



Acórdão 01420/2021-4 - Plenário

Processos: 01235/2021-1, 02351/2020-6

Classificação: Pedido de Reexame

UG: SEJUS - Secretaria de Estado da Justiça

Relator: Marco Antônio da Silva

Interessado: NUTRICILIA ALIMENTACAO EIRELI, LUIZ CARLOS DE CARVALHO CRUZ, CELSO DOS SANTOS JUNIOR

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA)

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

**PEDIDO DE REEXAME – CONHECER – NEGAR
PROVIMENTO AO RECURSO - MANTER INCÓLUME
O ACÓRDÃO GUERREADO – DAR CIÊNCIA –
ARQUIVAR.**

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

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **PEDIDO DE REEXAME** interposto pelo **Ministério Público Especial de Contas**, por intermédio do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, em face do **ACÓRDÃO TC-1481/2020-2**, proferido nos autos do Processo TC 2351/2020-6 (Fiscalização / Representação), tendo o Colegiado do Plenário deliberado pelo não conhecimento da representação, nos termos do artigo 94, §1º, e art. 101, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual 621/2012.

O recorrente, em síntese, requer que o presente Pedido seja recebido e provido, reformando-se o Acórdão 1481/2020-Plenário, com fins de que seja conhecida a Representação, considerando a existência de indícios de irregularidade no Pregão

Eletrônico decorrente do Edital nº 008/2020 conduzido pela Secretaria de Estado da Justiça –SEJUS e a existência de interesse público na demanda.

Registre-se, que por meio da **Decisão Monocrática 00188/2021** (evento 05), conheci o presente Pedido de Reexame, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade, e determinei a Notificação dos Senhores **Luiz Carlos de Carvalho Cruz e Celso dos Santos Júnior**, para, **no prazo de 30 (trinta) dias**, facultar-lhes a apresentação de suas contrarrazões, em face do presente Pedido de Reexame interposto.

Na sequência, os gestores Luiz Carlos de Carvalho Cruz e Celso dos Santos Júnior foram notificados e apresentaram suas **CONTRARRAZÕES** acostadas aos eventos 14 a 37 e 40 a 63, respectivamente.

Instada a se manifestar, a Área Técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, através da **Instrução Técnica de Recurso 00262/2021** (evento 66), opinou pelo CONHECIMENTO do presente PEDIDO DE REEXAME e, no mérito, pelo seu PROVIMENTO, para que sejam REFORMADOS os termos do ACÓRDÃO 1481/2020.

O *Parquet* de Contas, por meio do **Parecer nº 04144/2021-7** (evento 70), da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuiu a proposta contida na Instrução Técnica de Recurso 00262/2021.

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Destaco que o presente recurso de **Pedido de Reexame**, interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, por intermédio do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, em face do **Acórdão TC nº 1481/2020-2 - Plenário**, é oriundo da representação constante do Processo TC nº 2351/2020-6, em apenso com pedido de medida cautelar, apresentado pela empresa Nutricilia Alimentação EIRELI - EPP,

em que narrou supostas irregularidades ocorridas no Edital Pregão Eletrônico nº 8/2020, sob o critério de julgamento de menor preço geral líquido por lote, 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*”.

Cabe informar que o Colegiado do Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas, nos termos do v. Acórdão atacado, assim deliberou, *litteris*:

[...]

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 94, §1º, e art. 101, parágrafo único da LC 621/2012;
 2. Dar **CIÊNCIA** aos interessados, na forma regimental;
 3. **ARQUIVAR** os autos após os trâmites legais.
2. Unânime

Em suas razões recursais, o recorrente pleiteia o provimento do v. Acórdão atacado, alegando o seguinte, *litteris*:

[...]

2 DOS FATOS

Conforme previsão editalícia (evento 8), a licitação realizada pela SEJUS pauta-se na modalidade Pregão Eletrônico, sob o critério de julgamento de “menor preço geral líquido por lote”.

A Representação suscita, inicialmente, que houve violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pela suposta irregularidade decorrente do desrespeito à observância do item 1.2.1 do Anexo VI do Edital nº. 008/2020, o qual disciplina que após a fase de disputa, o licitante vencedor deve apresentar documentos para a habilitação no certame e, no caso de o contrato vir a ser cumprido por filial da licitante, os documentos solicitados devem também ser apresentados pela filial executora do contrato.

Ocorre que, conforme narra a Representante, a empresa declarada vencedora do certame, **MC Alimentação e Serviços Ltda.** – EPP, não apresentou qualquer documento de habilitação da suposta filial que iria executar o contrato, ressaltando que, até a fase de habilitação, esta filial sequer existia juridicamente.

Complementa que a matriz tem sede em Vila Velha e, portanto, não cumpriria a previsão editalícia contida no item 7 do Anexo I-E, que exige tempo máximo de duração de 01h30min no transporte da alimentação até a Unidade destinatária para evitar Doenças Transmitidas por Alimentos – DTA's.

Traz, ainda, que a Equipe de Pregão, em decisão exarada em sede de recurso, sustentou inexistir irregularidade, posto que o referido Edital, no item **4.1.2.1.1 do Anexo I**, confere prazo de 60 (sessenta) dias para a mobilização após a assinatura do contrato. A Representante, entretanto, entende que este prazo existe para que a empresa possa se adequar às exigências de execução do contrato, como a quantidade de maquinário, matéria prima, pessoal etc., mas afirma ser *“incorreta e temerária a concepção de que esse prazo para a mobilização serviria para a abertura de uma filial da empresa, até então inexistente, que irá executar o contrato”* (evento 02, p. 7), até mesmo por entender que essa interpretação vai de encontro ao item **1.2.1 do Anexo VI do Edital nº. 008/2020**, que exige a apresentação de documentos da filial executora do contrato para a sua regular habilitação.

Relata, por conseguinte, que a **SEJUS** tem se utilizado erroneamente do Parecer PGE/PCA nº. 0176/2018 para convalidar violação ao edital, afirmando que o Egrégio Tribunal de Contas deveria avaliar a possibilidade de verificar os Contratos em que esta Unidade Gestora promove alterações, por meio de aditivo contratual, para que a execução dos serviços, da matriz licitante, passe a ser realizada por filiais que foram abertas e criadas somente após a homologação e assinatura do contrato.

Sustenta, em complementação, a presença de mais uma irregularidade, consistente na ausência de verificação do enquadramento da empresa vencedora, MC Alimentação e Serviços Ltda. – EPP, como Empresa de Pequeno Porte.

Reforçou que quanto a este ponto, a irregularidade foi mantida, afrontando o item **3.4 do Anexo VI do Edital nº 008/2020**, pois no momento da assinatura do contrato, novamente, não foi comprovada a condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou equiparadas.

Informou, ainda, que a empresa vencedora, no dia 16/04/2020, apresentou documento denominado “Faturamento dos Últimos 12 meses” para comprovar sua condição de empresa de pequeno porte, não apresentando, portanto, Demonstração do Resultado do Exercício – DRE, conforme disciplinado pelo item **3.3.1 do Anexo VI do Edital nº. 008/2020**.

Por derradeiro, afirma que não foi atendido o item **3.6 do Anexo VI do Edital nº 008/2020**, na medida em que a empresa vencedora apresentou apenas a 13ª alteração contratual consolidada, deixando de apresentar, portanto, o seu contrato social e demais alterações, tão quanto por a Certidão Simplificada da Junta Comercial apresentada ter sido expedida em 20/01/2020, o que viola o prazo máximo de 15 dias para expedição antes da data de abertura das propostas (13/02/2020) previsto no item **3.6 do Anexo VI do Edital nº 008/2020**.

Ante todo o exposto **em sede liminar**, a Representante requer que seja determinada a suspensão do contrato de prestação de serviços nº 005/2020 originado a partir do **Processo Licitatório nº. 008/2020** e, conseqüentemente, o início da execução dos serviços, até a decisão final de mérito.

Por fim, **no mérito**, requer que seja reconhecida a ilegalidade dos atos praticados no **Pregão Eletrônico nº. 008/2020**, sendo adotadas as medidas necessárias para a correção do procedimento a partir da fase recursal.

Após protocolização da Representação, os autos seguiram ao Gabinete do Conselheiro Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, que proferiu a Decisão Monocrática 401/2020-1 (evento 09), determinando:

[...] a **NOTIFICAÇÃO** dos senhores Luiz Carlos de Carvalho Cruz, Secretário de Estado de Justiça e Celso dos Santos Júnior, Subsecretário de Estado para Assuntos Administrativos da SEJUS (...)

Devidamente notificados, os Senhores **Luiz Calos de Carvalho Cruz e Celso dos Santos Júnior** apresentaram as suas justificativas, acompanhadas de documentos complementares comprobatórios (eventos 18 a 28).

Os autos seguiram novamente ao Gabinete do Conselheiro Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto que, por meio do Despacho 19370/2020-7 (evento 30), recebeu as documentações juntadas. Ato contínuo, foi proferido Despacho 19735/2020-6 encaminhando os autos ao **Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF**, para o prosseguimento da instrução processual.

No NOF, foi elaborada Manifestação Técnica Cautelar 32/2020-6 (evento 32), concluindo pelo não recebimento da Representação, com base no entendimento de que esta veicularia interesses subjetivos e particulares da licitante, conforme proposta de encaminhamento abaixo transcrita:

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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.

Nestes moldes, aportaram os autos no *Parquet* de Contas para manifestação. Antes da emissão do parecer, entretanto, houve o envio de *e-mail* à Secretaria do Ministério Público de Contas, às 17h31min do dia 29/07/2020, pela advogada da empresa representante **Nutricilia Alimentação Eireli**, Dra. Elena Meireles R. Fernandes, com o seguinte teor:

Prezada, boa tarde!

Conforme orientação por telefone, o presente e-mail visa o despacho da **petição protocolada, nesta data, sob o nº 09025/2020-2**, informando FATOS NOVOS nos autos do **processo nº 02351/2020-6**, concluso ao i. Procurador deste Ministério Público de Contas, **Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira**.

Conforme consta na referida petição, diante da não apreciação da medida cautelar requerida em sede da representação, a SEJUS deu continuidade ao processo licitatório com as ilegalidades apontadas, procedendo à contratação, autorizando a empresa declarada vencedora a iniciar a execução do contrato.

Ocorre que, mais uma vez, houve grave violação do instrumento convocatório, e do próprio contrato, pois a filial executora, não habilitada e recém constituída opera **SEM ALVARÁ SANITÁRIO E SEM ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO**.

(...)

É notório e irrefutável o interesse público envolvido em um processo licitatório em que se descumpra as regras do seu próprio edital, declara como vencedora empresa não habilitada, celebra contrato e autoriza o início da execução das atividades por empresa sem alvará de funcionamento, sem alvará sanitário e que dois dias após a assinatura contratual altera todo o seu quadro societário sem o devido procedimento administrativo.

Por tudo exposto é que requeremos, com a devida vênia, a manifestação deste i. *Parquet* de Constas no sentido da admissão da representação em análise e o urgente deferimento da medida cautelar pleiteada.

Elena Meireles R. Fernandes. OAB/ES 18.796. (27) 99976-3662

Por conseguinte, foi elaborado Parecer do Ministério Público de Contas 02446/2020-2 (evento 36) **divergindo** da conclusão e proposta de encaminhamento da **Manifestação Técnica Cautelar 32/2020-6**, diante do entendimento de que a Representação não se funda exclusivamente em interesse subjetivo ou privado do Representante, pugnano pela juntada aos autos da Petição protocolizada sob o nº. 09025/2020-2; pelo **conhecimento** dos autos como **Representação**, diante da existência de indícios de irregularidade no Pregão Eletrônico decorrente do **Edital nº. 008/2020** conduzido pela **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS**; e pela **remessa do feito à Área Técnica** para apreciação dos pressupostos de concessão da **medida cautelar** pleiteada.

Ato contínuo, foi realizada a juntada da **Petição Intercorrente 00587/2020-1** (evento 38) e demais documentos complementares (eventos 39 e 40) pela **Representante**, informando a existência de fatos novos, consistentes em ilegalidades, quais sejam, em síntese: **i)** a contratada teria iniciado a constituição da filial executora do contrato dois dias após a assinatura do contrato e, nesta mesma data, teria alterado o seu contrato social, excluindo todos os sócios e incluindo novos sócios, sem o devido procedimento administrativo; e **ii)** a empresa executora do contrato teria dado início à execução das atividades sem alvará sanitário e de funcionamento.

Diante do exposto, a **Representante** ressaltou ser notório e irrefutável a existência de interesse público em face das supostas irregularidades apontadas e reforçou o seu pedido de deferimento da medida cautelar pleiteada.

O processo foi incluído em Pauta na 45ª Sessão Ordinária do Plenário – Sessão Virtual que ocorreu no dia 26/11/2020, tendo o **Plenário** por meio Acórdão 01481/2020-2 (**Processo TC 02351/2020-6**), nos exatos termos preconizados no Voto do Relator 03880/2020-2 (evento 42) confeccionado pelo Conselheiro **Sergio Aboudib Ferreira Pinto**, **anuindo** ao posicionamento exarado na Manifestação Técnica Cautelar 32/2020-6 (evento 32) e em **divergência** ao Parecer do Ministério Público de Contas 02446/2020-2 (evento 36), decidido pelo **não conhecimento** da Representação, nos termos do artigo 94, §1º, e art. 10, parágrafo único da LC 621/2012, diante do entendimento de que esta trataria exclusivamente de interesses subjetivos e particulares da licitante. Confira:

(...)

Por fim, os autos foram remetidos a este Órgão Ministerial para **ciência do Acórdão 01481/2020-2 - Plenário (Processo TC 02351/2020-6)**.

3 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

3.1 DO NÃO CONHECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO PELO PLENÁRIO PELA SUPOSTA EXISTÊNCIA DE INTERESSE EXCLUSIVAMENTE SUBJETIVO NA REPRESENTAÇÃO

(...)

No caso em tela, o **Plenário no Acórdão 01481/2020-2 (Processo 02351/2020-6)**, em **divergência** ao posicionamento albergado pelo *Parquet* Contas no **Parecer do Ministério Público de Contas 02446/2020-2**, entendeu por **não conhecer** da Representação, nos termos do artigo 94, §1º, e art. 101, parágrafo único da LC 621/2012, pelo entendimento de que haveria incompetência absoluta da Corte de Contas, pois estaria ausente um requisito intrínseco de admissibilidade, na medida em que a pretensão da Representante estaria fundada exclusivamente em seus interesses subjetivos e particulares. Confira:

(...)

Verifica-se, portanto, que o **Plenário** não conheceu da Representação, com base na utilização do termo abstrato “*interesse subjetivo*”, sem explicitar de forma pormenorizada por qual motivo as supostas ilegalidades suscitadas pela Representante se amoldariam a esta hipótese legal de não conhecimento trazida na parte final do artigo 101, *caput*, da Lei Complementar nº 621/2012.

Em verdade, denota-se pela fundamentação exarada pelo **Plenário** que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, na análise dos requisitos de admissibilidade, tem chegado à errônea conclusão de que haveria **exclusivamente interesse subjetivo** envolvido quando uma Representação for proposta por licitante, o que vai totalmente de encontro ao disposto no artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/93 que confere expressamente legitimidade a **qualquer licitante** em representar aos Tribunais de Contas contra irregularidades na aplicação da Lei de Licitações e Contratos, em função do indubitável interesse público subjacente à fiscalização de eventuais condutas contrárias aos princípios basilares norteadores da Administração Pública. Veja-se:

(...)

Assim, a interpretação adotada pela Corte de Contas, em verdade, mostra-se contrária à *mens legis* das normas vigentes na Lei de Licitações e Contratos que regulamentam a temática, tendo em vista que esvazia completamente a possibilidade de aplicação do artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/93, por inviabilizar que **qualquer licitante** tenha sua Representação conhecida pelo Tribunal de Contas quando identificar irregularidades na Licitação da qual participa.

Ainda, pela interpretação adotada pela Corte de Contas, haveria um esvaziamento da norma da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – LOTCEES), considerando que na Subseção V – “Da Representação em Face de Licitação, Ato e Contrato”, o artigo 101 também prevê expressamente a possibilidade de **qualquer licitante** representar ao Tribunal de Da mesma forma, essa

interpretação teria o condão de esvaziar a norma contida no enunciado prescritivo do artigo 184 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (Resolução TC nº 261/2013), considerando que este possui a mesma redação do artigo 101 da LOTCEES, supratranscrito.

Ademais, como já foi salientado no **Parecer do Ministério Público de Contas 02446/2020-2**, a própria existência de um processo licitatório está vinculada à existência e observância dos princípios regentes da Administração Pública, mormente ao **Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público**, na medida em que a proposta a sagrar-se vencedora, após regular trâmite do procedimento licitatório, deverá ser aquela que melhor atenda ao interesse público.

Este entendimento, inclusive, está expressamente previsto pelo artigo 3º da Lei nº. 8.666/93, *in verbis*:

(...)

Assim, indene de dúvidas que a licitude da licitação constitui, antes de tudo, um **interesse direto da sociedade**, bem como **seu direito** de que a licitação seja “*processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos*”.

Logo, eventual participação da Representante no procedimento licitatório não pode levar à conclusão inexorável de que os fatos narrados constituiriam mero interesse privado, a visar a tutela de seu singular direito subjetivo, pois, ainda que a correção de possíveis vícios ou irregularidades possa eventualmente beneficiá-la, o faria apenas de forma indireta, reflexa.

Nesse ponto, interessante destacar que o **Acórdão 01481/2020-2 - Plenário** traz essa mesma conclusão em afirmação realizada no bojo da fundamentação. Veja-se:

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.

Entretanto, ao final, o **Plenário** entendeu que no caso em tela, haveria exclusivamente interesse subjetivo da Representante, conforme trecho da fundamentação abaixo transcrito que explicita e sintetiza o motivo concreto que levou ao não conhecimento da Representação no **Acórdão 01481/2020-2** (Processo 02351/2020-6):

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.

Ora. De acordo com a situação fática constante nos autos, como que seria possível afirmar que se trata de pretensão fundada em interesse subjetivo da Representante pela expectativa de ser contratada pela **SEJUS**, se a

Representante, conforme reconhecido neste mesmo excerto do *Decisum*, ficou classificada apenas em **4º lugar** dentre os participantes do certame?

Tem-se, claramente, que a fundamentação na decisão não se justifica, pois, dissonante dos fatos e argumentos jurídicos presentes no caso concreto em análise.

In casu, observa-se que mesmo que confirmadas as irregularidades e estas venham a ser sanadas, *a priori*, a Representante sequer teria direito subjetivo próprio resguardado, benefício direto ou reflexo proveniente de decisão deste Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, exatamente pela ordem da sua classificação.

Ademais, mister destacar que conquanto a Representante pudesse, por ventura, ser inclusive diretamente beneficiada pela decisão desta Corte de Contas, o que não se observa no presente caso, tal benefício resultaria da necessidade de correção de uma ilegalidade que não poderia ser negligenciada em função de eventuais benefícios que poderiam ser por ela auferidos direta ou indiretamente.

Por conseguinte, os vícios suscitados se referem à inobservância de disposições expressas do **Edital nº. 008/2020** da **SEJUS** e, ante a possibilidade de haver um desrespeito ao **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório** está-se a tratar de matéria de ordem pública e, nestes moldes, matéria também afeta à atividade de **Controle Externo** exercida, naturalmente, pelos **Tribunais de Contas**, cognoscível de ofício ou mediante **Denúncia/Representação** formulada por **quaisquer interessados**.

A este propósito, atende o feixe de competências atribuídas às Cortes de Contas enunciadas pelo artigo 1º, da Lei Complementar nº. 621/12, e na circunstância versada nestes autos em especial, o **inciso IX**, nomeadamente, versa acerca do poder-dever em "**fiscalizar procedimentos licitatórios**":

(...)

Ainda, tem-se que os indícios de irregularidade suscitados, atinentes ao procedimento licitatório deflagrado pelo **Edital nº. 008/2020** da **SEJUS**, **não se sujeitam a um juízo prévio de admissibilidade quanto à legitimidade do Denunciante ou Representante**, porquanto o que importa para o exercício do controle externo por parte desta egrégia Corte de Contas são os **fatos noticiados e não o noticiante** em si ou seus eventuais interesses privados ou direitos subjetivos que possam estar porventura envolvidos.

Assim, com base nessa premissa, sobreleva-se que os processos de **Denúncia e Representação** possuem um **caráter processual objetivo**, razão pela qual, inclusive, o noticiante não poderá dele desistir após a sua formulação, haja vista lastreados pelo interesse público.

É importante questionar nesse ponto: caso as mesmas irregularidades tivessem sido aventadas por meio de Denúncia ou Representação realizada por qualquer interessado, que não fosse um licitante, teria a decisão do Plenário se mantido no mesmo sentido pelo não conhecimento?

Com base na fundamentação exarada pelo **Plenário**, a resposta a essa indagação há de ser negativa, o que somente reforça e evidencia a necessidade de **reforma** do **Acórdão 01481/2020-2**, pois ao invés de serem analisadas as irregularidades e se estas guardam vinculação ao interesse

público, partiu-se da análise dos possíveis interesses subjetivos correlatos, com base na identificação de quem é a Representante.

Há, dessa forma, no *Decisum* uma patente inversão lógica na realização da interpretação normativa, pela ordem de preponderância que foi dada aos interesses envolvidos. Ao invés de, inicialmente, identificar se há interesse público nos fatos trazidos na Representação, o que por si só, seria suficiente para o seu conhecimento, independentemente de haver também um interesse subjetivo adjacente, parte-se de uma análise inicial pautada na existência ou não de qualquer interesse subjetivo da Representante, ignorando, assim, se porventura, há também qualquer interesse público presente na Representação.

Vê-se, pois, que no caso em análise, não há como sustentar que se está diante de pretensão fundada **exclusivamente** em interesse subjetivo ou privado da Representante, razão pela qual o **Acórdão 01481/2020-2 - Plenário** deve ser **REFORMADO**, para fins de que a Representação seja **conhecida**.

4 CONCLUSÃO

Ante os fatos e fundamentos colacionados, o Ministério Público de Contas **requer**:

4.1 seja **CONHECIDO** e **PROVIDO** o presente **Pedido de Reexame**, na forma dos arts. 152, II e 166 da Lei Complementar nº. 621/2012;

4.2 na forma do art. 156 da LC nº. 621/2012 sejam os responsáveis notificados para, desejando, apresentarem contrarrazões ao presente Recurso.

4.3 que o **Acórdão 01481/2020-2 - Plenário** seja **REFORMADO**, com fins de que seja **conhecida** a **Representação**, com base no artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/93 c/c artigo 184 da Resolução TC nº. 261/2013, considerando a existência de indícios de irregularidade no **Pregão Eletrônico** decorrente do **Edital nº. 008/2020** conduzido pela **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS** e a existência de interesse público na demanda;

Por derradeiro, com fulcro no inc. III do art. 41 da Lei 8.625/1993, bem como no parágrafo único do art. 53 da Lei Complementar nº. 621/2012, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica

Na sequência, através da Decisão Monocrática nº 00188/2021-2, conheci o presente recurso por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, razão pela qual entendo que deve ser mantido o conhecimento do recurso intentado, conforme antes decidido, devendo a referida decisão ser submetida ao Colegiado do Plenário para ratificação.

Cabe informar, que por meio da referida Decisão Monocrática, em homenagem aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, determinei a

notificação dos Recorridos, os senhores Celso dos Santos Júnior e Luiz Carlos de Carvalho Cruz, facultando-lhes que apresentassem contrarrazões.

Assim, os Recorridos apresentaram vasta documentação, constante dos eventos 14 a 37 e 40 a 63, alegando o seguinte, *litteris*:

(...)

DO MÉRITO

Em síntese, tratam os autos de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, subscrito pelo Procurador de Contas Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, em face do Acórdão TC nº 01482020-2 – Plenário, prolatado no Processo TC 02351/2020-6, relativo a Fiscalização/Representação, que assim deliberou:

(...)

Na ocasião da representação da empresa Nutricilia (Processo 02351/2020-6), resumidamente, a empresa alegava violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao atendimento das Cortes de Controle, em face da não apresentação de documento de habilitação da suposta empresa filial que irá executar o contrato, distância entre a empresa Matriz vencedora superior a 1h30min de distância da unidade prisional que seria servida a alimentação, ausência de enquadramento da empresa vencedora na modalidade de EPP e contrato social da empresa vencedora no ato da contratação.

Após análise em sessão de julgamento, os conselheiros, em unanimidade, acordaram pelo não conhecimento da representação, nos termos do artigo 94, §1º, e art. 101, parágrafo único da LC 621/2012, determinando o arquivamento dos autos.

Todavia, irresignada com a decisão, a empresa Nutricilia alega a ocorrência de fatos novos capazes de alterar o entendimento da Corte de Contas, informando nos autos que a empresa vencedora da licitação, MC ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA – EPP teria constituído filial 02 (dois) dias após a assinatura do contrato, bem como ter assinado o contrato com a Administração estando ausente o alvará sanitário.

Segundo Hely Lopes Meirelles¹, em nome do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, “o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação”.

Assim sendo, em atendimento ao Edital, a empresa MC Alimentação e Serviços LTDA – EPP, declarada vencedora do Edital de Pregão Eletrônico n.º 008/2020, conforme fls. 4392, apresentou adequadamente as documentações de acordo com a manifestação da 4ª equipe de pregão às fls. 434 e atendimento aos requisitos de qualificação técnica às fls. 435/436.

Ora, uma vez que a licitante é a matriz, tem-se que as documentações de habilitação jurídica e de regularidade fiscal e trabalhista devam referir-se à sede da empresa, não podendo os documentos serem apresentados parte em nome da matriz e parte em nome da filial. Tal entendimento encontra guarida em julgados do e. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo –

TCEES e no Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº 3056/2008 – Plenário:

14. Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.

15. Destaca-se, ainda, que há certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.

[...]

20. Pelo exposto, tanto a matriz, quanto à filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a fim de verificar a cumprimento dos requisitos de habilitação.

21. Caso comum, por força da necessidade de comprovação da regularidade fiscal, prevista no inciso IV do art. 27 da Lei n.º 8.666/93, é o de diversas empresas (filiais) apresentarem, para esse fim, documentos emitidos sob o CNPJ de suas matrizes, em razão de suas certidões estarem vencidas. Desse modo, alegam serem válidas tais certidões, uma vez que o recolhimento dos tributos e das contribuições federais é realizado de forma centralizada pela matriz, abrangendo, portanto, suas filiais.” (TCU. Acórdão nº 3056/2008 ...)

Segundo entendimento da Procuradoria Geral do Estado – PGE, exarada no Parecer PGE/PCA nº 00176/2018, de lavra do ilmo. Procurador Daniel de Castro Silva, no bojo do Processo Administrativo n.º 71016350:

De fato não se vislumbra óbice do ponto de vista dos princípios licitatórios quanto a possibilidade de execução do contrato por filial, tendo em vista que não foi o estabelecimento – matriz ou filial – que assinou o contrato, mas sim a pessoa jurídica.

Outro não é o entendimento do TCU, valendo a transcrição de recente julgado, sobretudo por ter apresentado de forma didática a problemática, senão vejamos:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. NÃO EXISTÊNCIA DO PERICULUM IN MORA. IMPROCEDÊNCIA. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RELACIONAMENTO ENTRE EMPRESA MATRIZ E FILIAIS PARA FINS LICITATÓRIOS. ARQUIVAMENTO. Considera-se improcedente representação, em razão da inexistência das irregularidades apontadas.

(...)

8. Inicialmente, tendo em vista que a matéria acerca do relacionamento entre empresa matriz e filiais para fins licitatórios ressoa-se do exame mais detido na doutrina administrativista pátria, fazemos aqui algumas considerações a respeito.

9. Conceitua-se matriz aquele estabelecimento chamado sede ou principal que tem a primazia na direção e ao qual estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.

10. Como filial, conceitua-se aquele estabelecimento que representa a direção principal, contudo, sem alçada de poder deliberativo e/ou executivo. A filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo, porque este estabelecimento possui poder de representação ou mandato da matriz; por esta razão, a filial deve adotar a mesma firma ou denominação do estabelecimento principal. Sua criação e extinção somente serão realizadas e efetivadas através de alteração contratual ou estatutária, registradas no órgão competente.

11. Deste modo, matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes a mesma pessoa jurídica, fato corroborado, inclusive, pelo art. 10, §1º, da Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007, *in verbis*:

‘Art. 10. As entidades domiciliadas no Brasil, inclusive as pessoas jurídicas por equiparação, estão obrigadas a inscreverem no CNPJ, antes de iniciarem suas atividades, todos os seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior.

§ 1º Para efeitos de CNPJ, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, móvel ou imóvel, próprio ou de terceiro, em que a entidade exerça, em caráter temporário ou permanente, suas atividades, inclusive as unidades auxiliares constantes do Anexo V, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias’.

(...)

13. A diferença entre matriz e filial ganha importância quando se refere ao regime tributário, tendo em vista que uma goza de autonomia em relação à outra. Assim sendo, é que se expede uma certidão negativa ou positiva para a matriz e outra para a filial. Nesse sentido, a título de exemplo, a matriz pode apresentar débito e a filial não, e vice-versa. Deste modo, para fins licitatórios, os documentos de habilitação de licitante devem ser apresentados em nome da matriz ou da filial, não sendo permitido apresentar parte em nome da matriz e parte em nome da filial.

14. *Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ. (grifo nosso)*

Desta forma, verifica-se que a diferenciação entre os estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica restringe-se, no campo do Direito Tributário/Fiscal, para fins tributários (responsabilidade tributária), ao passo que, no campo do Direito Civil, a distinção entre a personalidade jurídica da sociedade empresária e a pessoa física do sócio administrador só tem relevância sob a ótica patrimonial (responsabilidade civil).

Essa mesma lógica deve ser aplicada no âmbito das licitações e dos contratos administrativos. Logo, quando um dos estabelecimentos que constituem a pessoa jurídica participa da licitação (etapa pré-contratual),

todos os demais que a integram estão aptos a executar as obrigações contratuais, desde que comprove situação fiscal regular.

Acerca do tema, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n 3442/2013 – Plenário – TCU, concluiu que:

40. Convém destacar que, no âmbito de qualquer licitação pública, a fase de habilitação implica apurar a idoneidade e a capacitação de um licitante para contratar com a Administração Pública. Essa apuração é realizada com base na documentação apresentada pela empresa que efetivamente irá executar o objeto licitado. Isso implica dizer que, se uma determinada empresa é organizada sob a forma de uma matriz e diversas filiais, existe uma regra de apresentação da documentação de habilitação. Se for a própria matriz quem irá executar o objeto licitado, toda a documentação de habilitação a ser apresentada deverá ser expedida em nome da matriz. Por outro lado, se for uma das filiais quem irá efetivamente se obrigar perante a Administração, toda a documentação de habilitação deverá ser encaminhada em nome dessa filial. Esse entendimento está presente no Relatório e Voto dos Acórdãos 1923/2003 – TCU – 1ª Câmara e 652/2007 – TCU – Plenário. Assim, os mencionados atestados não poderiam ser considerados.”

Por sua vez, em que pese a distinção entre matriz e filial bem estabelecida na legislação e nas jurisprudências, conforme acima mencionados, tem-se que inexistente óbice para que a matriz participe da licitação e, posteriormente, dada logística e planejamento da empresa, o contrato seja executado pela filial, e vice-versa, procedendo-se aos devidos ajustes ao contrato através de Termo Aditivo Contratual.

Ora, limitar a participação da licitação a pessoas jurídicas que possuam matriz ou filial no exato local de execução do futuro contrato, pressupõe limitação à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, bem como tratamento desigual entre os concorrentes, violando assim os princípios da licitação estabelecidos no art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com

os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (*grifo nosso*)

Segundo Hely Lopes Meirelles³, ao lecionar sobre os princípios que regem a licitação, informa que:

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, §1º)

Por sua vez, Marçal Justen Filho⁴, destaca que, no momento da habilitação, especialmente no que tange à regularidade fiscal e trabalhista prevista no art. 29 da Lei 8.666/93, não há cabimento de o sujeito prevalecer-se da pluralidade de estabelecimentos para obter habilitação quando não preencher os requisitos para tanto e ainda explica:

A questão apresenta grande relevância, como se extrai de um exemplo prático. Suponha-se uma empresa cuja matriz se encontra em situação de irregularidade fiscal. Imagine-se a existência de uma filial, situada num Estado distante, que está em situação irregular. O sujeito pretende participar da licitação e deverá executar a prestação por meio da matriz, que se situa na mesma localidade da licitação. Mas a ausência de documentação fiscal conduzirá a inabilitação. Seria descabido que o sujeito apresentasse a documentação fiscal regular atinente à filial, precisamente porque a execução do contrato não será realizada mediante aquela unidade empresarial.

Essa interpretação não equivale a exigir que o licitante seja titular de uma filial no local em que será executada a prestação – solução inconstitucional e ilegal. O que se exige é que o sujeito comprove, e já estiver estabelecido no local em que será executada a prestação, a regularidade da situação fiscal dessa unidade. (*grifo nosso*)

Ora, evidencia-se do excerto acima, que a regularidade fiscal e trabalhista da filial (tal como é questionada pela requerente Nutricilia Alimentação EIRELI EPP) somente deve ser exigida quando a licitante já possuir filial no local em que será executada a prestação contratual, uma vez que não é lícito exigir previamente a existência de filial da empresa no local da prestação, sob pena da Administração praticar ato ilegal e vício do procedimento licitatório por violar o art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93.

De acordo com Justen Filho,

O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: (a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; (b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; (c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; e (d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.

Nesse sentido, dentre as limitações apontadas pelo Edital n.º 008/2020 que, segundo a requerente Nutricilia Alimentação EIRELI EPP não foi atendida pela empresa vencedora MC Alimentação e Serviços LTDA, é estar com tempo de deslocamento da refeição entre a matriz da empresa e a unidade prisional acima do limite máximo permitido, qual seja, 01h30min (uma hora e trinta minutos), conforme estabelecido no item 3.5.6.7, Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico.

Ocorre que, primeiramente, a empresa vencedora confirmou a intenção de instalar filial próximo à localidade da unidade prisional onde será a execução do contrato (fls. 485-verso/486).

Em segundo lugar, vale ressaltar que o item 4.1.2.1.1, do Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico possibilita a contratada a concessão do prazo de mobilização de até 60 (sessenta) dias, *in verbis*:

4.1.2.1.1 – À contratada será concedido o prazo de até 60 (sessenta) dias para mobilização, a contar do dia subsequente a publicação do resumo do contrato no Diário Oficial, condicionado ao requerimento formal no ato da assinatura do contrato.

Assim sendo, cumpre destacar que o edital não impede que a vencedora licitante crie filial durante o prazo de mobilização (item 4.1.2.1.1, do Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico), bem como disponha de instalações físicas e dependências para a execução do contrato, estabeleça quadro com pessoal técnico, operacional e administrativo e, posteriormente, havendo regularidade jurídica, fiscal e trabalhista, seja o contrato executado pela filial.

Certo é que, caso a matriz fosse estabelecida em local dentro dos limites territoriais/temporais estabelecido em contrato (distância inferior a 01h30min da unidade prisional), mas quisesse abrir filial em localidade mais próxima ainda à unidade prisional que será atendida pelo contrato, não haveria impedimento contratual, bem como a mudança para novo endereço e CNPJ seriam devidamente ajustados através de Termo Aditivo Contratual.

Por esse prisma, percebe que o Edital não estabelece discriminação, muito menos veda que a execução do contrato seja transferida da matriz para filial, ou vice-versa, desde que a alimentação seja preparada em localidade cuja distância não seja superior a 1h30min da unidade prisional a ser atendida.

Nesse sentido, tem-se que, conforme análise e manifestação da Equipe de Pregão às fls. 511/516 e 759/7606, a empresa MC Alimentação e Serviços LTDA atendeu rigorosamente as diretrizes do Edital de Pregão Eletrônico e apresentou corretamente as documentações em consonância às exigências do Edital não havendo ocorrência, absolutamente, de qualquer irregularidade no Pregão Eletrônico n.º 008/2020.

A despeito da alegação de ocorrência de fatos novos, convém destacar que se tratam de fatos decorrentes da abertura de filial por parte da empresa vencedora, o que já fora exaustivamente argumentado aqui, em atendimento à exigência do Edital n.º 008/2020, não havendo que se falar, efetivamente, em fatos novos.

Conforme informado pela GEFAP, a empresa MC ALIMENTAÇÃO requereu os alvarás sanitário e de funcionamento antes do início da execução do contrato. Por sua vez, a Vigilância Sanitária do Município de Colatina realizou a 1ª vistoria para concessão dos alvarás somente em 16/06/2020, tendo retornado para nova vistoria em 30/09/2020.

Vale ressaltar que, já na segunda vistoria, o órgão de vigilância sanitária constatou que a cozinha da empresa se encontrava em pleno funcionamento, não havendo qualquer manifestação contrária no sentido de impedir a continuidade dos trabalhos, o que demonstra que o funcionamento da cozinha era de prévio conhecimento do órgão fiscalizador.

Outrossim, é importante informar a esta r. Corte de Contas que, tal como fora feito representação por parte da empresa Nutricilia junto ao TCE/ES, também a empresa impetrou Mandado de Segurança no Poder Judiciário capixaba, sob o número n.º 0011046-17.2020.8.08.0024.

Todavia, em recente decisão do Colegiado da 4ª Câmara Cível, os desembargadores, em unanimidade, em sede de Agravo de Instrumento n.º 5002774-21.2020.8.08.0000, ratificando a liminar anteriormente concedida em favor da Secretaria, decidiram pelo provimento do recurso para reformar a decisão recorrida e indeferir a medida liminar, tendo em vista que a empresa Nutricilia não conseguiu demonstrar, à sociedade, a presença dos elementos que autorizam o deferimento de medida liminar em Mandado de Segurança, conforme ementa que transcrevo *ipsis litteris*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUADO DE NUTRIÇÃO E ALIMENTAÇÃO DESTINADO A PRESOS DA PENITENCIÁRIA SEMIABERTA DE COLATINA (PSM COL). REQUISITOS PARA HABILITAÇÃO X REQUISITOS PARA EXECUÇÃO. COMPETITIVIDADE DO CERTAME. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Licitação para contratação de empresa para prestação de serviço continuado de nutrição e alimentação destinado aos presos da Penitenciária Semiaberta de Colatina – PSM COL. Pregão Eletrônico n.º 008/2020-SEJUS. 2. Mandado de segurança impetrado pela quarta colocada no certame, com alegação de que o procedimento licitatório transcorreu com uma série de vícios que, ao final, serviriam para desclassificar a vencedora da licitação. 3. Regra editalícia que prevê que os serviços devem ser realizados a uma distância de no máximo 1h30min da unidade prisional. 4. Os licitantes, para se habilitarem no certame, não precisam ter estabelecimento com distância de no máximo 1h30min da unidade prisional; a regra prevista no edital não sugere critério de habilitação, mas, sim, de execução do contrato, tanto é que a contratada – e não a candidata – deveria assegurar essa referida distância para evitar doenças causadas no transporte dos alimentos. 5. Em tese, seria ilegal exigência editalícia de habilitação concernente à localização, haja vista contrariar o disposto no art. 30, §6º, da Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93). Precedente do c. STJ em hipótese semelhante. 6. Decisão reformada. 7. Recurso conhecido e provido.

(AI 5002774-21.2020.8.08.0000, 4ª Câmara Cível ...)

Convém reiterar que a decisão ora mencionada segue em anexo à presente manifestação (Anexo 7).

Por fim, mas não menos importante, o Pedido de Reexame questiona como seria possível o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF sugerir que uma empresa classificada em 4º lugar teria interesse subjetivo pela expectativa de ser contratada?

Ora, convém esclarecer que, caso a empresa Nutricilia alcançasse êxito em seu petítório, em tese, a Secretaria de Justiça não poderia, de igual modo, contratar as empresas classificadas em 2ª e a 3ª lugar em virtude da localização das matrizes, de modo que a empresa Nutricilia seria a próxima colocada, não restando, portanto, dúvida quanto ao interesse subjetivo da empresa Nutricilia na demanda.

DOS PEDIDOS

Pelos fatos e fundamentos acima expostos, venho requerer:

- 1) Recebimento e análise da presente contrarrazão, no âmbito do Processo nº 01235/2021-1, pelos motivos acima expostos;

2) Não seja provido o Pedido de Reexame, determinando extinção do processo por perda superveniente do objeto impugnado, na forma do art. 310, II, da Resolução TC nº 261/2013, haja vista o esclarecimento dos fatos e ausência de irregularidades no Pregão n.º 008/2020 conforme amplamente demonstrado e ratificado em recente Decisão em Agravo de Instrumento em plenário da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, que segue em anexo;

Instada a se manifestar, a Área Técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00262/2021, em síntese, assim opinou, *litteris*:

[...]

6- CONCLUSÃO

Considerando-se os argumentos fáticos e jurídicos apresentados, opina-se pelo CONHECIMENTO do presente PEDIDO DE REEXAME e, no mérito, pelo seu PROVIMENTO, para que sejam REFORMADOS os termos do ACÓRDÃO 1481/2020.

Por seu turno, o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer nº 04144/2021, opinou nos seguintes termos, *litteris*:

[...]

O Ministério Público de Contas, por meio da 3.ª Procuradoria de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, reiterando integralmente a Petição Recurso 00070/2021-1(evento 02), anui aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica de Recurso 00262/2021-1 (evento 66), cuja conclusão encontra-se abaixo transcrita

[...]

Ultrapassada esta fase, passo à análise do mérito recursal.

2.2. DO MÉRITO RECURSAL:

Depreende-se dos autos, que o elemento central do v. Acórdão 1481/2020 atacado (Processo 2351/2020) foi a preliminar “*suposta existência de interesse exclusivamente subjetivo*” da representante, não sendo discutido outras questões de mérito na presente peça.

Pois bem, extrai-se das contrarrazões dos Recorridos três pontos: **a)** a questão da participação da matriz ou da filial no certame e na execução contratual, **b)** do

indeferimento de medida liminar pelo poder judiciário em Mandado de Segurança e, c) da pretensão fundada exclusivamente em interesse subjetivo ou privado da Representante.

No primeiro item, os Recorridos alegam, com base no Acórdão TCU 3056/2008 – Plenário, que tanto a matriz quanto a filial podem participar da licitação e realizar o fornecimento, mas que “a regularidade fiscal” deve ser obtida junto “da empresa que fornecerá o objeto do contrato”. Para reforçar a tese, empresta da Procuradoria Geral do Estado – PGE o Parecer PGE/PCA nº 00176/2018, que faz referência a outro Acórdão do TCU.

Para os Recorridos, “limitar a participação da licitação a pessoas jurídicas que possuam matriz ou filial no exato local de execução do futuro contrato, pressupõe limitação à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração”, ferindo os princípios da licitação estabelecidos no artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 30 da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

(...)

Nesse sentido, dentre as limitações apontadas pelo Edital nº 008/2020 que, segundo a requerente Nutricilia Alimentação EIRELI EPP não foi atendida pela empresa vencedora MC Alimentação e Serviços LTDA, é estar com tempo de deslocamento da refeição entre a matriz da empresa e a unidade prisional acima do limite máximo permitido, qual seja, 01h30min (uma hora e trinta minutos), conforme estabelecido no item 3.5.6.7, Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico.

(...)

Com relação ao segundo item “do indeferimento de medida liminar pelo poder judiciário em Mandado de Segurança”, nas contrarrazões os Recorridos informam que além da representação neste Egrégio Tribunal de Contas, a empresa Nutricilia, impetrou Mandado de Segurança no Poder Judiciário capixaba, tombado sob o número nº 0011046-17.2020.8.08.0024.

Entretanto, em sede de Agravo de Instrumento nº 5002774-21.2020.8.08.0000 interposto pela empresa Nutricilia Alimentação Eirele – EPP, em face do Estado do Espírito Santo, relativamente ao Pregão Eletrônico nº 0008/2020 – SEJUS, o Colegiado da 4ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em unanimidade, ratificou a liminar anteriormente concedida em favor da SEJUS, decidindo pelo provimento do recurso para reformar a decisão recorrida e indeferir a medida liminar, conforme informações da Peça Complementar nº 25.518/2021-9 (evento 15), vejamos:

[...]

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRONICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUADO DE NUTRIÇÃO E ALIMENTAÇÃO DESTINADO A PRESOS DA PENITENCIÁRIA SEMIABERTA DE COLATINA (PSMCOL). REQUISITOS PARA HABILITAÇÃO X REQUISITOS PARA EXECUÇÃO. COMPETITIVIDADE DO CERTAME. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Licitação para contratação de empresa para prestação de serviço continuado de nutrição e alimentação destinado aos presos da Penitenciária Semiaberta de Colatina — PSMCOL. Pregão Eletrônico nº 008/2020-SEJUS. 2. Mandado de segurança impetrado pela quarta colocada no certame, com alegação de que o procedimento licitatório transcorreu com uma série de vícios que, ao final, serviriam para desclassificar a vencedora da licitação. 3. Regra editalícia que prevê que os serviços devem ser realizados a uma distância de no máximo 1h30min da unidade prisional. 4. Os licitantes, para se habilitarem no certame, não precisam ter estabelecimento com distância de no máximo 1h30min da unidade prisional; a regra prevista no edital não sugere critério de habilitação, mas, sim, de execução do contrato, tanto é que a contratada — e não a candidata — deveria assegurar essa referida distância para evitar doenças causadas no transporte dos alimentos. 5. Em tese, seria ilegal exigência editalícia de habilitação concernente a localização, haja vista contrariar o disposto no art. 30, § 6º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93). Precedente do o. STJ em hipótese semelhante. 6. Decisão reformada. **7. Recurso conhecido e provido.** (AI 5002774-21.2020.8.08.0000, 4ª Câmara Cível, Desembargador Arthur José Neiva de Almeida).

No que se refere ao terceiro item “da pretensão fundada exclusivamente em interesse subjetivo ou privado da Representante”, os Recorridos, em síntese, alegam:

[...]

Ora, convém esclarecer que, caso a empresa Nutricilia alcançasse êxito em seu petítório, em tese, a Secretaria de Justiça não poderia, de igual modo, contratar as empresas classificadas em 2ª e a 3ª lugar em virtude da localização das matrizes, de modo que a empresa Nutricilia seria a próxima colocada, não restando, portanto, dúvida quanto ao interesse subjetivo da empresa Nutricilia na demanda.

No entendimento da Área Técnica, o Acórdão 1481/2020, anuindo os termos da Manifestação Técnica de Cautelar 32/2020, decidiu “não conhecer da Representação, nos termos do artigo 94, §1º, e artigo 101, parágrafo único da Lei Complementar Estadual 621/2012”, que por consequência, houve a interposição desse recurso, que assim concluiu:

- a) Concluiu pela “errônea conclusão de que haveria **exclusivamente interesse subjetivo** envolvido quando uma Representação for proposta por licitante, o que vai totalmente de encontro ao disposto no artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/93 que confere expressamente legitimidade a **qualquer licitante** em representar aos Tribunais de Contas contra irregularidades na aplicação da Lei de Licitações e Contratos, em função do indubitável interesse público subjacente à fiscalização de eventuais condutas contrárias aos princípios basilares norteadores da Administração Pública”;
- b) Que “eventual participação da Representante no procedimento licitatório não pode levar à conclusão inexorável de que os fatos narrados constituiriam mero interesse privado, a visar a tutela de seu singular direito subjetivo, pois, ainda que a correção de possíveis vícios ou irregularidades possa eventualmente beneficiá-la, o faria apenas de forma indireta, reflexa”;
- c) “Que a fundamentação na decisão não se justifica, pois, dissonante dos fatos e argumentos jurídicos presentes no caso concreto em análise”, já que a “Representante (...) ficou classificada apenas em 4º lugar dentre os participantes do certame”, a qual “sequer teria direito subjetivo próprio resguardado, benefício direto ou reflexo proveniente de decisão deste Tribunal”;
- d) Que, antes de reconhecer qualquer subjetividade por parte da Recorrente, há a “necessidade de correção de uma ilegalidade que não poderia ser negligenciada em função de eventuais benefícios que poderiam ser por ela auferidos direta ou indiretamente”, pois “os vícios suscitados se referem à inobservância de disposições expressas do Edital nº. 008/2020 da SEJUS e, ante a possibilidade de haver um desrespeito ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório está-se a tratar de matéria de ordem pública”;

e) Que “os indícios de irregularidade suscitados, atinentes ao procedimento licitatório deflagrado pelo Edital nº. 008/2020 da SEJUS, não se sujeitam a um juízo prévio de admissibilidade quanto à legitimidade do Denunciante ou Representante, porquanto o que importa para o exercício do controle externo por parte desta egrégia Corte de Contas são os fatos noticiados e não o noticiante em si ou seus eventuais interesses privados ou direitos subjetivos que possam estar porventura envolvidos”, especialmente porque “os processos de **Denúncia e Representação** possuem um **caráter** processual **objetivo**, razão pela qual, inclusive, o noticiante não poderá dele desistir após a sua formulação, haja vista lastreados pelo interesse público”;

f) Por fim, o MPC questiona: “caso as mesmas irregularidades tivessem sido aventadas por meio de Denúncia ou Representação realizada por qualquer interessado, que não fosse um licitante, teria a decisão do Plenário se mantido no mesmo sentido pelo não conhecimento”.

As irregularidades apontadas pela representante do Processo TC 2351/2020 foram as seguintes:

a) A não apresentação de qualquer documento de habilitação da suposta filial (ainda inexistente até a fase habilitatória) executora do contrato, conforme exigência editalícia prevista no item 1.2.1 do anexo VI:

1.2.1 -Caso o objeto contratual venha a ser cumprido por filial da licitante, os documentos exigidos neste item também deverão ser apresentados pela filial executora do contrato, sem prejuízo para a exigência de apresentação dos documentos relativos à sua matriz.

b) A utilização indevida/equivocada do parecer PGE/PCA nº 0176/2018;

c) A não verificação adequada do enquadramento da empresa vencedora, conforme exigência editalícia;

d) O não atendimento ao item 3.6 do edital pela empresa declarada vencedora;

e) O não cumprimento das disposições editalícias previstas quando da assinatura do contrato - item 3.4 do anexo VI.

Assim sendo, entendeu a Área Técnica que não se nega haver algum interesse subjetivo por parte da empresa Nutricilia Alimentação Eirele – EPP. No entanto, fundamenta que há uma possível restrição à concorrência pelo descumprimento das cláusulas editalícias, tais como: **a)** ausência de documentos para habilitação da filial, futura executora do contrato **b)** ausência de verificação do enquadramento da empresa vencedora, **c)** ausência de comprovação da condição de microempresa, de

pequeno porte ou equiparadas e **d)** ausência de contrato social e demais alterações da empresa – todas exigências editalícias, não atendidas pela empresa contratada e abonadas pela CPL e pela SEJUS.

Neste contexto, informa que há um risco de potencial prejuízo ao erário, sendo evidente o interesse público, que se sobressai ao interesse subjetivo da empresa Recorrente, de forma que a matéria se conforma às competências atribuídas a esta Corte, não havendo motivos para que as possíveis irregularidades não sejam apuradas na forma regimental.

Informa a Área Técnica que a conclusão do Acórdão 1481/2020 pelo não conhecimento da representação por uma tese preliminar, a de que o recurso estaria objetivando exclusivamente a tutela de “interesses subjetivos e particulares da licitante”, não tendo sido debatido os cinco itens supostamente irregulares apontados na Representação relativos ao Pregão Eletrônico 08/2020.

Ressalta a Área Técnica, que tais evidências não significam a comprovação de atos ilícitos, mas são bastantes para exigir a atuação desta Corte na fiscalização do citado Edital do Pregão Eletrônico 08/2020 para, de forma mais aprofundada, verificar a conformidade da contratação, sendo evidente o interesse público envolvido.

Pois bem

Com o devido respeito ao entendimento exarado pelo Ministério Público de Contas, ora recorrente, acompanhado pela ITR 262/2021, penso que o Acórdão recorrido deva ser integralmente mantido, o que passo a explicar.

É sabido que o interesse exclusivamente subjetivo do representante é uma situação de difícil análise, devendo ser analisado o caso concreto. O primeiro ponto a ser abordado é a alegação do MPC de que não haveria motivos para classificar a atuação da representante como interesse subjetivo, pois esta teria sido classificada em 4º lugar dentre os participantes do certame, ou seja, haveriam na ordem de classificação outras duas empresas para serem chamadas antes dela.

Ocorre que, conforme pontuado pelas Contrarrazões (evento 14), caso a empresa Nutricilia alcançasse êxito em seu petítório, em tese, a Secretaria de Justiça não

poderia, de igual modo, contratar as empresas classificadas em 2ª e a 3ª lugar em virtude da localização das matrizes, de modo que a empresa Nutricilia seria a próxima colocada. Isso por si só, já indica uma certa restrição que a interpretação mencionada pela representante poderia causar.

O objeto central da representação envolve a necessidade ou não da filial, os outros pontos possuem relação direta com esta.

Entendo que há uma cláusula editalícia a permitir a instalação de filial posteriormente, **o que de fato foi feito**, como bem explicado nas contrarrazões (evento 14):

Ocorre que, primeiramente, a empresa vencedora confirmou a intenção de instalar filial próximo a localidade da unidade prisional onde será a execução do contrato (fls. 485-verso/486).

Em segundo lugar, vale ressaltar que o item 4.1 .2.1 .1, do Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico possibilita a contratada a concessão do prazo de mobilização de até 60 (sessenta) dias, in verbis:

4.1.2.1.1 — ã contratada será concedido o prazo de até 60 (sessenta)dias para mobilização, a contar do dia subsequente a publicação do resumo do contrato no Diário Oficial, condicionado ao requerimento formal no ato da assinatura do contrato.

Assim sendo, cumpre destacar que o edital não impede que a vencedora licitante crie filial durante o prazo de mobilização (item 4.1 .2.1 .1, do Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico), bem como disponha de instalações físicas e dependências para a execução do contrato, estabeleça quadro com pessoal técnico, operacional e administrativo e, posteriormente, havendo regularidade jurídica, fiscal e trabalhista, seja o contrato executado pela filial.

Outros pontos abordados pela representante possuem relação com a filial criada, como o alvará da vigilância sanitária do Município de Colatina que só seria concedido após abertura da filial, o que foi realizado, conforme informado nas contrarrazões:

Nesse sentido, tem-se que, conforme análise e manifestação da Equipe de Pregão às fls. 511/516 e 759/7606, a empresa MC Alimentação e Serviços LTDA atendeu rigorosamente as diretrizes do Edital de Pregão Eletrônico e apresentou corretamente as documentações em consonância às exigências do Edital não havendo ocorrência, absolutamente, de qualquer irregularidade no Pregão Eletrônico nº 008/2020.

A despeito da alegação de ocorrência de fatos novos, convém destacar que se tratam de fatos decorrentes da abertura de filial por parte da empresa vencedora ,o que já fora exaustivamente argumentado aqui, em atendimento à exigência do Edital nº 008/2020, não havendo que se falar, efetivamente, em fatos novos.

Conforme informado pela GEFAP, a empresa MC ALIMENTAÇÃO requereu os alvarás sanitário e de funcionamento antes do início da execução do contrato. Por sua vez, a Vigilância Sanitária do Município de Colatina realizou a 1ª vistoria para concessão dos alvarás somente em 16/06/2020, tendo retornado para nova vistoria em 30/09/2020. Vale ressaltar que, já na segunda vistoria, o órgão de vigilância sanitária constatou que a cozinha da empresa se encontrava em pleno funcionamento, não havendo qualquer manifestação contrária no sentido de impedir a continuidade dos trabalhos, o que demonstra que o funcionamento da cozinha era de prévio conhecimento do órgão fiscalizador.

Por fim, no que pese a independência entre as instâncias jurisdicional e a oriunda desta Corte de Contas, cabe pontuar que o colegiado da 4ª Câmara Civil, em unanimidade, em sede de Agravo de Instrumento n.º 5002774-21.2020.8.08.0000, ratificando a liminar anteriormente concedida em favor da Secretaria, decidiram pelo provimento do recurso para reformar a decisão recorrida e indeferir a medida liminar, tendo em vista que a empresa Nutricilia não conseguiu demonstrar, a saciedade, a presença dos elementos que autorizam o deferimento de medida liminar em Mandado de Segurança,

Desse modo, pelos elementos constantes dos autos e pelas considerações acima delineadas, divergindo do entendimento exarado pela Área Técnica e pelo *Parquet* de Contas, entendo que o **Acórdão TC 01481/2020-Plenário** deva ser integralmente mantido, conforme deliberação unanime, naquela ocasião, pelo Colegiado do Plenário.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, divergindo do entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovelem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1420/2021 – PLENÁRIO:

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 então relator, em:

1.1. CONHECER do presente Pedido de Reexame, interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, em face do **Acórdão TC nº 01481/2020-Plenário**, prolatado no **Processo TC 02351/2020-6**, ratificando os termos da Decisão Monocrática nº 00188/2021, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade;

1.2. NEGAR PROVIMENTO ao presente recurso, interposto pelo Ministério Público de Contas, **mantendo-se** incólume os termos do Acórdão TC nº 01481/2020-Plenário, proferido nos autos do Processo TC 01235/2021, conforme razões expendidas no item 2.2 do voto;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.4. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime, nos termos do voto do então relator, conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, computado conforme o art. 86, §2º, do Regimento Interno.

3. Data da Sessão: 02/12/2021 - 62ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição/relator nos termos do artigo 86, § 4º, Regimento Interno TCEES).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição/relator nos termos do artigo 86, § 4º, Regimento Interno TCEES

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:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões