

**Decisão Monocrática 01244/2019-2**

Produzido em fase anterior ao julgamento

**Processo:** 16570/2019-9**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação**UG:** PMI - Prefeitura Municipal de Itapemirim**Relator:** Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun**Representante:** TECPAN CONSTRUTORA EIRELI**Responsável:** DELCINEIA RODRIGUES DA SILVEIRA, THIAGO PECANHA LOPES,  
HEWERTON FELIZARDO MOREIRA

**CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO -  
REPRESENTAÇÃO - PREFEITURA MUNICIPAL DE  
ITAPEMIRIM - TOMADA DE PREÇOS N° 033/2019 -  
SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO DE UNIDADE DE SAÚDE NA  
LOCALIDADE DE ITAOCA/ITAPEMIRIM/ES -  
INDEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR - RITO  
ORDINÁRIO - NOTIFICAÇÃO - 10 DIAS - CIÊNCIA.**

**À Secretaria Geral das Sessões:****I RELATÓRIO**

Trata-se de representação formulada pela empresa Tecpan Construtora Eireli, em que narra supostas irregularidades ocorridas na Prefeitura de Itapemirim e atribuídas a responsabilidade da Presidente da Comissão Permanente de Licitação.

Segundo aduz a peça inicial, os fatos são pertinentes a supostas irregularidades ocorridas no edital de Tomada de Preços n 033/2019 cujo objeto é o “Serviço de construção de unidade de saúde na localidade de Itaóca/Itapemirim-ES”.

A data de abertura do referido certame ocorreu em 24 de outubro de 2019 e o valor estimado é de R\$ 1.982,500,10.

Em síntese, foi alegado o seguinte:

A prefeitura Municipal de Itapemirim (PMI) publicou o Edital da TOMADA DE PREÇOS nº033/2019, cujo objeto é o SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO DE UNIDADE DE SAÚDE NA LOCALIDADE DE ITAÓCA-ITAPEMIRIM-ES, com abertura para o dia 24 de outubro de 2019 e com valor orçado de R\$1.982.500, 10, apesar de o Edital estabelecer que o valor máximo orçado é de R\$598.939,46.

Assim, de plano, a primeira impropriedade observada no Edital é o fato de, no item 8.5 do Edital e 5.1 do Termo de Referência estar previsto que o preço máximo admitido é de R\$ R\$598.939,46 e na planilha orçamentária estar previsto o valor de R\$ R\$1.982.500,10. Verifica-se que não se trata de um simples erro de digitação, mas sim de falta de diligência na elaboração do instrumento convocatório.

Essa representante, interessada em participar do referido certame, prestou-se a analisar, minuciosamente, o instrumento convocatório, verificando não apenas o erro grotesco acima mencionado, mas, também, e ainda mais grave, o fato de o Item 7.3.2 exigir a comprovação de qualificação técnica operacional, ou seja, comprovante de capacitação da empresa licitante. Entretanto, cumpre registrar que, para que seja possível exigir a qualificação técnica operacional devem ser preenchidos alguns requisitos, os quais não foram alcançados pela referida Tomada de Preços, ou seja, não há justificativa mínima que respalde tal exigência.

A exigência de qualificação técnica operacional no item 7 .3.2 do Edital torna-se ainda mais grave pelo fato de não ter sido exigida no Termo de Referência (anexo I do Edital). É cediço que o Termo de Referência é o documento elaborado a partir de estudos técnicos preliminares e que tem por objetivo subsidiar a elaboração do Edital. Fica nítido, portanto, que a Presidente da CPL, por vontade própria, inseriu no Edital exigência não prevista no Termo de Referência, o que configura mais uma impropriedade.

[...]

Na data prevista no Edital, 24 de outubro do corrente ano, a CPL procedeu à abertura da TP nº033/2019, da qual participaram apenas 02 (duas) licitantes, consoante comprova a ata anexa a essa representação. Protocolaram envelopes as empresas DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA L TDA, tendo ofertado uma proposta de R\$1.853.637,59 e SIGNO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA EPP, tendo- ofertado uma proposta de R\$1.841.742,59.

Destarte, mostra-se gritante a restrição à competitividade, mormente quando se verifica que em uma licitação cujo valor orçado é de R\$1.982.500, 1 O, apenas 02 empresas participaram do certame e a melhor proposta obtida não te-nha alcançado nem mesmo 7 ,5% de desconto.

Feita a breve demonstração dos fatos, afirmamos que a exigência contida no item 7.3.2 do Edital da TP nº033/2019 mostra-se desarrazoada, antieconômica e que visa apenas elidir potenciais concorrentes, pelas razões que mostraremos evidenciadas abaixo.

Por fim, requer a concessão de medida cautelar para suspender o andamento da Tomada de Preços nº 033/2019.

Encaminhados os autos a este gabinete, conheci a representação por meio da Decisão Monocrática 01104/2019-5 (peça 06), bem como decidi pela notificação dos agentes responsáveis, Presidente da Comissão de Licitação, senhora Delcinéia Rodrigues da Silveira e o Secretário Municipal de Obras e Urbanismo, senhor Hewerton Felizardo Moreira, para que, no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, se manifestassem sobre os indícios de irregularidades identificados.

Devidamente notificados, foram encaminhados aos autos a Petição Intercorrente 016462019-2 (peça 26) e peças complementares que se fazem seguir (peças 27-79).

Em seguida, o processo foi encaminhado à Secretaria de Controle Externo de Engenharia e Meio Ambiente - SecexEngenharia, tendo a área técnica, nos termos da Manifestação Técnica 14666/2019-6 (peça 83), concluído pelo indeferimento da medida cautelar requerida de suspensão do procedimento licitatório, bem como pela conversão da representação para o rito ordinário.

Em seguida, vieram os autos, novamente, para este gabinete, para análise.

## **II FUNDAMENTOS**

### **II.1 PRESSUPOSTOS DA MEDIDA CAUTELAR**

Como se vê, os autos apuram supostas irregularidades no âmbito da Tomada de Preços nº 033/2019, da Prefeitura Municipal de Itapemirim, cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia para a execução de serviços de construção de unidade de saúde na localidade de Itaoca, no município de Itapemirim”.

Ao submeter o feito ao crivo da SecexEngenharia, por meio da Manifestação Técnica 14666/2019-6 (peça 83), foi encaminhada proposta pelo indeferimento da medida cautelar por não estarem presentes os pressupostos essenciais para a sua concessão.

Insta frisar que, na forma do entendimento constante pela área técnica na MT 12557/2019-1 (peça 83), a representação alega irregularidade no que tange à exigência de atestado de capacidade operacional, sendo que os itens exigidos nessa cláusula restringiram a participação de empresas no certame. Assim, apesar

de prosperar em parte a alegações do representante, não se verifica o risco de ineficácia da decisão de mérito, uma vez que a própria representante esperou a homologação do seu resultado final para peticionar suposta lesão ao direito.

Ademais, conforme registrado pela área técnica na Manifestação Técnica 14666/2019-6 (peça 83), já houve a homologação do certame em 27 de novembro de 2019 (peça 77, fls. 11), bem como a contratação da empresa Destak Construtora e Incorporadora Ltda, pelo preço de R\$ 1.853.637,59, conforme contrato 020/2019 firmado entre as partes (peça 79, fls. 18).

Dessa forma, estando ausente um dos pressupostos necessários para a concessão da tutela cautelar, qual seja, o *periculum in mora*, decido pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada.

Desse modo, 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 alegações aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme disposto no artigo 376 do RITCEES.

Destarte, não havendo o *periculum in mora*, decido indeferir a medida cautelar pretendida, convertendo-se o rito em ordinário, na forma sugerida pela SeceEngenharia, na Manifestação Técnica 14666/2019-6 (peça 83).

Por fim, quanto a outras questões que possam ser abordadas nesta representação no decorrer da instrução processual, remeto seu aprofundamento à análise de mérito.

Desse modo, por todo o exposto e analisando os autos, acompanho os argumentos apresentados pela área técnica, e adoto como razões de decidir a motivação exarada na Manifestação Técnica 14666/2019-6 (peça 83), sendo oportuna a transcrição da manifestação, conforme segue:

[...]

## **2 ANÁLISE DOS ITENS INFORMADOS NA REPRESENTAÇÃO**

Considerando todo o conteúdo da representação interposta, bem como a manifestação dos responsáveis e os documentos posteriormente juntados aos autos neste processo. Será analisado, por determinação desta corte de contas, a necessidade de concessão de medida cautelar.

Considerando que as documentações pertinentes, foram juntadas aos autos.

## 2.1 CLÁUSULAS RESTRITIVAS – ATESTADO DE CAPACIDADE OPERACIONAL

A representante protocolou denúncia sobre a exigência de qualificação técnica operacional **Petição Inicial 00687/2019-1**, fundamenta suas alegações, vonforme trecho abaixo:

Registra essa representante que não procedera à impugnação do Edital referente à TP 033/2019, por já conhecer a postura estritamente formalista da CPL, uma vez que, uma semana antes da abertura do referido certame, essa empresa havia impugnado um outro Edital da PMI (TP 030/2019) que exigia qualificação técnica operacional, tendo a CPL indeferido de plano o seu pedido, alegando que a súmula nº263 do Tribunal de Contas da União permite a exigência de qualificação técnica operacional. A referida súmula assim dispõe:

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. (grifos nossos)

Utilizando como fulcro apenas a primeira parte da súmula e ignorando, propositalmente, a parte final que estabelece que a exigência deve guardar relação com a dimensão e complexidade do objeto a ser executado, a presidente da ÇPL rejeitou o pedido constante nos autos da TP nº030/2019 sem ao menos entrar no mérito do caso concreto, ou seja, sem apresentar razões que justificavam a manutenção da exigência da qualificação operacional.

Na data prevista no Edital, 24 de outubro do corrente ano, a CPL procedeu à abertura da TP nº033/2019, da qual participaram apenas 02 (duas) licitantes, consoante comprova a ata anexa a essa representação. Protocolaram envelopes as empresas DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA L TDA, tendo ofertado uma proposta de R\$1.853.637,59 e SIGNO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA EPP, tendo-ofertado uma proposta de R\$1.841.742,59.

Destarte, mostra-se gritante a restrição à competitividade, mormente quando se verifica que em uma licitação cujo valor orçado é de R\$1.982.500, 1 O, apenas 02 empresas participaram do certame e a melhor proposta obtida não te-nha alcançado nem mesmo 7 ,5% de desconto. Feita a breve demonstração dos fatos, afirmamos que a exigência contida no item 7.3.2 do Edital da TP nº033/2019 mostra-se desarrazoada, antieconômica e que visa apenas elidir potenciais concorrentes, pelas razões que mostraremos evidenciadas abaixo.

(...)

7. 3. 2. Capacidade técnico-operacional:

a) Registro e Certidão de regularidade da empresa (Pessoa Jurídica) e dos seus respectivos responsáveis técnicos, no conselho Regional de Engenharia e Agronomia-CREA/ES, válido na data de habilitação;

a. 1) Caso a empresa vencedora da licitação esteja sediada em outro Estado, deverá apresentar no ato da assinatura do CONTRA TO "VISTO" no CREA-ES, na forma da Resolução 413147-CONFEA;

b) Comprovação de que o licitante prestou serviço de natureza igual ou semelhante ao objeto licitado. A comprovação será feita por meio de apresentação de no mínimo 1 (um) atestado fornecido por pessoa jurídica pública e/ou privada, devidamente assinado, carimbado e em papel timbrado da empresa ou com o carimbo do órgão tomador do serviço, que ateste a capacidade da licitante em prestar serviço compatível com o objeto desta licitação, em conformidade com os itens e quantitativos relacionados no documento itens de relevância técnico operacional:

a) Execução de estaca tipo hélice contínua; -120,0 m

b) Fechamento em Placas de ACM; -40,0 m•

c) Forro e/ou divisória em gesso acartonado;-150,0 m•

d) Fornecimento / montagem de elevador e/ou plataforma -01 und

c) Indicação do(s) Responsável(is) Técnico(s) para o acompanhamento dos serviços, objeto da presente licitação.

c.1) A indicação deverá conter campo específico com o aceite do(s) Responsável(is) Técnico(s) indicado(s) acima pela empresa.

c.2) No decorrer da execução dos serviços caso a empresa vencedora do certame vier a substituir o profissional indicado pela Empresa -deverá o substituto ter a mesma capacidade técnica do informado na indicação mencionada no ponto c.1

(...)

#### **Análise:**

A representação cita irregularidade da exigência de atestado de capacidade operacional e que os itens exigidos nessa cláusula restringiram a participação de empresas no certame. Neste ponto, foi verificado que apenas duas empresas participaram do certame e no final no final somente uma foi habilitada.

Notasse que a exigência de atestado de capacidade operacional teria a função de exigir a comprovação de capacidade técnica da empresa e não do profissional, ocorre que tal exigência entra em desacordo com as determinações do sistema CREA/CONFEA que não admite que pessoa jurídica possa possuir capacidade técnica independente do profissional que esteja em seu quadro técnico. Outro ponto a se questionar é a ausência de previsão legal para isso, em especial na Lei de Licitações, onde tal tema foi vetado na época de sua promulgação. Apesar disso o TCU tem admitido tal prática, com restrições, como súmula nº263 indicada na inicial deste processo.

A jurisprudência desta Corte de Contas já se posicionou contrária a exigência dos atestados de capacidade operacional em diversos acórdãos dentre os quais destaca-se o Acórdão TC-144/2017 – Plenário:

**4.2** seja observado que a comprovação da capacidade técnico-operacional não se confunde com a prova da capacidade técnico-profissional, sendo que a primeira é demonstrada através de atestados emitidos por contratante anterior (pessoa física ou jurídica de direito público ou privado) do licitante, descabendo a exigência de registro do atestado no CREA, bastando que os aspectos referentes aos elementos quantitativos e qualitativos da obra ou serviço de engenharia realizados sejam atestados por profissional que possua habilitação nas profissões abrangidas pelo Sistema CONFEA/CREA;

**4.3** seja observado que o CREA não emite Certidão de Acervo Técnico (CAT), em nome de pessoa jurídica, para a prova de capacidade técnico-operacional, não devendo, portanto, ser exigido para tal fim;

**4.4** seja observado que a vedação ao somatório de atestados para fins de comprovação da capacidade técnico-operacional ou capacidade técnico-profissional constitui-se em restrição indevida ao caráter competitivo do certame, salvo se houver justificativa técnica que demonstre a necessidade da vedação.

No caso concreto, a princípio, considerasse estas cláusulas restritivas, pois restringem o número de participantes e pode-se afirmar que o número de participantes habilitados em um certame é diretamente proporcional ao desconto ofertado, razão pela qual, as licitações com poucos licitantes tende a ter um desconto médio relativamente pequeno.

Esta prática pode ser observada no caso em tela que possuiu apenas um licitante habilitado e seu preço contratado foi de R\$ 1.853.637,59, e o preço máximo orçado pela administração pública foi de R\$ 1.982,500,10, desta forma o desconto ofertado foi de apenas 6,5% o que pode ser considerado pouco pelo valor orçado e tipo de obra.

Outra questão a se analisar é que, segundo o denunciante, essa exigência de atestado de capacidade técnica operacional teria se tomado uma prática nas licitações do município o que levaria as licitações a serem realizadas com poucos licitantes habilitados e o por consequência o desconto obtido seria pequeno. Nesse sentido, entende-se que tal análise deve ser feita posteriormente por esse setor, por demandar maior tempo de análise.

Para obtenção de medida cautelar é necessário se observar o desrespeito flagrante que possa garantir uma quase certeza ao julgador eternizado pela expressão *fumus boni iuris*, acompanhado do risco de se esperar por todo um processo e no final mesmo com a vitória o objetivo da ação não for mais possível de ser alcançado, também tratado pela expressão *periculum in mora*.

Com esse pensamento, não basta possuir alguma irregularidade para a obtenção de medida cautelar, mas algo que possa gerar dano ao erário que possa justificar a adoção de medida cautelar.

Em primeiro lugar, a ata de abertura e julgamento de proposta foi realizada no dia 24/10/2019, no entanto, esta representação só foi protocolada no dia 01/11/2019 depois de conhecido o vencedor, mesmo a irregularidade tratando de cláusula do edital.

Desta forma entende-se que apesar de presente o *fumus boni iuris* pelas condições restritivas encontradas, não se verifica o *periculum in mora*, uma vez que a própria representante esperou a homologação do seu resultado final para peticionar suposta lesão ao direito, além de não ter questionado em nenhum momento a questão administrativamente junto a CPL ou outro órgão da municipalidade. Entretanto, cabe argumentar que há elementos de interesse público nesse processo que podem representar potencial prejuízo para administração por perda de eficiência no processo licitatório.

Registra-se que nenhuma defesa ou explicação foi juntada pelos jurisdicionados e foi encaminhado apenas cópia do processo licitatório.

