interesse mediato do instituto da representação discriminada no art. 113, § 1º, da Lei de Licitações, consiste em preservar, tutelar o interesse público e não o privado. Não identificado o interesse público na relação contratual, deve-se afastar a competência do TCU para analisá-la, por não ser o foro adequado. É nesse contexto que não verifico, no caso concreto, competência do TCU para adentrar a análise do multicitado contrato, por falta de pressuposto válido para o regular desenvolvimento do processo, qual seja o interesse público, já que prepondera, nestes autos, o interesse da Representante em ver tutelado interesse eminentemente privado da mesma. A jurisprudência é firme no sentido de não acolher requerimentos de tutela de interesses eminentemente privados, pois a competência outorgada a este Tribunal inclui apenas questões de interesse público, o qual não foi arguido nos autos. Apenas por isso, cabe tornar insubsistente a decisão recorrida, para que passe a não conhecer da representação interposta.

(...) ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-6301/2015, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia onde de novembro de dois mil e quinze, à unanimidade, não conhecer do feito, com base no artigo 94, § 1º e 101, parágrafo único, da Lei Complementar nº 621/2012, c/c o art. 177, § 1º, do RITCEES, arquivando-se os autos, após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro José Antônio Pimentel.

No ACÓRDÃO TC-2030/2015 – PLENÁRIO ficou entendido que a discussão quanto a habilitação de participante em edital de licitação refugia à competência do Tribunal, que não deve atuar na defesa de interesses particulares junto à Administração Pública.

ACÓRDÃO TC-2030/2015 - PLENÁRIO

Trata-se de representação formulada pelo Ministério Público Especial de Contas em que narra indício de irregularidade praticada pela Presidente da Comissão de Licitação do Município de Vitória no âmbito da

Concorrência Pública 1/2014, por meio do qual se objetivou a seleção de pessoas físicas para execução de serviço de transporte de passageiro em veículos de aluguel a taxímetro (serviço de táxi). Segundo se noticiou, a irregularidade teria decorrido da inabilitação indevida de um dos participantes, revelando indícios de restrição à competitividade do certame e violação ao princípio da vinculação do instrumento convocatório, em razão do que se requereu a concessão de medida cautelar para suspender o curso do procedimento, a determinação de anulação da decisão que inabilitou um licitante e a repetição de todos os atos subsequentes.

Submetido o feito ao Núcleo de Cautelares, a área técnica entendeu não terem sido atendidos os requisitos de admissibilidade da representação, pois o expediente limitou-se a tratar da inabilitação individual de um dos participantes, limitando a análise do feito à inabilitação individual de um participante, limitando-se o feito, portanto, ao pleito de interesse privado junto à Administração Pública de Vitória. Sendo assim, apoiando-se em entendimento já consolidado pelo Tribunal de Contas da União, o NCA aduziu que refoge ao rol de competências dos Tribunais de Contas atuar na defesa de interesses particulares junto à Administração Pública (...).

Nesses termos, entende-se pelo não conhecimento da denúncia, dado o não cumprimento dos requisitos de admissibilidade.

(...) ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-12525/2014, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia quinze de dezembro de dois mil e quinze, à unanimidade, não conhecer a presente Representação, arquivando-se os autos, nos termos do art. 94 §1º c/c art. 99 §2º da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), dando-se ciência ao Representante, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

Também no ACÓRDÃO TC-1056/2015 – PLENÁRIO decidiu-se que a advocacia de interesse particular da licitante não enseja a apreciação por parte deste Tribunal.

ACÓRDÃO TC-1056/2015 – PLENÁRIO

Tratam os presentes autos de representação interposta pela sociedade empresária (...) em 18/01/2012, sediada em São Paulo, contra os termos como redigido o edital PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2012 – PROC.

