



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

TCEES TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: B3D58-54ADA-36401



Acórdão 01481/2020-2 - Plenário

Processo: 02351/2020-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: SEJUS - Secretaria de Estado da Justiça

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: NUTRICILIA ALIMENTACAO EIRELI

Responsável: LUIZ CARLOS DE CARVALHO CRUZ, CELSO DOS SANTOS JUNIOR

Procurador: ELENA MEIRELES RECO FERNANDES (OAB: 18796-ES)

CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – DIREITO SUBJETIVO DA REPRESENTANTE – INCOMPETÊNCIA DO TCEES – NÃO CONHECIMENTO – ARQUIVAMENTO.

1. É absoluta a incompetência desta Corte para tutela de interesse e direitos particulares, o que acarreta o não conhecimento da demanda, nos termos do Acórdão TC 00862/2018 – Primeira Câmara deste TCEES.
2. Sempre que ocorrer uma afronta a um direito subjetivo, o cidadão, poderá buscar no Poder Judiciário a reparação ou proteção aos seus direitos, com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, conforme determinação constitucional descrita no art. 5º inciso XXXV.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Trata-se de **Representação com pedido de cautelar**, formulada pela empresa Nutricilia Alimentação EIRELI - EPP, em que narra supostas irregularidades ocorridas no edital **Pregão Eletrônico nº 8/2020**, realizado pela **Secretaria de Estado da Justiça do Espírito Santo – SEJUS**, cujo objeto consiste na contratação de empresa para prestação de serviço continuado de nutrição e alimentação destinado aos presos da Penitenciária Semiaberta de Colatina - PSMCOL.

Em apertada síntese, alega a Representante que houve violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao entendimento das Cortes de Controle, em face da não apresentação de qualquer documento de habilitação da empresa que irá executar o contrato.

Ato contínuo, por meio da **Decisão Monocrática 0401/2020-1** (peça 09), **deixei** de apreciar a cautelar pretendida, assim como a admissibilidade da presente Representação, **determinando a notificação** dos Srs. **Luiz Carlos de Carvalho Cruz** – Secretário de Estado de Justiça e **Celso dos Santos Júnior** – Subsecretário de Estado para Assuntos Administrativos da SEJUS, para manifestação sobre as irregularidades apontadas.

Devidamente notificados, os Srs. **Luiz Carlos de Carvalho Cruz** e **Celso dos Santos Júnior** apresentaram a Defesa/Justificativa 406/2020-4 (peça 18), acompanhada das Peças Complementares 11.961/2020-1, 11.962/2020-4, 11.963/2020-9, 11.964/2020-3, 11.965/2020-8, 11.966/2020-2, 11.967/2020-7, 11.968/2020-1, 11.969/2020-6 e 11.970/2020-9.

Por conseguinte, os autos foram submetidos ao crivo do **Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF**, onde foi elaborada a **Manifestação Técnica de Cautelar 00032/2020-6** (peça 32), culminando na seguinte proposta de encaminhamento, *verbis*:

[...]

Assim, submetemos à consideração superior proposta de encaminhamento, com fundamento nos artigos 94, §1º, e 101, *caput* e parágrafo único, da LOTCEES, **pelo não conhecimento desta Representação**, por tratar-se de interesse subjetivo do representante, e, conseqüentemente, nos termos do inciso I do § 3º do artigo 176 do Regimento Interno do TCEES, aprovado pela Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013 (RITCEES), o arquivamento dos presentes autos.(g.n)

O Ministério Público de Contas, por meio do **Parecer 02446/2020-2** (peça 36), da **3ª Procuradoria de Contas**, da lavra do Procurador de Contas **Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira**, **divergindo** do posicionamento técnico, pugna pelo seguinte:

- a) Pela juntada aos autos da Petição protocolada sob o nº. 09025/2020-2;
- b) Pelo **Conhecimento** dos presentes autos como **Representação**, com base no artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/93¹ c/c artigo 184 da Resolução TC nº. 261/2013², considerando a existência de indícios de irregularidade no Pregão Eletrônico decorrente do **Edital nº. 008/2020** conduzido pela Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS;
- c) Pela subsequente **remessa do feito à Área Técnica** para que sejam apreciados os pressupostos de concessão da **medida cautelar** pleiteada;

II. FUNDAMENTOS

II.1 ADMISSIBILIDADE

Transcrevo em seguida, **excertos** da **Manifestação Técnica Cautelar n. 00032/2020-6**, onde destaco os pontos relevantes, **em negrito**, para tomar como razão de decidir.

O artigo 94 da Lei Complementar Estadual 621/2013, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (LOTCEES), apresenta os requisitos para admissibilidade das denúncias, aplicados às representações em face de licitações e contratos por força do parágrafo único do artigo 101 da LOTCEES:

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

¹ **Art. 113.** O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

² **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.
Disponível em: <<https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/formidable/108/Res261-REG-INT-Atualizada-ER-12-2020-Rev.-27.5.2020.pdf>> Acesso em: 30 jul. 2020.

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.

Tais requisitos, denominados **requisitos extrínsecos**, referem-se às formalidades processuais, de modo a permitir o desenvolvimento válido e regular do processo.

Considerando a Petição Inicial e as Peças Complementares apresentadas pela Representante, podemos constatar o cumprimento dos requisitos previstos nos incisos I, II, III e V do artigo 94.

Além desses requisitos, podemos extrair a existência de um **requisito intrínseco**, trazido no caput do artigo 94, **que registra que a admissibilidade é condicionada a versar sobre “matéria de competência do Tribunal” de Contas.**

Especialmente nas representações em face de licitações e contratos administrativos, o *caput* do **artigo 101 veda “sua interposição para amparar direito subjetivo do representante”.**

A partir das alegações da Representante, **é possível verificar que se trata de interesse subjetivo**, consistente na sua **expectativa de ser contratada pela Sejus, ainda que tenha sido classificada em 4º lugar no Pregão Eletrônico 8/2020.** A representante **busca atacar a decisão que habilitou a empresa MC Alimentação e Serviços Ltda. – EPP no procedimento licitatório.**

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 do direito da 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, **inexiste a atuação na defesa de interesses eminentemente particulares.**

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 07 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 N° 005/2012 – PROC. ADM. 17394/2011 (posteriormente n°s 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 nº 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, das informações prestadas, **verifica-se que a Administração já respondeu aos recursos apresentados pela Representante, com questionamentos assemelhados aos trazidos à apreciação deste Tribunal.**

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

Tendo em vista a ausência dos requisitos de admissibilidade, não se torna necessária a análise dos pressupostos da medida cautelar pleiteada.

Portanto, **decido acompanhar** o entendimento da Área Técnica, pelo **não conhecimento** da presente Representação.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **corroborando** com o entendimento técnico e **divergindo** do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto a sua consideração.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

ACÓRDÃO TC-1481/2020-2

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

- 1. NÃO CONHECER** da Representação, nos termos do artigo 94³, §1º, e art. 101⁴, parágrafo único da LC 621/2012;
- 2. Dar CIÊNCIA** aos interessados, na forma regimental;
- 3. ARQUIVAR** os autos após os trâmites legais.

2. Unânime

³ Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

[...]

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

⁴ 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)

3. Data da Sessão: 26/11/2020 - 45ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões