



Acórdão 00576/2020-2 - 2ª Câmara

Processo: 18514/2019-9

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMJ - Prefeitura Municipal de Jaguaré

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: VANESSA MARIA NAZARIO LISBOA

**CONTROLE EXTERNO –
FISCALIZAÇÃO/REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA
MUNICIPAL DE JAGUARÉ – NÃO CONHECER – DAR
CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

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

1. DO RELATÓRIO.

Tratam os autos de recebimento pela Ouvidoria desta Corte de Contas, de **notícia de irregularidade**, Manifestação 148/2019, enviada por pessoa física, na qual relata suposto indício de irregularidade no Pregão Presencial 16/2019 da Prefeitura Municipal de Jaguaré/ES, pelo fato da empresa TATA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS não ter sido incluída como participante na Ata do Pregão Presencial, afirmando ainda, que o item que continha o objeto relacionada à proposta encaminhada pela empresa foi considerada como deserta, bem como que o envelope com a documentação para participação da licitação foi enviado pelos correios (Peças 03 e 04).

Consta dos autos, que a Manifestação foi submetida ao Controle Interno da Prefeitura Municipal de Jaguaré, para que apresentasse esclarecimentos que julgasse necessários, tendo sido atendido, conforme resposta contida na Peça Complementar 28479/2019-6 e no Anexo 3438/2019-6 (Peças 06 e 07).

Em sua resposta, o Pregoeiro se manifesta afirmando que o não credenciamento da empresa se deu pelo descumprimento de cláusula editalícia, notadamente: “itens 6.2 e 6.3” que estabelecem: *item 6.2: Não serão aceitos os envelopes de Proposta de Preços e Documentos de Habilitação que não tenham sido protocolados no Setor de Protocolos da Prefeitura Municipal de Jaguaré; e item 6.3. Não serão aceitos envelopes de Proposta de Preços e Documentos de Habilitação enviados por correio, sedex ou deixados no Setor de Protocolos da PMJ*

Submetida a Manifestação ao conhecimento e deliberações da Presidência desta Corte de Contas, com fulcro no Art. 37 da Resolução TC nº 274/2014 (Peça 07), o processo foi autuado como Representação.

Instada a se manifestar, o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, nos termos da **Manifestação Técnica 00106/2020-6**, sugeriu, nos termos do artigo 94, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, o não conhecimento da representação.

O Ministério Público Especial de Contas, através do **Parecer 00396/2020-4**, da lavra do Eminentíssimo Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva anuiu ao posicionamento da Área Técnica.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. FUNDAMENTAÇÃO.

2.1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Preliminarmente, necessário se faz avaliar o atendimento aos requisitos de admissibilidade notadamente os constantes no artigo 101, da LC 621/2012 e no artigo 184 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013, que lista os legitimados a representaram ao Tribunal de Contas quando a representação for em face de licitação, ato e contrato, que assim dispõem:

LC 621/2012

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.

Resolução TC 261/2013

Art. 184. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal 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 Emenda Regimental nº 010, de 26.3.2019).

Ainda, os requisitos de admissibilidade também 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.

Conforme ressaltado pela área técnica, o representante não trouxe aos autos elementos de convicção quanto a possíveis irregularidades contidas no Pregão Presencial 16/2019, bem como não se vislumbra riscos ou potencial lesão ao interesse público pelas questões aqui tratadas, de modo que pudessem justificar a adoção de medidas por parte deste Tribunal.

A representante sustentou seu pleito no fato de não ter sido aceito o seu credenciamento no Pregão Presencial 16/2019, sem, contudo, fundamentar com elementos fáticos, legais e circunstanciais a suposta irregularidade, não restando comprovado/demonstrado qualquer prejuízo a competitividade do certame dela decorrente, bem como a inobservância dos princípios que regem o processo licitatório.

Além disso, a representante não trouxe elementos aptos a demonstrar que a contratação tenha sido, de alguma forma, lesiva ao interesse público e/ou desvantajosa para a administração.

Ademais, conforme se extrai da inicial, a própria representante dá a conhecer que os lotes dos quais houve interesse da empresa em participar, foram desertos, o que demonstra a desnecessidade da atuação deste Tribunal, evidenciando, no caso, a postulação de tutela de interesse privado.

Conforme acima citado, o artigo 184, da Resolução TC 261 estabelece que qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica, poderá representar ao Tribunal 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, o que de fato não restou demonstrado no caso em comento.

Vale enfatizar que a faculdade de denunciar/representar não visa à tutela de interesses particulares, de forma a propiciar a adoção/revisão de atos administrativos por este Tribunal quando não ficar evidenciada a preponderância do interesse público, como bem enfatizou o TCU no Acórdão 554/2018 – Primeira Câmara.

O subscritor da Manifestação Técnica 106/2020, em sua análise, assim argumentou, *litteris*:

Incumbir o Tribunal da análise dos administrativos praticados em processo licitatório, nos quais não se sobressaia o interesse público, tem, na prática, o efeito de transformá-lo em nova instância recursal dos certames instaurados nos diversos órgãos e entidades da administração pública, o que não encontra respaldo no direito pátrio.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica no sentido de que o patrocínio de interesses particulares não está afeto às suas competências (Decisão TCU 209/1999, 823/1999, 657/2000, 125/2001, 1438/2002, 2439/2013, dentre outras, todas do Plenário), conforme segue:

*Representação sobre pregão eletrônico realizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), para aquisição de embarcações para transporte escolar, **apontara pretensa irregularidade na inabilitação de empresa no certame. Sinteticamente, a representante defendeu que, “apesar de ter se sagrado vencedora do grupo II, itens 3 e 4 do pregão, haveria falha de interpretação do dispositivo legal utilizado para recusa de sua proposta para esse lote, ao inabilitá-la com base no art. 9º, III, da Lei 8.666/1993”.***

A inabilitação decorrerá de entendimento do FNDE de que a condição de um dos sócios da empresa inabilitada – como professor de instituição federal de ensino contratada pelo FNDE para a avaliação, inspeção e controle da qualidade dos protótipos das lanchas ofertadas pelos licitantes – reclamaria a incidência do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/93, que estabelece vedação à participação na licitação de servidor que integre o quadro funcional do contratante ou do responsável pelo processo licitatório.

*Em juízo de mérito, após tecer considerações acerca da aplicabilidade desse comando legal ao caso concreto, o relator consignou não perceber o atendimento pleno dos requisitos regimentais para a admissibilidade da representação "em face da consolidada jurisprudência do Tribunal, **no sentido de que refoge ao rol de competências do TCU atuar na defesa de interesses particulares junto à administração pública**". Destacou não verificar, na espécie, "situação de potencial prejuízo ao erário a ponto de justificar atuação deste Tribunal", sobretudo porque informações constantes da ata do pregão demonstravam que "o grupo II encontra-se suspenso, pendente de vencedor ou de possível recurso contra a decisão da inabilitação questionada, com previsão de retomada por meio de ata complementar ainda não publicada".*

Nesse passo, colacionando amplo painel da jurisprudência do TCU sobre a matéria, obtemperou que, no caso concreto, "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". E assinalou que "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".

*Por fim, concluiu que "**a matéria noticiada neste feito não oferece oportunidade ao exercício da competência conferida ao Tribunal de Contas da União pelo Texto Constitucional**", ressalvando, contudo, que "esta Corte poderá intervir no processo, em defesa do interesse público, diante de atos a serem praticados pelo FNDE, para prosseguimento do pregão relativo ao item em questão, que possam, de alguma forma, representar prejuízo para a Administração". Nesse sentido, o Tribunal, acolhendo a tese da relatoria, não conheceu da representação.*

Acórdão 2439/2013-Plenário, TC 009.707/2013-1, relator Ministro Valmir Campelo, 11.9.2013.

Além disso, esta Corte de Contas se pronunciou em vários momentos, sobre o mesmo espeque em diferentes Acórdãos:

*ACÓRDÃO TC-069/2015 – PLENÁRIO Cuidam os presentes autos de Representação formulada pela empresa (...), através de seu representante legal, recebida por esta Corte de Contas em 16/06/2014, sob o protocolo nº 7706/2014, (...). Compulsando-se os autos, verifico que assiste razão área técnica e ao Ministério Público Especial de Contas, quanto à extinção do processo sem resolução de mérito, com o consequente arquivamento dos autos, tendo a área técnica através do Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, nos termos da Instrução Técnica Conclusiva ITC nº 9275/2014, assim se manifestado: (...) o quadro fático foi alterado com o provimento do recurso do primeiro colocado, habilitando-o. Nesse sentido, não resta interesse-necessidade no presente processo e, por conseguinte, opina-se no sentido de que a Representação de que trata estes autos seja extinta, sem julgamento de mérito, tendo em vista a ocorrência da perda do objeto. **Ademais, verifica-se que a matéria tratada nesta representação é de cunho eminentemente privado, tratando-se de interesse privado da empresa representante.***

O representante não demonstrou o interesse público da questão posta em questionamento, mas apenas seu interesse privado em retirar o primeiro colocado do certame para vencer a licitação. (...) Em sendo assim, mostra-se correlata à situação ocorrida nestes autos, vez que houve alteração no quadro fático apontado na representação, o que constitui causa de extinção do processo sem resolução de mérito, razão pela qual, entendo que assiste razão a área técnica, nos termos da Instrução Técnica Conclusiva nº 9275/2014, e ao Ministério Público Especial de Contas, conforme manifestação à folha 36. Por todo o exposto (...), VOTO no sentido de que seja EXTINTO o processo sem resolução de mérito, com o consequente ARQUIVAMENTO dos autos, em razão da perda superveniente do objeto(...).

ACÓRDÃO TC-785/2014 – PRIMEIRA CÂMARA Trata-se de REPRESENTAÇÃO, com pedido de provimento cautelar para suspensão do Pregão Presencial 07/2014, promovido pela Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina, visando a aquisição de lâminas e similares para manutenção da frota de máquinas pesadas, oferecida pela empresa (...), em 27/02/2014, em face de supostas irregularidades no procedimento licitatório. (...) Considera a área técnica que a presente representação não deve

*ser conhecida por se tratar de defesa de interesses privados do representante junto à Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina, o que foge ao rol de competências do Tribunal de Contas. Isto porque o interessado não apontou possíveis irregularidades contidas no Edital do Pregão Presencial 07/2014, apenas apontou como irregularidade a arbitrariedade de extensão da punibilidade que ensejou a sua desclassificação. De fato, **refoge ao rol de competências do Tribunal de Contas atuar na defesa de interesses particulares junto à Administração Pública. Não se verifica situação de potencial prejuízo ao erário a ponto de justificar atuação deste Tribunal.** No caso concreto, o Tribunal está sendo acionado para resguardar suposto direito alheio. Ante o exposto, acompanhando a área técnica e o representante do Ministério Público de Contas, voto pelo não conhecimento da presente representação, na forma do art. 94, parágrafo primeiro da Lei Complementar Estadual nº 621/12.*

Conclui-se da análise que, a Representante não apresenta circunstâncias ou elementos de convicção sobre ocorrência de fatos de interesse público, não oferecendo, portanto, oportunidade ao exercício de competência conferida a este Tribunal de Contas, motivo pelo qual **opina-se pelo não conhecimento da Representação e o seu consequente arquivamento**, na forma do art. 94, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

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 não ter sido aceito o seu credenciamento no Pregão Presencial 16/2019.

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.

Posto isto, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, entendo pelo não conhecimento da presente representação, na forma do art. 94, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, por não apresentar circunstâncias ou elementos de convicção sobre ocorrência de fatos de interesse público, não oferecendo, portanto, oportunidade ao exercício de competência conferida a este Tribunal de Contas.

3. DISPOSITIVOS.

Ante o exposto, acompanhando o posicionamento da área técnica e 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 TC-576/2020:

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 não restarem cumpridos os requisitos de admissibilidade.

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

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 17/07/2020 – 12ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador de Contas em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das sessões