ADM. 17394/2011 (posteriormente n.ºs 18986/2011 e 1011/2012) – REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL AQUISIÇÃO DE MATERIAIS ELÉTRICOS instaurado pela Prefeitura Municipal de Itapemirim, alegando que a existência na especificação técnica nas luminárias públicas do acessório denominado “nível bolha” de que tratam o itens 12 e item 35 daquele editalício, fere o princípio da competição, podendo induzir a marcas de determinados fabricantes.

(...) Dos fatos apurados, trazidos pela municipalidade aos autos, ainda que inexistente manifestações técnicas, na forma usualmente adotadas para este tipo de processo na forma regimental, documentalmente temos como fatos incontestes que além da representante, vir perante esse Tribunal advogar interesse particular, sua “preocupação” não se consumou quanto a infringência ao princípio da competição, vindo a mesma ofertar seu produto por meio da (...), relativamente aos itens 12 e 35 do ato convocatório, não logrado êxito à contratação em razão do preço ofertado, quando da fase de lances. Dos fatos relatados, não há nenhum fato que enseje a necessidade de apreciação por parte desse Tribunal de Contas, em fase de interesse público envolvido nos autos, pressuposto básico à atuação do controle externo, uma vez que a tutela pretendida pela representante não se encontra no plexo de competências do TCEES, nos exatos termos do Acórdão n.º 2610/2014 – TCU – Plenário.

(...) ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-482/2012, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia vinte e um de julho de dois mil e quinze, à unanimidade, não conhecer a presente Representação em face da Prefeitura Municipal de Itapemirim, arquivando-se os autos após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges.

Por fim, vale trazer o mais recente ACORDÃO TC 00862/2018 – PRIMEIRA CÂMARA, em que o relator confirmou o posicionamento desta Corte:

[Direito processual. Representação. Admissibilidade. Competência do TCEES. Interesse privado. Não conhecimento]

ACORDÃO TC 00862/2018 – PRIMEIRA CÂMARA

Trata-se de representação formulada pela pessoa jurídica (...), em que alega irregularidades em torno do pregão presencial para registro de preços n.º 33/2017,(...)

Portanto, **estando incontestemente a absoluta incompetência desta Corte para a tutela de interesses e direitos particulares, proponho o não conhecimento do feito.** (g.n.)

Por fim, vale informar que a Lei Orgânica desta Corte de Contas foi recentemente alterada pela Lei Complementar Estadual n. 902/2019, passando a incluir no artigo 101 a vedação de interposição de representação em face de licitação para amparo de direito subjetivo. Colaciona-se a nova redação do artigo 101:

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.** (Redação dada pela LC nº 902/2019 – DOE 9.1.2019) (g.n.)

Nesses termos, entende-se pelo não recebimento da representação por se tratar de interesses subjetivos e particulares da empresa, sindicáveis perante o órgão judiciário competente.

Consequentemente, resta prejudicada a análise quanto à caracterização dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar.

Contrário ao posicionamento acima, o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 01387/2020, considerou que:

Ab initio, aduz-se que compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo decidir sobre representação que lhe seja encaminhada, nos termos do Regimento Interno (art. 1º, inciso XXV, da LC nº 621/12).

Além disso, preceitua o art. 100, parágrafo único, da LC n. 621/2012 que “aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.”

No caso vertente, observa-se da Petição Inicial 00168/2020-7 presentes os requisitos de admissibilidade elencados nos arts. 94 e 100, caput e parágrafo único, da LC n. 621/2012.

Com efeito, conforme ponderado na Manifestação Técnica 00964/2020-1, “a discussão refere-se à sua participação no certame em razão das cláusulas 9.3 e 9.7 do edital tratarem das empresas que serão participantes da etapa de lances

do pregão” e que [...] “tais itens editalícios são cópia da regulamentação dos procedimentos de pregão, trazidos na Lei 10520/2002”.(grifos no original)

Ora, os procedimentos previstos em lei existem justamente para se resguardar na licitação a observância aos princípios insertos no art. 3º da Lei n. 8.666/93, a saber: da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, do julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa.

Assim, há interesse público na apuração às transgressões das normas da Lei n. 10.520/02, ainda que natureza procedimentais.

Lado outro, quanto ao mérito, denota-se da Defesa/Justificativa 00240/2020-6 apresentada pela Administração licitante que as regras editalícias e atos do pregão objurgados foram praticados em estrita observância ao art. 4º da Lei n. 10.520/2002.

De mesmo modo, verifica-se que, não obstante a ausência de nota explicativa, o balanço patrimonial da empresa vencedora, JS SANTOS, foi analisado por um contador do município que o considerou idôneo.

Salienta-se que a promoção de diligência é incentivada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como ocorrido no Acórdão 2159/2016 do Plenário, que indicou caber ao pregoeiro o encaminhamento de “diligência às licitantes a fim de suprir lacuna quanto às informações constantes das propostas, medida simples que privilegia a obtenção da proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas”.

Deste modo, não se verifica ilegalidade no pregão atacado. Posto isso, o Ministério Público de Contas oficia pelo CONHECIMENTO da representação e, no mérito, seja julgada IMPROCEDENTE, nos termos dos arts. 95, inciso I, e 101, parágrafo único, da LC n. 621/2012.

Pois bem, o ponto discutido refere-se à desclassificação da representante em razão da interpretação dos itens 9.3 e 9.7 do Edital, sendo que de acordo com as manifestações dos notificados, tais itens editalícios são cópias da regulamentação dos procedimentos de pregão, trazidos na Lei 10520/2002, existindo devida fundamentação para as cláusulas, de modo que a verificação do pedido da representante ultrapassa a competência desta Corte.

Verifica-se que a matéria tratada não é de competência desta Corte de Contas, pois a insurgência da Representante se deu em razão de seu inconformismo em relação a sua desclassificação do certame.

O Acórdão TCU 8071/2010 – Primeira Câmara considerou que não é da competência do Tribunal de Contas a análise de interesses subjetivos, especialmente em se tratando de representação fruto de inconformismo com a desclassificação em procedimento licitatório.

O entendimento desta Corte de Contas, na mesma linha, é claro em reconhecer a sua incompetência em face de demandas que se restrinjam a tratar de interesses particulares. Nesse sentido, são os Acórdãos TC 00374/2019-4 –PRIMEIRA CÂMARA, 886/2015 (Processo TC 13.603/2015), 1125/2015 (Processo TC 8877/2014), ACÓRDÃO TC-069/2015–PLENÁRIO e ACÓRDÃO TC-785/2014 – PRIMEIRA CÂMARA.

Nesse contexto, é explícita a vedação de interposição de representação para amparar direito subjetivo no 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**. (Redação dada pela LC nº 902/2019 – DOE 9.1.2019) (g.n.)

Logo, a apreciação e julgamento de direito subjetivo por este Tribunal implica na avocação inconstitucional de competências próprias do Poder Judiciário, o que é incompatível com o regime jurídico de competências constitucionalmente outorgados a este Tribunal de Contas.

Nesse cenário, não merece ser conhecida a presente representação, restando ainda prejudicada a apreciação da medida cautelar pretendida.

Posto isto, acompanhando o entendimento técnico presente na **MT 964/2020**, entendo pelo não conhecimento da presente representação por se tratar de interesses subjetivos e particulares da empresa, sindicáveis perante o órgão judiciário competente, nos termos do artigo 94, § 1º e artigo 101, caput e parágrafo único da LC 621/2012.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, acompanhando o posicionamento da área técnica e divergindo do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua apreciação.

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 Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. NÃO CONHECER da presente Representação, nos termos do artigo 94, §1º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, tendo em vista se tratar de interesse subjetivo.

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados, **ARQUIVANDO-SE** os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 07/05/2020 – 4ª Sessão Extraordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICIOLITTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

LUIZ HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões