



## Decisão 02508/2021-8 - 1ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

**Processo:** 03082/2021-3

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

**UG:** DETRAN-ES - Departamento Estadual de Trânsito

**Relator:** Sebastião Carlos Ranna de Macedo

**Interessado:** GIVALDO VIEIRA DA SILVA, ROGERIA DA SILVA AMARAL HENRIQUES

**Representante:** FUTURA COMERCIO E SERVICOS DE REFRIGERACAO EIRELI

**REPRESENTAÇÃO – DETRAN-ES –  
DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO  
ESPÍRITO SANTO – INDEFERIR MEDIDA  
CAUTELAR – ENCAMINAR PARA RITO ORDINÁRIO  
– TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL.**

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

### **1 RELATÓRIO**

Versam os presentes autos sobre Representação com pedido liminar *inaudita altera pars*, impetrada nesta Corte de Contas pela empresa **FUTURA Comércio e Serviços de Refrigeração EIRELI**, na data de **12 de julho de 2021** às 14:40h (Protocolo 16763/2021-1), em face do **DETRAN-ES** Departamento Estadual de Trânsito do Espírito Santo, onde discorre acerca de supostas irregularidades no Edital do **Pregão Eletrônico Nº 014/2021** cujo objeto é a *contratação de SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA COM FORNECIMENTO TOTAL*

*DE PEÇAS E COMPONENTES, NOS APARELHOS DE AR CONDICIONADO DO TIPO JANELA, SPLIT HI-WALL E PISO TETO, CASSETE E CORTINAS DE AR, LOCALIZADOS NAS UNIDADES DESCENTRALIZADAS DO DETRAN/ES DA REGIÃO NOROESTE DO ESPIRITO SANTO, conforme Processo nº 2020-C81PH, com valor estimado global de R\$2.125.254,75.*

O Edital prevê a abertura da sessão pública para o dia 22 de abril de 2021.

Consta do sistema SIGA decisão em Recurso Administrativo, referente ao procedimento em análise, impetrado pela empresa Himalaia Refrigeração e Conservação Eireli, julgado procedente para inabilitação da empresa representante Futura Comercio e Serviços de Refrigeração Eireli, na data de 24 de junho de 2021.

A representante identifica supostos indícios de irregularidades no edital que ensejam restrição a competitividade, *em síntese*:

1. Exigência indevida de comprovação de que o atestado de capacidade técnica operacional seja registrado no CREA;
2. Exigência abusiva prevista no item 11.2 (Das Obrigações do Licitante) de documentação impossível de ser obtida por expressa vedação legal.

Pugna a Representante *in fine* pela concessão da tutela de urgência, *inaudita altera parte*, determinando a imediata suspensão do Edital de Pregão Eletrônico nº 14/2021, até que o TCE-ES delibere sobre o mérito desta Representação, e no mérito, seja julgada procedente a representação determinando-se ao Detran-ES que anule o instrumento convocatório ou realize as adequações necessárias.

Para o exato cumprimento das missões constitucionais deste Tribunal de Contas, com fins de apurar os fatos representados sempre buscando maior aproximação da certeza, visto que o que se resguarda é o interesse público, decidi para que fossem carreados aos autos todos os dados e documentos necessários aos esclarecimentos dos fatos narrados na presente Representação.

Por meio da **Decisão Monocrática 00569/2021-1** (doc. 5) foi determinada a oitiva das partes, no prazo de 5 (cinco) dias, nos termos do §1º do art. 307 do RITCEES.

Os interessados apresentaram suas justificativas, conforme Resposta de Comunicação 000808/2021-2 (doc. 12)

Em análise prévia de Admissibilidade, decidi por CONHECER da Representação com base nos arts. 94, da Lei Complementar nº 621/2012 c/c. art. 177, 181 e 182 da Resolução TC 261/2013 (Despacho 30205/2021-5 - doc. 14).

Foram os autos então encaminhados à equipe técnica para análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar, o que foi implementado na **Manifestação Técnica de Cautelar 0083/2021-7** (doc. 16).

É o relatório.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

Compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de providências para o fiel cumprimento da lei, bem como a sustação de ato impugnado.

O art. 124, caput e o parágrafo único da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo descreve que no início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, esta Corte de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares. Inclusive, em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator.

A concessão de medida cautelar não exige juízo de certeza, mas sim da probabilidade de que o alegado pelo interessado seja plausível. Até mesmo porque o que se almeja é assegurar o resultado útil da atuação desta Corte.

Nesse sentido, a análise do NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações na **Manifestação Técnica de Cautelar 00083/2021-7**, exarada nos seguintes termos:

“[...]”

## 1. DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Resolução 261/13:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

- I - Fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio;  
e
- II - Risco de ineficácia da decisão de mérito.

O inciso I trata do *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito, definido como juízo de probabilidade de existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart<sup>1</sup>:

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da conseqüente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.

A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.

Já o inciso II trata do *periculum in mora*, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. São os entendimentos de Alexandre Freitas Câmara<sup>2</sup>:

Como dito anteriormente, o *fumus boni iuris* não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de *periculum in mora* (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar é modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que está diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta

---

<sup>1</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Volume 4: Processo Cautelar. 2ed. São Paulo: RT, 2010, p. 292

<sup>2</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

situação de perigo iminente que recebe o nome de *periculum in mora*, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz. (...)

Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o requisito do *periculum in mora*, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar.

Quanto ao requisito insculpido no inciso I do art. 376 do RITCEES, a fim de aferir a presença ou não do *fumus boni iuris*, faz-se necessária a análise dos pontos trazidos pelo representante.

## **2. Das Irregularidades Apontadas pelo Representante**

### **3.1 Exigência Indevida de Comprovação de que o Atestado de Capacidade Técnica Operacional seja Registrado no CREA;**

Cabe destacar que a Representação ofertada pela empresa FUTURA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE REFRIGERAÇÃO EIRELI, relatou que o Edital do Pregão Eletrônico nº 014/2021 do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN possui cláusula restritiva a competitividade ao exigir dos licitantes a comprovação de que o atestado de capacidade técnica operacional seja registrado no CREA.

Vejamos o item 11.2 do Termo de Referência Anexo I do PE 014/2021.

#### **11. DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA OPERACIONAL:**

[...]

**11.2.** A comprovação deverá ser feita por meio de apresentação de no mínimo 1 (um) atestado de capacidade técnica, devidamente assinado e em papel timbrado da empresa ou órgão tomador do serviço, devidamente registrado no CREA, com menção ao tipo de serviço executado e o número de equipamentos.

[...]

O representante informa que tal exigência deve ser solicitada do profissional e não da empresa, esclarecendo que é ilegal a apresentação de atestado acervado pelo CREA, asseverando ainda que:

“É irregular a exigência de que a atestação de capacidade técnico-operacional de empresa participante de certame licitatório seja registrada ou averbada junto ao CREA, uma vez que o art. 55 da Resolução-CONFEA 1.025/2009 veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico (CAT) em nome de pessoa jurídica.

A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais competentes deve ser limitada à capacitação técnico-profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas licitantes. (TCU, Acórdão no. 1849/2019, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. em 07/08/2019).

[...]

Como a atuação das pessoas jurídicas depende da presença de profissionais habilitados, os quais são indicados como responsáveis técnicos pela execução das obras e serviços de engenharia, tem-se como razoável e pertinente que a exigência do registro dos atestados junto ao CREA se restrinja à qualificação técnico-profissional. **Assim, os atestados referentes à qualificação técnico-operacional, como visam apenas a demonstrar que a pessoa jurídica atuou em objeto semelhante ao pretendido pela Administração, basta a sua apresentação, sendo dispensável o seu registro perante o CREA”.**

Por fim, o representante alega que o Edital em destaque não está em consonância com a legislação e princípios constitucionais, pois prevê cláusula restritiva a competitividade quando exige documentação impossível de ser alcançada por qualquer participante. ”

