



Acórdão 00923/2024-4 - Plenário

Processo: 02785/2024-9

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMA - Prefeitura Municipal de Aracruz

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: JONATHAN MORAES ROMANHA, CAROLINA ARAUJO MODENESI, LUIS FERNANDO MENDONCA ALVES, LUIZ CARLOS COUTINHO

Representante: GLOBAL COMERCIO DE VARIEDADES LTDA

Procurador: ANDRESSA DA SILVA DE CARVALHO (OAB: 97647-PR)

LICITAÇÃO – EDITAL RETIFICADO DO PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 002/2024 - AQUISIÇÃO E INSTALAÇÃO DE PLAYGROUNDS – NÃO CONHECER – NEGAR PEDIDO CAUTELAR – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1 RELATÓRIO

Tratam os autos de **Representação** apresentada pela sociedade empresária Global Comércio de Variedade EIRELI, com pedido de medida cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Aracruz, relativo ao **Edital Retificado II do Pregão Eletrônico Nº 002 /2023**, cujo objeto é o REGISTRO DE PREÇOS para aquisição e Instalação de Playgrounds, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no edital.

Consta do sítio eletrônico do Município de Aracruz que o procedimento estava previsto inicialmente para ocorrer na data de 12/03/2024, e que, na data de 05/04/2024 foi

publicado o Edital Retificado II, alterando a abertura das propostas para a data de 23/04/2024 às 12:00h.

Alega o peticionante que se faz necessário impugnar o edital haja vista estar maculado de vícios que restringem a ampla competitividade.

Registra o peticionante que a Prefeitura de Aracruz não publicou estudo técnico preliminar do objeto e que, as especificidades peculiares dos modelos do objeto descrito restringem a competitividade.

Aponta a existência de direcionamento do certame para quem possui moldes prontos vez que está indicado na descrição dos produtos medidas exatas das peças do playground.

Registra, ainda, que apresentou impugnação ao edital, alegando que o descritivo dos objetos possui especificações de cunho direcionador, inviabilizando a ampla competitividade, contudo, a Prefeitura negou provimento ao seu pleito.

Requer, in fine, que se determine a suspensão liminar do procedimento licitatório da Pregão Eletrônico N° 002/2024, até ulterior deliberação deste Colendo Tribunal de Contas, e, ao final, julgar totalmente procedente o presente para fins de anular a contratação em tela ou alternativamente para que seja determinado nova pesquisa de mercado, de modo a descrever o objeto cujo atendimento seja por diversos interessados.

Por meio da **Decisão Monocrática 00400/2024-1** (doc. 06), foi conheci da representação e determinada a notificação dos responsáveis para manifestação.

Em atendimento à decisão foram apresentadas as **Respostas de Comunicação 00646/2024-7 e 00647/2024-1** (doc. 10 e 11), acompanhadas de peças complementares.

Em seguida, Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - NOF submeteu a representação ao procedimento de análise de seletividade, sendo considerada não selecionável, conforme **Análise de Seletividade 00134/2024-1** (doc. 17).

Em seguida, o NOF elaborou a **Instrução Técnica Conclusiva 02353/2024-2** (doc. 18), com a seguinte proposta de encaminhamento:

5. PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

- a) Determinar a notificação do Sr. Luiz Carlos Coutinho, Prefeito Municipal de Aracruz, e do Sr. Luís Fernando Mendonça Alves, responsável pelo Controle Interno do Município, para a adoção de providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos representados;
- b) Extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do inciso II, art. 6º, da Res. 375/2023, c/c o artigo 177-A, § 3º, inciso II do RITCEES;
- c) Arquivamento dos presentes autos, nos termos do inciso III, art. 330 do RITCEES;
- d) Ciência da decisão a ser deliberada ao representante.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas que elaborou o **Parecer 02842/2024-8** (doc. 19), da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, conclui pelo **não conhecimento** da representação, por ausência de requisito de admissibilidade, tendo observado *no inconformismo da representante, a preponderância do interesse privado, não competindo a essa Corte de Contas, diante da atribuição conferida pelo art. 1º da LC n. 621/2012, analisar a matéria.*

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Analisando os autos, verifico que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Ao realizar a análise a que lhe compete, a Área Técnica, na Instrução Técnica Conclusiva 02353/2024-2, após tecer considerações acerca da atuação desta Corte de Contas, procedeu à análise de seletividade, conforme abaixo:

“[...] Após essa verificação, considerar-se-á apta a ser selecionada a informação que atingir, no mínimo, 45 pontos na matriz GUT (art. 6º, da Decisão Plenária 011/2023).

No caso em análise, verificou-se que a informação atingiu a pontuação de 61,60 na matriz RROMA e 10,00 na matriz GUT, conforme Análise de Seletividade 00134/2024-1 (evento eletrônico 17), o que demonstra o baixo grau de materialidade, relevância, risco e oportunidade, não justificando a seleção da matéria para a realização de ação de controle.

Diante desse resultado, o Regimento Interno desta Corte de Contas, orienta no sentido do não prosseguimento do feito (inciso I, §3º do art. 177-A), [...]”

Em suma, entende a área técnica pela extinção do feito sem resolução do mérito, em cumprimento à sistemática trazida pelo art. 177-A do Regimento Interno desta Corte de Contas, considerando o não alcance da pontuação mínima que garantisse o prosseguimento da instrução processual.

Já o Parquet de Contas, conforme se verifica do **Parecer 2842/2024-8**, discorda do posicionamento técnico e pugna pelo não conhecimento da representação por haver *preponderância do interesse privado, não competindo a essa Corte de Contas, diante da atribuição conferida pelo art. 1º da LC n. 621/2012, analisar a matéria, nos seguintes termos:*

“[...]”

A LOTCEES veda, no artigo 101, *caput, in fine*, a interposição de representação para amparar direito subjetivo do representante e estabelece, no artigo 94, *caput, c/c* o art. 101, p.ú. – ao cuidar dos requisitos de admissibilidade –, que a representação deve versar sobre matéria de competência do Tribunal.

No caso em exame, a representante busca a suspensão liminar do edital de licitação Pregão Eletrônico 002/2024 e, ao final, a anulação do certame.

Nada obstante, do compulsar dos autos verifica-se que procedimento licitatório foi realizado consoante mandamento legal. Foram oportunizadas à representante as possibilidades legais para ter sua irrisignação contemplada pela Administração, que enfrentou os questionamentos, dando-lhes interpretação razoável e fundamentando suas decisões.

Portanto, constata-se, no inconformismo da representante, a preponderância do interesse privado, não competindo a essa Corte de Contas, diante da atribuição conferida pelo art. 1º da LC n. 621/2012, analisar a matéria. Ora, não é autorizado a esse Sodalício substituir o administrador e refazer os procedimentos administrativos de uma unidade gestora, inclusive os licitatórios. Afinal, o Tribunal de Contas atua precipuamente na análise de atos de gestão praticados ao arrepio da lei, não fundamentados, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido, também o TCU: Acórdão 2407/2015 – Segunda Câmara¹, Acórdão 2321/2015 – Plenário², Acórdão 3585/2014 – Plenário³, Acórdão

¹ [Acórdão 2407/2015 – Segunda Câmara, Rel. Ana Arraes](#) - Não é da competência do TCU atuar na defesa de interesses particulares junto à Administração Pública. As competências e a intervenção do Tribunal se destinam a assegurar a proteção do interesse público.

² [Acórdão 2321/2015 – Plenário, Rel. Vital do Rêgo](#) - Não compete constitucionalmente ao TCU decidir sobre reclamações de particulares para a salvaguarda de seus eventuais direitos e interesses subjetivos juridicamente tutelados.

³ [Acórdão 3585/2014 – Plenário, Rel. José Múcio Monteiro](#) - Não compete ao TCU decidir sobre conflitos de particulares em face da Administração Pública, os quais devem ser tratados pela via administrativa direta ou por meio de tutela judicial.

