



## Acórdão 00378/2022-2 - 1ª Câmara

**Processo:** 05561/2021-9

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMPK - Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy

**Relator:** Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

**Representante:** SAO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA

**Responsável:** KARINA COSTALONGA BATISTA, EDSON VANDER MOREIRA

**Procuradores:** FRANCIELI ANGELI (OAB: 23713-ES), THAINANN SESANA MARCHESINI (OAB: 20078-ES), ANDRE FERREIRA SIMONASSI (OAB: 20376-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – PEDIDO LIMINAR INDEFERIDO – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO – INTERESSE SUBJETIVO DO LICITANTE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - NOTIFICAR - DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

1. São pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada: a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações (*fumus boni iuris*), aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*)
2. Não restou demonstrado na representação o pressuposto do *fumus boni iuris* e a supremacia do interesse público nas questões levantadas, estando mais evidente o interesse privado da representante.

## **O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:**

### **I. RELATÓRIO**

Tratam os autos de Representação com pedido de medida cautelar em face da Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy, protocolizada pela empresa São Gabriel Ambiental e Terraplenagem em 06/10/2021, objetivando a suspensão do Pregão Eletrônico nº 11/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na execução de serviços integrantes do sistema de limpeza pública, naquele município.

Inicialmente, por meio da Decisão Monocrática nº 858/2021-1, foi determinada a notificação dos senhores Edson Vander Moreira e Karina Costalonga Batista para se manifestarem sobre as supostas irregularidades apontadas na petição inicial e documentos complementares da presente Representação.

Ato contínuo, foram elaborados os Termos de Notificação nº 01971/2021-1 e nº 01972/2021-5. Os representados apresentaram justificativas na Defesa/Justificativa nº 01307/2021-6 e na Resposta de Comunicação nº 01373/2021-3.

Desta forma, os autos foram remetidos ao Núcleo de Controle Externo de Meio Ambiente, Saneamento e Mobilidade Urbana – NASM para a instrução, o qual emitiu a Manifestação Técnica de Cautelar nº 00180/2021-6, propondo o seguinte:

#### **“4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre Representação relacionada à a contratação de empresa especializada na execução de serviços integrantes do sistema de limpeza pública no município de Presidente Kennedy, sugere-se:

- a) Quanto ao juízo de admissibilidade, nos termos do art. 176 §1º do RITCEES, o conhecimento da Representação, na forma do art. 1777 c/c 182, parágrafo único, do RITCEES;
- b) Indeferir a medida cautelar, nos termos do art. 307, §3º do RITCEES;
- c) Extinguir o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI do CPC c/c o art. 70 da LC 621/2012;
- d) Cientificar a Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES, com seu posterior arquivamento após o trânsito em julgado.”

Foram os autos encaminhados ao Ministério Público de Contas para manifestação, a qual foi feita por meio do Parecer n° 00041/2022-1, na pessoa do M. D. Procurador de Contas Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhando a Manifestação Técnica de Cautelar n° 00180/2021-6 acima descrita.

É o relatório.

## **II. FUNDAMENTAÇÃO**

### **II.1 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE**

Sobre o presente tópico, é importante trazermos à tela as orientações dos artigos 94 e 99, ambos da Lei Complementar n° 621/12, senão vejamos:

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

I - ser redigida com clareza;

II - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

[...]

Art. 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:

[...]

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.”

Com fulcro nos artigos supra citados, é transparente a legitimidade ativa da empresa representante para propor a presente Representação junto a esta Corte de Contas.

## II.2 DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

Para a concessão da tutela cautelar é necessária a presença conjunta de dois pressupostos: o ***fumus boni iuris*** e o ***periculum in mora***. Pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de medida cautelar: **a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre alegações**, aliado ao **receio de dano irreparável ou de difícil reparação**, , conforme disposto no artigo 376 do RITCEES, senão vejamos:

“Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:  
I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e  
II - risco de ineficácia da decisão de mérito.”

A concessão de medida cautelar na presente Representação perpassa pela existência dos requisitos acima citados e normatizados pelo artigo 376 do RITCEES, quais sejam: o ***fumus boni iuris* previsto no inciso I** (fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio) e o ***periculum in mora* previsto no inciso II** (risco de ineficácia da decisão de mérito).

Compulsando os autos, observou-se que a empresa representante aponta duas possíveis irregularidades no Pregão nº 11/2021, cujo objeto está relacionado à a contratação de empresa especializada na execução de serviços integrantes do sistema de limpeza pública no município de Presidente Kennedy, quais sejam:

“1 - indica que a empresa vencedora teria apresentado em sua proposta quantidade de garis menor do que a exigida pelo Projeto Básico (peça 2, fl. 6). Segundo o representante, a quantidade exigida seria de 50 funcionários, enquanto a empresa teria apresentado apenas 29. Argumenta, assim, que a proposta da empresa vencedora seria inexecutável e não atenderia o Projeto Básico (peça 2, fl. 6).”

Tal argumento não foi comprovado na petição inicial, estando ausentes documentos expondo os cálculos e valores que, no entender da representante, tornariam a proposta da licitante vencedora inexecutável.

Além disso, a ora representante alega que a empresa vencedora do certame apresentou apenas 29 dos 50 profissionais de limpeza pública, mas não trouxe aos presentes autos documentos que comprovem tal alegação.

A outra possível irregularidade trazida pela empresa representante foi:

“o Pregoeiro proferiu decisão que deveria ter sido realizada por autoridade superior (peça 2, fls. 8/9)”

A própria empresa representante afirma que o Secretário Municipal de Meio Ambiente emitiu parecer favorável para acolhimento da proposta pelo suposto atendimento aos aspectos técnicos do certame, mas quem declarou êxito na licitação aqui discutida foi o Pregoeiro, julgando os recursos contra a sua própria decisão.

Também não merece prosperar a afirmação do representante no sentido de que era o Prefeito Municipal o responsável em proferir decisões no processo licitatório, pois o edital do Pregão informa abertamente que as despesas decorrentes da licitação correrão à conta do orçamento da Secretaria Municipal de Meio Ambiente (peça 5, fls. 1/2), reforçando a autoridade do Secretário de Meio Ambiente para se manifestar no caso.

Portanto, as possíveis irregularidades apontadas pela empresa representante item 1 e 2 supracitados, carecem de fundamentação e elementos de convicção, afastando o pressuposto previsto no inciso I do artigo 376 do RITCEES, qual seja, o *fumus boni iuris*, para a concessão da cautelar pleiteada.

Com isso, **acompanho** o posicionamento da área técnica e do douto representante do Parquet de Contas pelo **indeferimento do pedido cautelar**.

### II. 3 QUANTO A COMPETÊNCIA DESTA CORTE DE CONTAS

Aqui, percebe-se que a empresa representante, por vias transversas, pretende a inabilitação da empresa declarada vencedora em razão de ser a próxima classificada, demonstrando o intuito de satisfazer interesses privados junto à Administração Pública Municipal, o que foge ao rol de competências deste Tribunal de Contas.

Nesse sentido, prevê a Lei Orgânica desta Corte de Contas, recentemente alterada pela Lei Complementar Estadual n. 902/2019, incluindo no artigo 101 a vedação de interposição de representação em face de licitação para amparo de direito subjetivo, vejamos:

“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 resguardar o interesse público, sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante.”

O representante deixa transparente tal intenção em sua peça inicial, como se percebe nos trechos transcritos abaixo:

“Dessa forma, a nosso ver, a proposta da empresa vencedora não atende ao projeto básico, em especial ao quantitativo mínimo de trabalhadores necessários para execução dos serviços (...), razão pela qual, deveria o denunciado proceder com a anulação da classificação e da habilitação da empresa Freire & Veloso Engenharia LTDA. que foi declarada pelo mesmo, e prosseguindo-se para a análise dos documentos de habilitação da Denunciante, por ser a próxima classificada. Assim não o fez”. (Peça 2, fl. 6)  
[...]

“Se faz necessária a concessão de medida cautelar de suspensão do certame licitatório até que seja analisado o seu mérito, sob pena de contratação de empresa que não atende os ditames do edital, o que causará prejuízos ao erário e à própria contratada”. (Peça 2, fl. 11)

[...]

“b) após os trâmites legais, seja acolhida a presente denúncia para anular a decisão que declarou vencedora a empresa Freire & Veloso Engenharia LTDA., bem como seja declarada sua desclassificação e determinando seja analisada a proposta da denunciante, por ser a próxima colocada no certame, tudo conforme fundamentação inscrita nesta denúncia”. (Peça 2, fl. 12)”

Com isso, ratificando o entendimento da Equipe Técnica e do Parque de Contas, com fulcro no artigo 101 da Lei Orgânica dessa Corte de Contas, sugiro o

**arquivamento dos presentes autos sem análise do mérito, uma vez que o interesse a ser albergado seria o interesse subjetivo do ora representante.**

No mesmo sentido, o Plenário desta Corte de Contas através do Acórdão 00391/2020-1 – Plenário – Processo TC 01969/2020-1, **extinguiu** o feito sem julgamento de mérito em razão da ausência de interesse processual **ratificando** o opinamento técnico exarado na ITC 1362/2020, conforme transcrevo abaixo:

**“2 ANÁLISE**

Da análise dos pedidos do representante vê-se que veio a se utilizar do instrumento da Representação para satisfação do seu interesse subjetivo de obter respostas da comissão de licitação, que supostamente não haveria respondido ao pedido de esclarecimentos que realizou, sobre dúvidas quanto ao projeto básico e ao orçamento dos serviços.

O representante alegou, ainda, que tais dúvidas impediriam uma disputa esportiva, sob risco de prejuízo à administração pública e ao meio ambiente, sem descrever quais seriam esses prejuízos.

Assim está patente que a representação possui contornos de interesse subjetivo, já que é endereçada por possível licitante que havia requerido esclarecimentos sobre itens de formação de preços e que, supostamente, não teriam sido esclarecidos.

Tal afirmação é corroborada nas manifestações dos agentes públicos, que vieram a ser chamados ao processo, ao afirmarem que a representação é semelhante à impugnação apresentada à administração municipal pela referida empresa.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, Lei Complementar Estadual 621/2012 prevê no artigo 101 a vedação de interposição de representação para amparar direito subjetivo do representante, conforme se vê:

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)”

**Nesse sentido, resta propor o arquivamento da presente Representação sem análise de mérito, com fulcro no artigo 101 da LC nº 621/12, uma vez que foi demonstrado terem sido os argumentos da empresa representante genuinamente subjetivos, restando prejudicada a análise cautelar, mesmo não tendo sido comprovado o pressuposto *fumus boni iuris* para a sua possível concessão, de acordo com o artigo 376, I do RITCEES.**

Passo à conclusão.

### III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com a proposta de:

- **Extinquir** o processo sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual, na forma do art. 485, VI, do Código de Processo Civil c/c art. 70, da Lei Complementar 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES);
- **Dar ciência**, ao representante, do teor da decisão a ser proferida;
- **Arquivar** os presentes autos, nos termos do art. 330, IV, da Res. 261/13, Regimento Interno do TCEES.

Portanto, pelas razões expedidas, entendo pela extinção do processo sem resolução de mérito à luz do art. 330, III RITCEES c/c art. 485, inciso VI e §3º do Código de Processo Civil de 2015, por ausência dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, uma vez que os questionamentos visam tutelar interesse subjetivo de licitante.

### IV. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

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

**SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO**

Conselheiro Relator

#### 1. ACÓRDÃO TC-378/2022:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

**1.1. INDEFERIR** a medida cautelar, nos termos do art. 307, §3º do RITCEES, em razão de não ter sido constatado o *fumus boni iuris*;



**1.2. EXTINGUIR** o feito sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual, na forma do art. 485, VI, do Código de Processo Civil c/c art. 70, da Lei Complementar 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES);

**1.3. DAR CIÊNCIA** a representante e responsáveis do teor dessa decisão.

**1.4. ARQUIVAR** os autos, nos termos do art. 330, IV, da Res. 261/13, RITCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 25/03/2022 – 11ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

**4.1. Conselheiros:** Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator) e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

**Presidente**

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

**Relator**

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

**Subsecretária das Sessões**