Diante disso, entende-se por **negar** o pedido cautelar, mas pela **conversão** deste processo para o rito ordinário.

### 3 CONCLUSÃO

A partir das análises apresentadas nesta Manifestação, opina-se por **negar** a concessão da cautelar e conclui-se pela **conversão** da representação descrita no item 2.1, conforme disposto.

### 4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto nesta Manifestação, sugere-se o encaminhamento deste documento para o Gabinete do Conselheiro Relator Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun para as demais providências, dentre as quais:

1. **Negar** a cautelar requerida, conforme art. 307, § 3º do Regimento deste Tribunal;
2. Que seja convertida esta representação, para o **rito ordinário**, para que possa ser melhor analisada por esta área técnica, conforme Regimento Interno do TCEES, pelos argumentos acima defendidos;
3. **Retornar** ao setor para análise complementar;

Ademais, tendo em vista que a equipe de auditoria não identificou a *prima facie*, danos financeiros ao erário, entendo que a decisão desta Corte de Contas deverá ser tomada a luz do disposto no artigo 20 da Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, alterado por meio da Lei 13.655 de 25 de abril de 2018.

Nessa vertente, caberá ao julgador demonstrar que a medida imposta em sua decisão se adequa à realidade operacional do órgão, de forma a considerar sua repercussão social e as consequências da possível paralização, com prejuízos à população. Busca-se, com isso, evitar que o julgamento seja proferido com base em valores jurídicos abstratos, distanciados dos resultados práticos da decisão.

Por todo o exposto, indefiro o pedido cautelar e determino a conversão dos autos em rito ordinário, a fim de que os indícios de irregularidades sejam devidamente



apurados nestes autos.

Por fim, insta registrar que relativamente à empresa vencedora do certame, Destak Construtora e Incorporadora, reconheço sua legitimidade passiva, sem prejuízo da análise de sua eventual e individual responsabilidade porventura detectada em razão de derradeira configuração de dano ao erário, na medida em que qualquer decisão prolatada, em relação ao contrato sob exame, apresenta plausível probabilidade de repercutir na esfera obrigacional e/ou patrimonial da mesma, fazendo-se mister garantir-lhe o contraditório e a ampla defesa.

### III DECISÃO

Pelo exposto e com base na competência outorgada pelo inciso XI, do artigo 288, do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013), acompanho o entendimento técnico e **DECIDO**:

III.1 **INDEFERIR** a concessão da **MEDIDA CAUTELAR** pretendida pelo representante, tendo em vista a ausência dos pressupostos essenciais para a sua concessão.

III.2 **DETERMINAR A OITIVA** do Presidente da Comissão de Licitação, senhora Delcinéia Rodrigues da Silveira e do Secretário Municipal de Obras e Urbanismo, senhor Hewerton Felizardo Moreira, para se manifestarem, no prazo improrrogável de até **10 (dez) dias**, em conformidade com o §4º, do art. 125, da Lei Complementar 621/12 e o §3º, do art. 307, da Resolução TC 261/2013;

III.3 **NOTIFICAR** o prefeito municipal, senhor Thiago Peçanha Lopes, dando-lhe ciência deste procedimento fiscalizatório em andamento, para que, no uso de suas atribuições legais, adote as providências que entender necessárias, enquanto chefe do Poder Executivo Municipal;

III.4 **SUBMETER** os presentes autos ao rito ordinário, tendo em vista a ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do Regimento Interno;

III.5 **REMETER** os autos à SecexEngenharia para prosseguimento da instrução do feito, após decorrido o prazo de que trata o item III.2.

III.6 Dar **CIÊNCIA** desta decisão ao representante, na forma do artigo 307, § 7º, do Regimento Interno do TCEES, aprovado pela Resolução 261 de 4 de junho de 2013, encaminhando-se a todos os interessados juntamente com o Termo de Notificação, cópia desta Decisão e da Manifestação Técnica 14666/2019-6.

III.7 **NOTIFICAR** a empresa **Destak Construtora e Incorporadora**, na pessoa do seu representante legal para manifestar quanto aos indícios de irregularidade dispostos nesta decisão, no prazo de 10 (dez) dias, em conformidade com o §4º, do art. 125, da Lei Complementar 621/12 e o §3º, do art. 307, da Resolução TC 261/2013.

**Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun**

Conselheiro relator