



Decisão Monocrática 00735/2021-7

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 03570/2021-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica, SEMOB - Secretaria Municipal de Obras de Cariacica

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: ENGEVIL ENGENHARIA EIRELI

Responsável: MUNICIPIO DE CARIACICA, EUCLERIO DE AZEVEDO SAMPAIO JUNIOR, WEVERTON SANTOS MORAES, ELIZA COELHO DE OLIVEIRA VALVASSORI

Procuradores: ISABELLA NASCIMENTO MACHADO (CPF: 131.694.727-04), LUIS FELIPPE ZADIG MANGA SILVA (OAB: 6678E-ES), LIVIA HILUEY DOS SANTOS (OAB: 6675E-ES), JAMIRO CAMPOS DOS SANTOS JUNIOR (OAB: 27948-ES), RENATA DEVENS VIEIRA (OAB: 33826-ES), MELINA LACERDA SANTOS REIS (OAB: 26051-ES), MYRNA FERNANDES CARNEIRO (OAB: 15906-ES), RHAYZA FRANCA RODRIGUES DE SOUSA (OAB: 20351-ES), TATIANA PETERLE DANGELO MOTTA (OAB: 17475-ES), NATALIA FIOROT CORADINI (OAB: 17690-ES), TIAGO ROCON ZANETTI (OAB: 13753-ES, OAB: 370452-SP)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO
– CONHECER – LIMINAR CONCEDIDA – SUSPENSÃO
IMEDIATA DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 006/2021 OU
EVENTUAL CONTRATAÇÃO – DETERMINAR OITIVA DAS
PARTES – NOTIFICAÇÃO.**

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de **Representação com pedido de cautelar**, formulada pela pessoa jurídica de direito privado **ENGEVIL ENGENHARIA EIRELI**, narrando possíveis irregularidades no **Edital de Concorrência Pública nº 006/2021**, lançado pela **Prefeitura Municipal de Cariacica**, cujo objeto é *a contratação de empresa*



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



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

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

especializada para execução de obras de drenagem e pavimentação da malha viária na Avenida Bernardo Simmer, no bairro Formate, no Município de Cariacica/ES.

Em apertada síntese, relata a Representante que *a exigência de qualificação técnica contidas nas alíneas “c” e “d” dos subitens 6.2.1.2 e 6.3.2.1 do Anexo IV do Edital (Doc.03), relativas aos serviços de colchão drenante de brita e de manta geotêxtil, viola o caráter competitivo do certame.*

Requer, ao final, a suspensão da exigência de qualificação acima citada.

Por meio da **Decisão Monocrática 00679/2021-7** (peça 11), posterguei a análise da cautelar pretendida e determinei a **notificação** do Sr. **Euclério de Azevedo Sampaio Junior** – Prefeito Municipal de Cariacica, do Sr. **Weverton Santos Moraes** – Secretário Municipal de Obras, e da Sra. **Eliza Coelho de Oliveira Valvassori** – Presidente da Comissão Permanente de Licitação, para que se manifestassem sobre as irregularidades apontadas.

Notificados, os responsáveis apresentaram sua defesa (peça 26).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao **Núcleo de Controle Construção Civil Pesada - NCP**, onde foi elaborada a **Manifestação Técnica de Cautelar 00102/2021-6** (peça 29), com a seguinte proposta de encaminhamento, *verbis*:

Ante ao exposto, submeto a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Nos termos do art. 124 da Lei Complementar nº 621/2012, seja concedida **medida cautelar**, determinando aos Representados a suspensão da licitação Concorrência Pública 06/2021 ou eventual contratação dela decorrente, até posterior deliberação nos autos deste processo;



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

3.2. **Determinar** aos Representados que juntem aos autos prova do cumprimento da decisão cautelar, nos termos do art. 307¹, § 4º do RITCEES, sob pena de multa.

Sugere-se ainda, em homenagem ao princípio do contraditório e ampla defesa, o **encaminhamento de cópia** desta Manifestação aos **Representados** e que se se dê **ciência** ao Representante do teor da decisão a ser proferida, conforme mandamento do §7º², do art. 307, da Resolução TC 261/2013.

II. FUNDAMENTOS

II.1 ADMISSIBILIDADE

A presente representação merece ser admitida, pois encontra-se em consonância com o disposto nos artigos 94 e 101 da Lei Orgânica desta Corte de Contas (Lei Complementar 621, de 08.03.2012) e artigo 184 do nosso Regimento Interno (Resolução TC 261, de 04.06.2013), bem como artigo 113 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Licitação).

II.2 DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

A tutela cautelar demanda a presença conjunta de dois pressupostos, quais sejam: o ***fumus boni iuris e o periculum in mora***.

São pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de medida cautelar: **a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações, aliado ao receipto de dano irreparável ou de difícil reparação**, conforme disposto no artigo 376 do RITCEES.

O **Núcleo de Controle Externo Construção Civil Pesada – NCP**, por meio da **Manifestação Técnica de Cautelar 00102/2021-6**, opinou pelo **deferimento** da

¹ Art. 307, § 4º Em caso de deferimento de medida cautelar, o responsável será notificado para, no prazo assinalado, cumprir a decisão, publicar extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicar as providências adotadas ao Tribunal.

² Art. 307, § 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



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

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

medida cautelar, uma vez presentes os pressupostos para a sua **concessão**, constantes dos incisos I e II do artigo 376 da Resolução TC nº 261/2013.

Desta forma, **ratifico integralmente** o posicionamento da Área Técnica, **para tomar como razão de decidir** a fundamentação exarada na manifestação supramencionada, pela **concessão do provimento liminar**, visto que **estão presentes** os pressupostos para a sua concessão:

A tutela de urgência, prevista no Livro V, da Parte Geral do Código de Processo Civil, mais precisamente no artigo 300, desse diploma, é uma das duas espécies de tutela provisória, previstas no artigo 294 da norma processual.

Conforme leciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 460), o Código de Processo Civil exige elementos de convicção que evidenciem a probabilidade do direito, não sendo necessária a prova da realidade do direito postulado. Trata-se do conhecido *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). Desse modo ainda que não esteja plenamente provada a existência de um direito, se houver a simples probabilidade de tal existência, a tutela deverá ser concedida.

Para Didier (2015, p. 596), essa probabilidade traduz-se na verossimilhança fática, através da qual, se constata que há um grau considerável de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. Ou seja, apesar de não ser necessária a prova integral da realidade do direito postulado, é preciso que se visualize, na narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.

No caso em tela, entende-se que restou caracterizado o *fumus boni iuris*. Passamos a analisar, em sede de cautelar, o ponto abordado pela Representante.

2.1 – Exigência de atestado de capacidade técnico-operacional irrelevante

Estabelece o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio da **súmula 263**, que, para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, **às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado**, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Contudo, não era pacificado qual valor (percentual) poderia ser considerado significativo e/ou relevante. Mesmo antes da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) entrar em vigor, era possível encontrar normas infra legais versando sobre o tema.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaid, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Por exemplo, **tem-se a Portaria DNIT nº 108 de 01/02/2008 que preconiza em seu artigo 2º a menção de serem entendidos como itens de maior relevância aqueles que possuam valor igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor do objeto licitado³.**

Ainda sobre o tema, encontramos, dentre os julgados do TCU, o Acórdão nº 170/2007⁴ – Plenário, que julga não poder ser considerados como parcela de maior relevância itens que representam 2,93% do valor total licitado. Haja vista, extrair-se do texto da decisão o seguinte:

13. O primeiro questionamento feito pela representante diz respeito à participação, no valor total da obra, de 3 (três) das 6 (seis) parcelas de maior relevância fixadas no edital, que corresponderiam a apenas 2% do custo total estimado da obra. Este ponto não foi enfrentado nem pelos responsáveis nem pela empresa Volume.

³ Portaria DNIT nº 108 de 01/02/2008

O DIRETOR-GERAL DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES-DNIT, no uso das atribuições que lhe conferem, o art. 21, incisos II e IV, e § 1º, da Estrutura Regimental aprovada pelo Decreto nº 5.765, de 27 de abril de 2006, publicada no DOU de 28.04.2006, com fundamento nas disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, tendo em vista o constante no Processo nº 50600.011470/2007-92,

Considerando determinações do Ministério dos Transportes, por meio da Instrução Normativa nº 01, de 4 de outubro de 2007, e do egrégio Tribunal de Contas no que diz respeito aos procedimentos e exigências a serem adotados quanto às capacitações técnicas previstas nos editais de licitação, resolve:

Art. 1º Determinar que a exigência de Capacitação Técnica se restrinja aos itens de maior relevância técnica e financeira contidos no objeto a ser licitado em número máximo de 8 (oito) e não superior a 50% (cinquenta por cento) das quantidades licitadas para o serviço específico.

Art. 2º Os itens de maior relevância são entendidos como aqueles que constem do objeto licitado em valor igual ou superior a 4% (quatro por cento). [...] [G.N.]

⁴ Ementa: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS: COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA, VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO, CAPITAL SOCIAL E GARANTIA, ÍNDICES CONTÁBEIS E CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. VEDAÇÃO INDEVIDA DE SOMATÓRIO DE ATESTADOS. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO. 1. Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. 2. É ilegal a exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior, com a empresa licitante, na data da publicação do edital. 3. É ilegal a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios, de requisitos de capital social mínimo e garantias para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes. 4. É vedada a exigência de índices contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. A adoção desses índices deve estar devidamente justificada no processo administrativo. 5. É ilegal a exigência de comprovação de capital social devidamente integralizado, uma vez que esta exigência não consta da Lei 8.666/93. 6. É ilegal a vedação de somatório de atestados para fins de qualificação técnica dos licitantes, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaid, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

14. A tabela a seguir apresenta as parcelas de maior relevância fixadas no edital e o custo total de cada uma constante da planilha de orçamento (fls. 94, 97 e 106, anexo 1, v. 1):

[...]

15. Observa-se que o custo das parcelas de maior relevância fixadas no edital da Concorrência nº 04/06 monta a R\$ 60.898,06, **o que representa apenas 2,93%** do custo total estimado das obras de reforma e ampliação do Hospital Municipal de Magé. **Não podem, destarte, ser consideradas parcelas de relevância técnica e de valor significativo, como exige a Lei de Licitações e Contratos em seu art. 30, I e § 2º:** (grifei)⁵

Em outra oportunidade, o TCU considerou indevida a exigência de comprovação de serviço que representa apenas 3,8% do total do objeto licitado, como segue:

3. Veja-se que a exigência de que fosse apresentada comprovação de habilitação técnica para a execução de rede de 69 KV se deu com inobservância à limitação constante do referido inciso I do § 1º do art. 30 e revelou-se restritiva e inoportuna: restritiva, porque resultou na inabilitação de licitantes; **inoportuna, porque os serviços relativos à rede de 69KV não representavam, nos contratos originais, sequer 3,8% de seu valor total.** (...) (grifei)⁶

Assim, antes da nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), o conceito de “**parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto**”, previsto na súmula 263 do TCU, se enquadrava como um conceito jurídico indeterminado.

Neste contexto, o que a doutrina administrativa chama de conceito jurídico indeterminado é a noção que, além de vaga inicialmente, ainda se mantém indeterminada após ser interpretada diante de uma realidade. Insere-se na denominada zona de penumbra que, no caso concreto, impede a definição precisa dos seus efeitos vinculantes daqueles que a ela se sujeitam.

Destarte, ocorre quando a lei utiliza expressões ou termos plurissignificativos dos quais podem decorrer, ou não, certa liberdade de escolha para o agente público. É o caso de a norma se utilizar de expressões como conveniência administrativa ou paz social ou produtividade no trabalho. Nestas hipóteses, é possível que, mesmo após a hermenêutica à luz dos princípios integrantes do regime jurídico administrativo, o conceito ainda comporte vários significados defensáveis diante de determinada realidade. Daí poderá resultar **discricionariedade** no mandamento do ato ou mesmo na situação fática que autoriza o exercício da competência pública. Esta é a situação em que o emprego de conceito jurídico indeterminado resulta em ato discricionário

No entanto, com a vigência da nova Lei de Licitações, em seu artigo 67, §1º, o

⁵ Rel. Min. Valmir Campelo, publicado no DOU 16/02/2007.

⁶ AC-0167-28/01 – Plenário TC – 006.368/2000-0.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaid, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



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

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

valor considerado “significativo” e/ou “relevante” para fins de exigência de atestados de capacidade passou a ter alguns **parâmetros objetivos**:

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior **relevância ou valor significativo** do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a **4% (quatro por cento)** do valor total estimado da contratação.

Assim, entende-se que a exigência de atestados que possuam valor inferior a 4% (quatro por cento) é considerada ilegal, restringe o caráter competitivo do certame e merece ser afastada da licitação, nos termos do artigo 67, §1º, Lei Nacional nº 14.133/2021.

[...]

Dessa forma, presentes os requisitos autorizadores, entendo pelo deferimento da medida cautelar para suspender a licitação Concorrência Pública 06/2021 ou eventual contratação dela decorrente, até decisão de mérito sobre a questão suscitada.

III. DECISÃO

Diante de todo exposto, com fulcro no art. 288, XI do Regimento deste TCEES, assim decido:

III.1 CONHECER da presente Representação;

III.2 DEFERIR a medida cautelar, visto que restaram demonstrados os requisitos do artigo 376 do RITCEES, no sentido de **suspender a licitação Concorrência Pública nº 621/2012** da Prefeitura Municipal de Cariacica, bem como eventual contratação dela decorrente, até decisão de mérito sobre a questão suscitada;

III.3 NOTIFICAR o Sr. **Euclério de Azevedo Sampaio Junior** – Prefeito Municipal de Cariacica, o Sr. **Weverton Santos Moraes** – Secretário Municipal de Obras, e a Sra. **Eliza Coelho de Oliveira Valvassori** – Presidente da Comissão Permanente de Licitação, para que, nos termos do artigo 307, § 4º do RITCEES, cumpram de imediato essa decisão, publicando extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



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

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

comunicando, **no prazo de 10 (dez) dias**, as providências adotadas ao Tribunal, e para que se pronunciem, nos termos do artigo 307, 3º, **no mesmo prazo**.

À Secretaria Geral das Sessões para as comunicações devidas, via comunicação eletrônica, promovendo-se todos os demais impulsos necessários.

Concomitantemente, que seja dada ciência desta decisão ao signatário desta representação, conforme art. 125, § 6º, da LC 621/2012.

Ressalto que o não atendimento desta solicitação poderá implicar a aplicação de sanção de multa, conforme disposto nos artigos 135, § 2º, da LC 621/12 e 391 do RITCEES.

Após apresentação da defesa, sejam os autos encaminhados à Área Técnica para manifestação, conforme disposto no art. 309 do RITCEES.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913