3272/2013 – Plenário⁴, Acórdão 7131/2012 – Primeira Câmara⁵, Acórdão 12/2012 – Plenário⁶, Acórdão 789/2009 – Plenário⁷, Acórdão 2374/2007 – Plenário⁸, Acórdão 1979/2007 – Segunda Câmara⁹, dentre outros.

De fato, o Conselheiro Relator, na **Decisão Monocrática 00400/2024-1**, já havia decidido pelo conhecimento da representação. Nada obsta, contudo, que essa decisão seja revista. Afinal, **os requisitos de admissibilidade podem ser aferidos a qualquer momento**, pois, por se tratar de matéria de ordem pública, não há preclusão. Nesse sentido, o Voto do Relator no Processo TC 350/2024:

Embora já tenha havido manifestação pela admissibilidade da presente representação, neste momento, vale retificar meu entendimento exarado na Decisão Monocrática 61/2024. Analisando o processo como um todo entendo que faz-se necessário avaliar o atendimento aos requisitos de admissibilidade da presente Representação, notadamente os constantes dos artigos 93 e 94, da Lei Complementar Estadual 621, de 8 de março de 2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado), a saber:

[...]

Desta forma, entende-se que não restaram preenchidos os requisitos de admissibilidade, conseqüentemente, não devendo a presente Representação ser conhecida.

Assim, diante da não observância das exigências legais e regulamentares para que seja admitida, DEIXO DE CONHECER a presente Representação.

Trata-se da teoria da asserção, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (Informativo n.º 697) e segundo a qual a presença das condições da ação deve ser analisada, abstratamente, na fase postulatória através dos elementos fornecidos na petição inicial. Mas, se ainda existir uma cognição superficial das alegações feitas pelo autor, é possível a análise da presença das condições da ação depois da petição inicial, conforme descreve Assumpção¹⁰:

Para os defensores da teoria da asserção, sendo possível ao juiz mediante uma cognição sumária perceber a ausência de uma ou mais condições da ação, deve extinguir o processo sem resolução do mérito por carência de ação (art. 485, VI, do Novo CPC), pois já teria condições desde o limiar do processo de extingui-lo e assim evitar o desenvolvimento de atividade inútil. Com embasamento no princípio da economia processual, entende-se que, já se sabendo que o processo não reúne condições para a resolução do mérito, cabe ao juiz a sua prematura extinção por carência da ação.

⁴ Acórdão 3272/2013 – Plenário, Rel. André de Carvalho - A competência do Tribunal de Contas da União, nos processos de representação, se destina a assegurar primordialmente a observância do interesse público, e não de interesse meramente privado.

⁵ Acórdão 7131/2012 – Primeira Câmara, Rel. Valmir Campelo - Não se inclui dentre as competências do TCU a prolação de provimentos jurisdicionais reclamados por particulares para a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos, salvo se, de forma reflexa, atingirem o patrimônio público ou causarem prejuízo ao erário.

⁶ Acórdão 712/2012 – Plenário, Rel. Augusto Nardes - Não cabe ao TCU tutelar direito subjetivo de representante. Em busca da satisfação de pretensão a direito aparentemente violado, o representante deve recorrer à via administrativa, junto ao contratante, ou diretamente à via judicial.

⁷ Acórdão 789/2009 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler - Não havendo interesse público a ser tutelado, não se verifica competência do TCU, por faltar pressuposto válido para o regular desenvolvimento do processo.

⁸ Acórdão 2374/2007 – Plenário, Rel. Valmir Campelo - Não é função dos Tribunais de Contas a solução de lides entre interesses particulares e a Administração. A competência constitucional do TCU está na guarda da coisa pública, analisando a aplicação da lei e dos princípios constitucionais no poder público federal.

⁹ Acórdão 1979/2007 – Segunda Câmara, Rel. Benjamin Zymler - Não se inclui entre as competências constitucionais desta Corte a prolação de provimentos jurisdicionais, reclamados por particulares, para a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos.

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 70.

Isto posto, o **Ministério Público de Contas**, nos termos do art. 177, §1º, c/c art. 182, §1º, do RITCEES, pugna pelo **não conhecimento** da representação.

Vitória, 20 de agosto de 2024.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador de Contas

No presente caso, não se pode ignorar a relevância do que se apura nos presentes autos, cujo valor estimado do objeto licitado soma 4.688.281,56 VRTE (R\$21.112.269,50). Além disso, a irregularidade narrada seria capaz de, em tese, restringir a competitividade do certame, caso, obviamente, confirmada.

Contudo, consta das justificativas apresentadas pelos notificados (Respostas de Comunicação 00646/2024-7 e 647/2024-1 – docs. 10 e 11 e Peças Complementares 14117/2024-5 e 14118/2024-1– docs. 12 e 13) a **ATA da Sessão** ocorrida na data de **23/04/2024**, onde se registra a apresentação de *10 propostas em cada um dos lotes, com exceção do lote 11, a qual foram apresentadas 07 propostas*, conforme manifestação.

Consta, ainda, das informações prestadas pelos gestores que, dos 11 lotes que compõe o edital em questão, ao todo, três empresas diferentes atingiram o objetivo de apresentar o preço mais vantajoso, o que demonstra que, a princípio, não houve, em qualquer ótica que se analise, direcionamento do certame para determinada empresa.

A impugnação oferecida pelo representante à Administração foi respondida a contento, como se vê na Resposta de Comunicação 00647/2024-1 (doc. 11).

Entendo prosperar a análise procedida pelo Ministério Público de Contas pelo não conhecimento como representação fundamentada na ausência de admissibilidade da peça inicial, amparado no interesse subjetivo da peticionante.

Vale informar que a Lei Orgânica desta Corte de Contas foi alterada pela Lei Complementar Estadual nº 902/2019, passando a incluir no artigo 101 a vedação de interposição de representação em face de licitação para amparo de direito subjetivo. Colaciona-se a nova redação do artigo 101:

Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, visando a resguardar o interesse público, **sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante**. (Redação dada pela LC nº 902/2019 – DOE 9.1.2019) (g.n.)

Divirjo, portanto, do entendimento apresentado pela equipe técnica na Instrução Técnica Conclusiva 02353/2024-2, que entendeu pelo não prosseguimento do feito fundamentada na análise de seletividade, e **anuo com o posicionamento do Ministério Público Especial de Contas**, pelo não conhecimento da representação. Consequentemente, resta prejudicada a análise quanto à caracterização dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar.

Obedecidos todos os trâmites processuais e legais, divergindo do entendimento do órgão de instrução desta Corte e anuindo com o Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto a sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

1. ACÓRDÃO TC-923/2024:

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** por ausência dos requisitos de admissibilidade, nos termos do artigo 94, §1º¹¹, e art. 101, parágrafo único¹² da LC

¹¹ **Art. 94.** São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal: [...]

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

¹² **Art. 101** [...]

Parágrafo único. Aplicam-se à representação prevista nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

621/12, tornando insubsistente a Decisão Monocrática 00400/2024-1 quanto a este aspecto;

1.2. INDEFERIR A MEDIDA CAUTELAR requerida, em razão do não conhecimento da representação;

1.3. JULGAR EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, ficando autorizado o **ARQUIVAMENTO** dos presentes autos, nos termos do art. 166¹³ e inciso V do art. 330¹⁴ do RITCEES, depois de esgotados os prazos processuais;

1.4. DAR CIÊNCIA ao interessado do teor da decisão final a ser proferida.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 15/8/2024 - 41ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

¹³ **Art. 166.** O Tribunal determinará o arquivamento do processo de prestação ou de tomada de contas, mesmo especial, sem julgamento de mérito, quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

¹⁴ **Art. 330.** O processo será arquivado nos seguintes casos: [...] V - quando houver decisão do colegiado, ou da Presidência, pelo seu encerramento, após expedidas as comunicações e expirados os prazos dos recursos cabíveis;

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO DAVI DINIZ DE CARVALHO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

Secretário-geral das Sessões