



## Acórdão 00107/2023-5 - Plenário

**Processo:** 01328/2021-3

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

**UG:** PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica

**Relator:** Domingos Augusto Taufner

**Representante:** POLIPAVI - SANEAMENTO E PISOS LTDA

### **DENÚNCIA – INTERESSE SUBJETIVO – INCOMPETÊNCIA - NÃO CONHECER**

**1. É absoluta a incompetência desta Corte de Contas para a tutela de interesses e direitos particulares, o que acarreta o não conhecimento da denúncia ou representação, nos termos do Acórdão TC 00862/2018 – Primeira Câmara deste TCEES.**

### **VOTO DO RELATOR**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:**

#### **1 RELATÓRIO**

Tratam os presentes autos de Representação, apontando indícios de irregularidade no Edital de Concorrência nº 004/2020, cujo objeto é a “*contratação de empresa especializada para execução de obras de drenagem e pavimentação da Rua da*”

*Frincasa e da Rua Vila Valério (acesso ao Parque Cravo e a Rosa) no Bairro Nova Brasília”.*

O Representante informa ter apresentado impugnação ao Edital de Concorrência nº 004/2020 no dia 01/03/2021, cientificando o Município de Cariacica das supostas irregularidades constantes no referido instrumento. Aponta, ainda, ter solicitado para que fossem tomadas providências com o objetivo de sanar as irregularidades apontadas, e que, contudo, sua impugnação foi indeferida pela Comissão Permanente de Licitação - CPL.

Assim requereu que este Tribunal suspenda o processo licitatório e que o Município retifique todos os pontos que alega ilegais devolvendo os prazos para participação do pleito com as devidas correções.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas para manifestação considerando o disposto no artigo 38, II do RITCEES, que se manifestou por meio do Parecer 05619/2022-2, de lavra do Procurador Luís Henrique Anastácio da Silva, pugnano pelo não conhecimento da presente representação.

É o sucinto relatório.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1 ADMISSIBILIDADE**

A Representação está prevista e disciplinada na Lei Complementar 621/2012, onde o art. 99 estabelece os legitimados e aduz que sua aplicabilidade é a mesma relativa à denúncia, prevista no art. 94, que estabelece os **requisitos de admissibilidade**, quais sejam:

- I) a matéria ser de competência do Tribunal;
- (II) ser redigida com clareza;**
- (III) conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;**
- (IV) estar acompanhada de indício de prova;**
- (V) se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;**
- (VI) se pessoa jurídica, prova de sua existência, e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

No mesmo sentido segue o art. 182, parágrafo único, e os arts. 177 e 177-A do RITCEES. Nesse cenário, há legitimidade da demandante para representar (inciso V, art. 94 da LC 621/2012) e há clareza na redação (inciso II, art. 94 da LC 621/2012) na presente representação.

No que concerne aos requisitos de admissibilidade presentes do inciso III, do art. 94 da LC 621/2012, equivalente ao inciso II, art. 177 do RITCEES, há informações em relação ao fato, à autoria e às circunstâncias. Já nos elementos de convicção não há demonstração acerca da relação dos processos administrativos e o interesse público.

Isto posto, em análise perfunctória dos elementos de convicção acima referidos, de forma a avaliar se houve atendimento aos requisitos de admissibilidade exigidos para o conhecimento da presente Denúncia, restou evidenciado que a matéria discutida nestes autos foge da competência deste Tribunal de Contas Estadual (inciso I, art. 94 da LC 621/2012). Isso porque a discussão é referente a direito subjetivo do licitante e não à tutela do interesse público e ao resguardo do erário.

Não se vislumbra, assim, a tutela do interesse público e o resguardo do erário na discussão destes autos. Ressalta-se que não é porque a matéria tem relação com processos que tramitam por esta Corte de Contas que ela será impreterivelmente de interesse público e, conseqüentemente, de competência do Tribunal Contas. O caso dos autos é de evidente tutela a direito subjetivo individual puro, não havendo nem por reflexo a tutela do interesse público, visto que denota interesse privado decorrente da insatisfação quanto ao indeferimento da impugnação ao Edital de Concorrência nº 004/2020.

Neste sentido, o art. 184 do RITCEES possui a seguinte redação:

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.  
(Grifado)

Outrossim, esse é o entendimento exarado no Acórdão 667/2017 – Plenário do TCE-ES, conforme fundamentos expostos a seguir:

O inconformismo da representante não merece prosperar.

Ora, os Tribunais de Contas têm como função fundamental realizar a fiscalização contábil, financeira orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos federativos e federados da Administração Pública direta e indireta, estando sujeitas a esta fiscalização as empresas públicas e sociedades de economia mista. Desse modo, esta Corte de Contas atua dentro da sua competência e funções, de acordo com que orienta a legislação, conforme as palavras de Melo (2011, p. 2), a seguir:

"[...] As funções do Tribunal de Contas são expressas no Texto Constitucional, já havendo manifestação do Supremo Tribunal Federal, quanto ao tema: 'O Tribunal não é preposto do Legislativo. A função, que exerce, recebe-a diretamente da Constituição, que lhe define as atribuições' (STF -Pleno -j. 29.6.84, in RDA 158/196).

Ademais, segundo a CRFB/1988, o Tribunal de Contas enquanto instituição consolidou-se no importante papel de proteção ao bem público, possuindo natureza jurídica institucional autônoma e a serviço de todos os Poderes. Entretanto, as atribuições do Tribunal não podem ser confundidas com pedidos e informações de interesse particular, cuja proteção se dá, pela via judicial ordinária ou por mandado de segurança. Documento assinado digitalmente.

Corroborando com esses fundamentos, a Lei Orgânica desta Corte de Contas foi recentemente alterada pela Lei Complementar Estadual n. 902/2019, passando a incluir no artigo 101 a vedação de interposição de representação em face de licitação para amparo de direito subjetivo:

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)

Portanto, a matéria não está dentro da competência das Cortes de Contas estabelecida constitucionalmente e, logo, como se trata de incompetência de natureza absoluta em razão da matéria (*ratione materiae*), não há como haver o saneamento do vício.

Isto posto, com fulcro no art. 94, § 1º, e no art. 101, parágrafo único, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, a presente Representação não deve ser conhecida. Consequentemente, resta prejudicada a análise da concessão da medida cautelar.

Diante do exposto, entendo pelo NÃO CONHECIMENTO da presente Representação, na forma do art. 94, § 1º, e no art. 101, parágrafo único, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

Ante todo o exposto, acompanhando o opinamento do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1. **NÃO CONHECER** da presente Representação, com fulcro no art. 94, § 1º, e no art. 101, parágrafo único, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;
2. **Dar ciência** aos interessados, em especial à Representante;
3. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

**DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER**

**Relator**

## **VOTO VOGAL**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:**

### **I. RELATÓRIO**

Tratam os autos de Representação, apontando indícios de irregularidade no Edital de Concorrência nº 004/2020, cujo objeto é a “*contratação de empresa especializada para execução de obras de drenagem e pavimentação da Rua da Frincasa e da Rua Vila Valério (acesso ao Parque Cravo e a Rosa) no Bairro Nova Brasília*”.

Adoto como relatório a sucinta exposição do *iter* processual transcorrido até o presente momento formulada pelo Relator, Conselheiro Domingos Augusto Taufner, no voto disponibilizado através do sistema interno para consultas processuais desta Corte de Contas.

Ao final do *decisium*, concluiu o Relator pelo não conhecimento da Representação, com arrimo no art. 94, § 1º, e no art. 101, parágrafo único, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, ante a ausência do preenchimento dos requisitos de admissibilidade, notadamente por concluir que a presente Representação versaria sobre interesse eminentemente privado.

Tenho, no entanto, visão diferente daquela exposta pelo Ilustre Conselheiro Domingos Augusto Taufner, razão pela qual peço vênias para, desde já, apresentar voto-vogal no qual passo a expor os fundamentos de fato e de direito pelo qual dirijo de V.Exa. e, ao final, proponho minuta de Voto.

Sendo assim, passo à fundamentação.

## II. FUNDAMENTAÇÃO

Conforme exposto, tratam os autos de Representação, apontando indícios de irregularidade no Edital de Concorrência nº 004/2020, cujo objeto é a “*contratação de empresa especializada para execução de obras de drenagem e pavimentação da Rua da Frincasa e da Rua Vila Valério (acesso ao Parque Cravo e a Rosa) no Bairro Nova Brasília*”.

De início, advirto que a questão sob exame se cinge acerca da arguição de que a representação estaria versando somente sobre interesse eminentemente privado, fato que afastaria a competência deste Tribunal para análise, levando o Exmo. Conselheiro Relator a entender pelo não conhecimento da presente representação.

No que toca a este ponto, a meu ver, a conclusão a ser empreendida para o presente caso deve ser outra, guardada a devida vênias ao entendimento formulado.

Da análise da exordial, observa-se que a empresa POLIPAVI – SANEAMENTO E PISOS LITDA-EPP, noticia a suposta ocorrência de irregularidades no edital de concorrência nº 004/2020, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para a execução de obras de drenagem e pavimentação da Rua da Frincasa e da Rua Vila Valério (acesso ao parque cravo e a rosa), no bairro nova Brasília, no município de Cariacica/ES.

Menciona a representante que teria apresentado Impugnação ao Edital de Concorrência nº 004/2020, listando todas as irregularidades constantes do certame, mas que o recurso teria sido indeferido pela comissão de licitação, não restando outra alternativa à representante senão a representação perante esta Corte de Contas.

Discorre sobre os supostos abusos cometidos pela representante através dos seguintes tópicos: *1. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO; 2. UTILIZAÇÃO DE MINUTAS PADRONIZADAS; 3. SÚMULA 263-TCU: EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS; 4. DA NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO DO ATO A NORMA; 5. DOS PONTOS NÃO JUSTIFICADOS; II – DA TUTELA DE URGÊNCIA.*

Nota-se que, através de uma análise perfunctória, é possível antever que todos os itens dispostos na exordial evidenciam a possibilidade de ocorrência de irregularidades no edital impugnado, o que demanda, minimamente, a atuação deste Tribunal.

Não há como, no presente momento e de plano como pretende o Exmo. Relator, não conhecer da presente representação, quando se há dúvida patente sobre a existência (ou não) de uma ou outra irregularidade.

É sabido que, para além da atuação fiscalizatória dos tribunais de contas, a atividade perpetrada por esta Corte pauta-se no dever de análise da legalidade dos procedimentos licitatórios postos a seu crivo.

Ainda dentro de suas atribuições, caberia ao Tribunal fiscalizar a aplicação do art. 5º da Nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, isto é, **verificar se os atos atendem aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), com vistas a evitar que outros interesses, que não o público, possam ser homenageados.**

Com isso, não deve furtar-se à Corte à fiscalização da observância da legalidade dos atos do procedimento licitatório suscitado, de forma indiciária, sem ao menos perpassar por uma instrução probatória mais adequada.

A ponderação de quaisquer interesses constitucionais, nesta primeira fase de processamento, deve considerar, sempre, o resguardo do interesse público, caso se esteja diante de qualquer hipótese (ainda que tão somente superficial) de lesão ou ato lesivo que possa conduzir a alguma ilegalidade concreta futuramente.

Este me parece ser, exatamente, o presente caso dos autos, vez que a representante evidencia a existência (ainda que por razões supostas) de violação de diversos pontos da lei de licitações e dos demais regramentos legais do ordenamento.

É possível antever, portanto, que em razão do interesse público que adquire a representação a partir das informações sobre supostas irregularidades suscitadas a essa Corte de Contas, que a análise de matéria merece um exame, ao menos, técnico, a fim de espancar qualquer dúvida sobre a existência, ou não, de interesse público.

Na esteira deste pensamento, consoante posicionamento externado em caso análogo, pelo Conselheiro Marco Antônio da Silva, nos autos do Processo 7900-2022 (Decisão Monocrática 1004-2022), este assim se manifestou:

Verifica-se, por fim, no que se refere à tutela de interesse subjetivo, que a jurisprudência de nosso Tribunal de Contas caminha no sentido de não ser possível tutelar interesse meramente individual, sem contorno de interesse público, tendo já assim decidido:

(...)

Entretanto, de acordo com Mello, a realização de qualquer licitação depende da ocorrência dos seguintes pressupostos: a) pressuposto lógico: pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes, uma vez que, diante da inexistência de concorrência e variedade de objetos a serem ofertados, a realização de licitação não tem o menor sentido; b) pressuposto jurídico: quando a licitação se constitui em meio apto, em tese, para a consecução do interesse público, afinal, o procedimento licitatório não é um fim em si mesmo, é um meio ou instrumento para se alcançar utilmente um resultado: a melhor contratação para a Administração - logo, o atendimento do interesse público subjacente. Neste sentido, vale registrar que a Lei Orgânica desta Corte de Contas foi alterada pela Lei Complementar



Estadual nº 902/2019, passando a incluir no seu artigo 101 a vedação de interposição de representação para amparo de direito subjetivo,

(...)

Nesse viés, importante é sopesar no caso concreto a presença ou não de interesse público subjacente, restando evidente que tal matéria será melhor ponderada quando da instrução efetivada pelo corpo técnico, o que será objeto de avaliação pelo Relator.

**Todavia, neste momento inicial, a fim de que o feito receba sua regular instrução, por se encontrar presente o interesse público subjacente que transborda do procedimento licitatório em voga, bem como dos valores que adviriam da referida contratação, deve a presente representação ser conhecida.**

O entendimento *retro* transcrito coaduna-se exatamente com aquilo que entendo ser a solução mais razoável e plausível ao presente caso, e que melhor atende aos preceitos abarcados na nova Lei de Licitações, notadamente quanto ao vasto rol do seu artigo 5º.

**A presença ou não do interesse público será mais bem examinada quando da feitura de uma correta instrução técnica e análise por este Tribunal, com a final apreciação elaborada por Conselheiro.**

Havendo qualquer **dúvida**, deve-se, **neste primeiro momento**, **beneficiar-se o interesse público, decidindo-se em prol da sociedade.**

Por força do princípio *in dubio pro societate*, em processo penal, é sabido que na fase inicial da denúncia, consagrou-se que, na **dúvida** acerca da autoria delitiva, esta deva ser dirimida **em favor da sociedade**, de modo a admitir a acusação e prosseguimento do feito a fim de uma eventual fixação ou não da autoria.

*Pari passu* com o que ocorre em âmbito processual penal, na dúvida acerca da existência ou não do interesse público no âmbito das representações, **a discussão deve ser dirimida em favor da sociedade**, admitindo-se a representação e analisando o caso através do processamento dos autos, para, só ao final, concluir de forma fundamentada e técnica pela existência, ou não, de interesse público.

Chamo atenção para o fato, ainda, de que nada obsta que preceitos aplicados em outras ciências do Direito não possam se comunicar. Não há nenhuma problemática na observância do princípio em questão, também em sede de julgamento de casos submetidos a esta Corte.

Ademais, qualquer princípio possui matéria e valor que se irradia por todo o ordenamento, servindo de critério para a delimitação da lógica e a racionalidade do sistema normativo, introduzindo, inclusive, harmonia.

Por fim, entendo pertinente trazer aos autos o julgado do **Tribunal de Contas da União** que, por meio do Acórdão n. 1.446/2015 – Plenário, sob a relatoria do Ministro Augusto Sherman, manifestou-se sobre a necessidade da Corte de apreciar os autos de uma Representação, mesmo diante de pedido de desistência do Representante, **a fim de poder averiguar a existência do interesse público e suposto dano ao erário**, senão vejamos:

Conforme pacífica jurisprudência desse Tribunal, os pedidos de desistência formulados em processos de representação perante esta Corte têm apenas o efeito de retirar os representantes da situação de interessados nos referidos feitos, caso nessa condição tenham sido previamente reconhecidos por este Tribunal, cabendo ao TCU dar prosseguimento ao exame da matéria suscitada nos autos.

**Isto porque, os processos de representação que tramitam neste Tribunal não têm o condão de tutelar interesses individuais, mas sim de proteger interesses públicos.** Desse modo, superveniente oferecimento de desistência de representação não constitui ato com força bastante para produzir arquivamento de processo já autuado, **até porque na espécie incidem os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, entre tantos outros.**

É dizer, o pedido de desistência da representação não interfere no prosseguimento do feito, resultando, quando muito, na exclusão da desistente como parte interessada na representação, tendo em vista que **a atuação desta Corte de Contas pauta-se na defesa do erário e do interesse público**, sem subordinar-se à vontade processual do particular interessado, conforme inteligência dos Acórdãos 2.761/2010, 1.957/2012, 5.964/2012 e 283/2014, todos do Plenário.

No caso em apreço, não pode o representante, portanto, ser prejudicado diretamente por uma análise perfunctória acerca de uma suposta ausência ou não de interesse público, que envolve a hipótese, ainda, da possibilidade de se ter havido alguma ilegalidade no processamento do certame e conseqüente prejuízo ao erário.

Ante todo o exposto, e pedindo vênias ao Relator, Conselheiro Domingos Augusto Taufner, para divergir do voto proferido por V.Exa, **VOTO** para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, DECUDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 1) **CONHECER** da presente representação, nos termos deste voto;
- 2) **ENCAMINHAR** os presentes autos para análise e manifestação da SEGEX, a fim de dar prosseguindo ao feito.

**SÉRGIO MANOEL NADER BORGES**

Conselheiro

**1. ACÓRDÃO TC-00107/2023-5**

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 em:

- 1.1. NÃO CONHECER** da presente Representação, com fulcro no art. 94, § 1º, e no art. 101, parágrafo único, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;
- 1.2. Dar ciência** aos interessados, em especial à Representante;
- 1.3.** Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

**2. Por maioria**, nos termos do voto do relator, conselheiro Domingos Augusto Taufner, vencidos os conselheiros Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Sérgio Manoel Nader Borges, que votaram pelo conhecimento da representação e encaminhamento os autos para análise e manifestação da SEGEX.

**3.** Data da Sessão: 16/02/2023 - **5ª** Sessão Ordinária do Plenário.

**4.** Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**