



Decisão 01651/2021-5 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 01988/2021-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMPK - Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: MAYCON FRANCA DO NASCIMENTO

Responsável: DORLEI FONTOA DA CRUZ, WAGNER PORTO VIANA, SELMA HENRIQUES DE SOUZA

**FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO - CONHECER -
AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS CAUTELARES -
INDEFERIR CAUTELAR PLEITEADA - SUBMETER
AO RITO ORDINÁRIO**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR LUIZ CARLOS CICILIOTTI
DA CUNHA:**

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE
MEDIDA CAUTELAR**, formulada por pessoa física, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face da Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy, em que alega irregularidade no edital de Concorrência Pública 005/2020, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para a execução de obras de pavimentação de diversas ruas de praia das neves, no município de Presidente Kennedy.

Alega o representante, em síntese, excesso de rigor na avaliação de atestados de capacidade técnica, sendo inabilitados licitantes por itens irrelevantes, e falha na elaboração da planilha, apresentando uma enorme diferença nas quantidades dos serviços de sarjeta e meio fio.

Por fim, requer:

[...]

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, solicitamos que:

- *Seja conhecida a representação e julgada procedente.*
- *Seja deferida medida cautelar suspendendo o certame tendo em vista a gravidade das irregularidades.*

Denota-se que através da Decisão Monocrática 00340/2021-7 (evento 05) determinei a notificação do Senhor Dorlei Fontão da Cruz (Prefeito Municipal de Presidente Kennedy), Wagner Porto Viana (Secretário Municipal de Obras) e Selma Henriques de Souza (atual Presidente da CPL), para que no prazo de 05 (cinco) dias apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Concorrência Pública 005/2020 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito.

Através dos Termos de Notificação 00513/2021-5; 00514/2021-4 e 00515/2021-4 os responsáveis foram devidamente notificados, e em resposta às notificações, foram encaminhadas Resposta de Comunicação 00485/2021-7 (evento 10); Resposta de Comunicação 00484/2021-2 (evento 11); Peças Complementares (evento 12 ao 71); e Defesa/Justificativa 00468/2021-3 (evento 72).

Por meio da Decisão Monocrática 0366/2021 (evento 77) realizei o conhecimento da representação e encaminhei os autos para a Área Técnica que, por meio do Núcleo de Controle Externo Construção Civil Pesada - NCP, elaborou a Manifestação Técnica Cautelar 00043/2021 (evento 79) fundamentando o indeferimento da cautelar.

É o relatório.

1. DA FUNDAMENTAÇÃO

Duas foram as alegações do representante, a primeira de que houve rigor excessivo na avaliação de atestados de capacidade técnica, mais especificamente para

realização de serviço de ladrilho hidráulico, argumentando que o item equivale a apenas 2,78% do valor total da licitação.

Quanto a este ponto, o Município de Presidente Kennedy apresentou as seguintes justificativas:

Por ser uma licitação SEM EXIGÊNCIA de capacidade Técnico – Operacional, apesar da responsabilidade da obra e do valor orçado; a exigência técnico – profissional exigida no edital da CP 005/2020 foram:

- Execução de Sub - base ou base em solo brita, brita corrida, brita graduada ou estabilizada granulometricamente com ou sem mistura.

- Execução de pavimentação com blocos intertravados e concreto na espessura 8 cm.
- Execução de calçada em concreto FCK = 15 mpa com ladrilho podotátil.

A licitante K e K Construtora LTDA – EPP não apresentou a comprovação através de seu engenheiro detentor dos acervos, de execução de calçada em concreto fck – 15 mpa com ladrilho podotátil, acarretando deste modo sua inabilitação. Ora, no entender da área técnica da SEMOB, a execução de calçada em concreto com ladrilho podotátil não pode ser considerada separadamente, uma vez que o projeto executivo da obra apresenta a execução simultânea deste dois itens de serviços, que representam aproximadamente 12% (doze por cento) em valor sobre o preço total do orçamento da obra. Embora a tabela referencial do DER/ER apresenta preços em separados para calçada e aplicação de ladrilho podotátil, no caso específico do projeto executivo do edital 005/2020 não há reconhecimento da separação destes itens. Deste modo, como não houve a comprovação da execução da calçada com ladrilho; permanece a inabilitação da licitante K e K, independentemente se a mesma afirma ser serviços de baixa complexidade ou se já executou demais calçadas em concreto sem o ladrilho podotátil. Em respeito as demais licitantes (20) que apresentaram corretamente a comprovação do item solicitado no edital e considerando a ordem de grandeza da calçada com ladrilho podotátil no custo do empreendimento, permanece a inabilitação da licitante K e K.

A área técnica, ao analisar o item acima por meio da Manifestação Técnica de Cautelar 0043/2021, consignou que:

Em sede de análise perfunctória, principalmente diante do caso concreto, entende-se que **não** restou configurada a suposta irregularidade apontada na representação.

Sob o aspecto fático, entende-se que a licitação atende o caráter competitivo exigido na lei, uma vez que estão habilitadas para a abertura das propostas de preço **15 (quinze) empresas**, conforme *print* abaixo:

LICITANTE(S) HABILITADO(S)	
Razão Social / Nome	CNPJ / CPF
ABBEY CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LTDA	07.682.190/0001-13
AML OBRAS E CONSTRUÇÕES EIRELI	22.866.300/0001-90
CONILON CONSTRUÇÕES E REFORMAS LTDA	26.607.898/0001-54
CONSTRUTORA AVENIDA LTDA	30.399.307/0001-78
CONSTRUTORA COLARES LINHARES S.A	03.568.496/0001-92
IMG ALIANÇA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA EPP	17.843.768/0001-20
JBP TRANSPORTES E SERVIÇOS EIRELI	27.810.731/0001-59
JPR CONSTRUTORA LTDA EPP	10.677.828/0001-32
MARCO A S TEIXEIRA ENGENHARIA ME	07.956.668/0001-56
NOVAMOL SERVIÇOS EIRELI ME	28.688.939/0001-00
ÔNIX CONSTRUTORA S.A	07.807.573/0001-70
R A SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA EPP	09.195.349/0001-09
SALVADOR EMPREENDIMENTOS LTDA	17.330.993/0001-62
VALE DOS MILAGRES CONSTRUTORA EIRELI EPP	07.432.509/0001-52
W. M. VASCONCELOS ME	04.260.655/0001-50

No que tange a análise específica da inabilitação das três empresas apontadas na representação, entende-se que essa espécie de julgamento refoge ao rol de competência do Tribunal de Contas.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União:

*Representação sobre pregão eletrônico realizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), para aquisição de embarcações para transporte escolar, apontara pretensa irregularidade na **inabilitação de empresa no certame**. Sinteticamente, a representante defendeu que, “apesar de ter se sagrado vencedora do grupo II, itens 3 e 4 do pregão, haveria falha de interpretação do dispositivo legal utilizado para recusa de sua proposta para esse lote, ao inabilitá-la com base no art. 9º, III, da Lei 8.666/1993”.*

A inabilitação decorreria de entendimento do FNDE de que a condição de um dos sócios da empresa inabilitada – como professor de instituição federal de ensino contratada pelo FNDE para a avaliação, inspeção e controle da qualidade dos protótipos das lanchas ofertadas pelos licitantes – reclamaria a incidência do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/93, que estabelece vedação à participação na licitação de servidor que integre o quadro funcional do contratante ou do responsável pelo processo licitatório.

*Em juízo de mérito, após tecer considerações acerca da aplicabilidade desse comando legal ao caso concreto, o relator consignou não perceber o atendimento pleno dos requisitos regimentais para a admissibilidade da representação “em face da consolidada jurisprudência do Tribunal, **no sentido de que refoge ao rol de competências do TCU atuar na defesa de interesses particulares junto à administração pública**”. Destacou não verificar, na espécie, “**situação de potencial prejuízo ao erário a ponto de justificar atuação deste Tribunal**”, sobretudo porque informações constantes da ata do pregão demonstravam que “o grupo II encontra-se suspenso, pendente de vencedor ou de possível recurso contra a decisão da inabilitação questionada, com previsão de retomada por meio de ata complementar ainda não publicada”.*

Nesse passo, colacionando amplo painel da jurisprudência do TCU sobre a matéria, obtemperou que, no caso concreto, **“o Tribunal está sendo acionado para resguardar suposto direito alheio, ou seja, numa situação em que não se mostra presente o interesse coletivo que justificaria a intervenção desta Corte de Contas”**. E assinalou que “sabendo que não foram esgotados os canais de revisão perante a autoridade recorrida previstos na legislação específica – a Lei nº 10.520/2002, o Decreto nº 3.555/2000, o Decreto nº 5.450/2005 e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/1993 – dos atos que o representante entende contrários aos seus direitos, bem como, no caso de negativa de provimento, apelo ao órgão da Justiça competente, reforço a tese de que matérias da espécie não encontram espaço para apreciação nesta Casa, sob pena de representar avanço indevido nas atribuições que são próprias da unidade jurisdicionada ou do Poder Judiciário”.

Por fim, concluiu que **“a matéria noticiada neste feito não oferece oportunidade ao exercício da competência conferida ao Tribunal de Contas da União pelo Texto Constitucional”**, ressaltando, contudo, que “esta Corte poderá intervir no processo, em defesa do interesse público, diante de atos a serem praticados pelo FNDE, para prosseguimento do pregão relativo ao item em questão, que possam, de alguma forma, representar prejuízo para a Administração”. **Nesse sentido, o Tribunal, acolhendo a tese da relatoria, não conheceu da representação.**

Acórdão 2439/2013-Plenário, TC 009.707/2013-1, relator Ministro Valmir Campelo, 11.9.2013.

Sobre o tema, também já se manifestou esta Corte de Contas Estadual:

ACÓRDÃO TC-2030/2015 - PLENÁRIO

Trata-se de representação formulada pelo Ministério Público Especial de Contas em que narra indício de irregularidade praticada pela Presidente da Comissão de Licitação do Município de Vitória no âmbito da Concorrência Pública 1/2014, por meio do qual se objetivou a seleção de pessoas físicas para execução de serviço de transporte de passageiro em veículos de aluguel a táxi (serviço de táxi). Segundo se noticiou, a irregularidade teria decorrido da **inabilitação indevida de um dos participantes**, revelando indícios de restrição à competitividade do certame e violação ao princípio da vinculação do instrumento convocatório, em razão do que se requereu a concessão de medida cautelar para suspender o curso do procedimento, a determinação de anulação da decisão que inabilitou um licitante e a repetição de todos os atos subsequentes.

Submetido o feito ao Núcleo de Cautelares, a área técnica entendeu **não terem sido atendidos os requisitos de admissibilidade da representação**, pois o expediente limitou-se a tratar da inabilitação individual de um dos participantes, limitando a análise do feito à inabilitação individual de um participante, limitando-se o feito, portanto, ao pleito de interesse privado junto à Administração Pública de Vitória. Sendo assim, apoiando-se em entendimento já consolidado pelo Tribunal de Contas da União, o NCA aduziu que refoge ao rol de competências dos Tribunais de Contas atuar na defesa de interesses particulares junto à Administração Pública (...).

Nesses termos, entende-se pelo não conhecimento da denúncia,

dado o não cumprimento dos requisitos de admissibilidade.

(...) ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-12525/2014, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia quinze de dezembro de dois mil e quinze, **à unanimidade, não conhecer a presente Representação, arquivando-se os autos**, nos termos do art. 94 §1º c/c art. 99 §2º da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), dando-se ciência ao Representante, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

Assim sendo, a Representante não apontou irregularidade no Edital Concorrência Pública 38/2020, mas apenas sobre a inabilitação de três empresas no certame.

Dessa forma, em uma análise cautelar, entende-se que **não** restou configurado o *fumus boni iuris*.

Como fundamentado supra, não houve alegação pela representante de uma irregularidade no Edital em questão, mas uma irresignação com a forma que a Comissão de Licitação aplicou as regras que já estavam previstas no certame.

Pondera-se, ainda, que mesmo com essa “alegada” irregularidade, houve habilitação de 15 (quinze) empresas, o que indica que, em uma análise de “fumaça do bom direito”, para fins de análise de medida cautelar, não estamos diante de um ato irregular apto a acarretar o exercício de competência desta Corte de Contas.

O segundo arrazoado da representante foi de que houve “uma diferença enorme nas quantidades dos serviços, sendo 3.230 metros de meio fio e 17.179,29 metros de sarjeta”.

Em relação a isso, assim embasou o Município de Presidente Kennedy:

Dando prosseguimento a análise da Concorrência, nos deparamos com quantitativos divergentes entre Meio fio de concreto e Sarjeta de Concreto. Conforme podemos observar no projeto executivo da obra, em quase todas as ruas a serem pavimentadas, serão construídas sarjetas nos dois cantos das ruas, onde também serão colocados Meio Fio de Concreto.

Os quantitativos de Meio Fio e Sarjeta deveriam ser em quantidades próximas, tendo em vista que os determinados serviços por fatores técnicos tem sua execução atrelada ao outro, ou seja, a execução do primeiro está intrinsecamente ligada a execução do segundo, ou vice versa, por exemplo a execução do meio fio e sarjeta, são serviços que se completam mutuamente, e que obrigatoriamente devem possuir quantitativos a serem executado parecidos.

Porém no caso em tela, há uma diferença enorme nas quantidades dos serviços, sendo 3.230 metros de meio fio e 17.179,29 metros de sarjeta, diante disso, fica evidente que houve falha grave na elaboração da planilha.

Vejamos o exame constante na Manifestação Técnica Cautelar 0043/2021:

Em sede de análise perfunctória, principalmente diante do caso concreto, entende-se que **não** restou configurada a suposta irregularidade apontada na representação.

Conforme descreve o representado, de fato, ocorreu um erro de digitação da planilha orçamentária, na qual a palavra “meio-fio/sarjeta” saiu como “sarjeta” somente, porém com quantidades e preços corretos. Por esse motivo, o referido erro de digitação não trouxe ao certame nenhum questionamento prévio e que, na fase em que se encontra, 15 (quinze) empresas participam da abertura da proposta de preços.

Dessa forma, em respeito ao princípio da *razoabilidade* e **formalismo moderado**, adotado pela nova lei de licitações, o referido erro formal **não** provocou a desclassificação/inabilitação de nenhum licitante ou questionamento prévio ao certame, não merecendo intervenção, por parte deste órgão de controle externo.

Em homenagem aos princípios da razoabilidade e formalismo moderado, a legislação em vigor destaca a necessidade do aproveitamento de licitações e contratos nos quais sejam detectadas irregularidades **que não os comprometam**, em prol do interesse público e da continuidade do processo licitatório, da obra ou serviço.

Dessa forma, entende-se que **não** restou configurado o *fumus boni iuris*.

Por todo o exposto, entende-se que **não** restaram configurados os elementos autorizadores para a concessão da medida cautelar pleiteada. **Destaca-se que a presente manifestação técnica se limitou a analisar as irregularidades descritas na inicial.**

Quanto a este segundo ponto, também não está presente a necessária fumaça do bom direito apta a permitir o deferimento de uma medida cautelar, pois sucedeu apenas um mero erro digitação da planilha orçamentária, onde ao invés de constar “meio-fio/sarjeta” foi consignado “sarjeta”, mas com o preço e quantidades corretas.

Sendo que não houve nenhum questionamento prévio em relação a isso, além disso, 15 (quinze) empresas participaram da abertura da proposta de preços. Dessa forma, acompanho o exposto na Manifestação Técnica 0043/2021 de que seria uma violação ao princípio da razoabilidade e formalismo moderado, adotado pela nova lei de licitações, considerar esse erro formal uma irregularidade, até porque não acarretou a desclassificação/inabilitação de nenhum licitante.

Assim, não preenchido o requisito da fumaça do bom direito, entendo pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica, **VOTO** no sentido de que os Eminentes Conselheiros aprovem a seguinte minuta de Decisão que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1651/2021-5

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

1.1. RATIFICAR A DECISÃO MONOCRÁTICA nº 00366/2021 PELO CONHECIMENTO da presente representação, com base no artigo 177, c/c artigo 186 da resolução TC nº 261/2013.

1.2. INDEFERIR a medida cautelar requerida, considerando a ausência dos pressupostos para a sua concessão previstos no artigo 376 da Resolução TC nº 261/2013, conforme fundamentação acima.

1.3. DAR CIÊNCIA ao representante conforme mandamento do §7º, art. 307, da Resolução TC 261/2013.

1.4. ENCAMINHAR cópia da Manifestação Técnica Cautelar 00043/2021 ao representado.

1.5. SUBMETER a presente representação ao **RITO ORDINÁRIO**, com o posterior encaminhamento dos autos à Área Técnica, para a devida instrução.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 02/06/2021 - 25ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (no exercício da presidência) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator);

4.2. Conselheiro substituto: João Luiz Cotta Lovatti (convocado).

5. Membros do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Luciano Vieira

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

No exercício da Presidência