Em resposta à notificação desta Corte de Contas, o Srº Givaldo Vieira da Silva – Diretor Geral do DETRAN-ES, apresenta sua defesa alegando em síntese que:

“As exigências do Edital servem para resguardar o interesse público, porquanto a instalação e manutenção de ar-condicionado é serviço importante para a saúde dos funcionários da autarquia e usuários do serviço público de natureza complexa que devem ser acompanhadas por profissional habilitado

Em sua alegação informa que, consoante o estabelecido, a obrigatoriedade de registro e a anotação dos profissionais legalmente habilitados estão vinculadas e condicionam-se, na espécie, à atividade básica da empresa.

Informa que o serviço é de alta complexidade, porquanto diversos são os aparelhos de ar-condicionado do DETRAN/ES, se faz necessária o acompanhamento de profissional registrado

no CREA, bem como, comprovação de que a empresa tem experiência na área, e que a exigência é comum em licitações com a mesma natureza, inexistindo qualquer irregularidade em sua existência no processo licitatório.

Alega que a obrigatoriedade de registro e a anotação dos profissionais legalmente habilitados estão vinculadas e condicionam-se, na espécie, à atividade básica da empresa.

Informa que a Lei nº 5.194/66, regulamenta o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, arrolou em seu art. 7º as atividades e atribuições privativas destes profissionais, in verbis, bem como estabeleceu em seus artigos 59 e 60 quem está obrigado a se registrar no CREA.

Desse modo o responsável apresenta que, na linha do estabelecido no art. 7º da Lei 5.194/66, a atividade exercida pelos profissionais fiscalizados pelo CREA consiste basicamente na idealização, execução e fiscalização de obras e projetos alusivos à sua área de atuação, como no caso da instalação de ar-condicionado.

Destaca que a exigência é comum em licitações com a mesma natureza, inexistindo qualquer irregularidade em sua existência no processo licitatório, e que outras empresas cumpriram a exigência com a apresentação de profissional e atestado de capacidade técnica registrado no conselho de classe, conforme documentos ora anexados

Por fim alega que os requisitos do edital anteriormente publicado foram cumpridos, e a empresa denunciante foi eliminada do certame, por não cumprir as condições de habilitação, nos termos da decisão da pregoeira.

Assim, em face das constatações feitas pela Representação, procederemos à análise referente ao jurisdicionado notificado.

## **ANÁLISE**

Após análise dos documentos acostados aos autos, verifica-se que a o Srº Givaldo Vieira da Silva – Diretor Geral do DETRAN-ES, exibiu em sua defesa argumentos embasados na linha do estabelecido no art. 7º da Lei 5.194/66, em que a atividade exercida pelos profissionais fiscalizados pelo CREA consiste basicamente na idealização, execução e fiscalização de obras e projetos alusivos à sua área de atuação, como no caso da instalação de ar-condicionado.

Em sua alegação informa ainda que, consoante o estabelecido, a obrigatoriedade de registro e a anotação dos profissionais legalmente habilitados estão vinculadas e condicionam-se, na espécie, à atividade básica da empresa.

Esta servidora ao efetuar diligenciar junto ao sistema SIGA, verificou que a empresa Himalaia Refrigeração Eireli impetrou recurso contra a habilitação da empresa Futura Comércio e Serviços de Refrigeração Eireli, no qual questionava-se, dentre outras coisas, o atestado de capacidade técnica operacional apresentado pela Representante no pregão eletrônico 014/2021.

Ao realizar as análises das razões e contrarrazões dos envolvidos no recurso, o DETRAN deixou claro que não determinou no instrumento convocatório que o ateste da capacidade técnico operacional da empresa seja registrado ou averbado junto ao CREA.

Nesse sentido, segue trecho da análise do recurso realizada pela autarquia, extraído do SIGA:

A capacidade técnica a ser comprovada no processo licitatório divide-se em capacidade técnico operacional e capacidade técnico-profissional.

O acórdão 1.332/2006 do Plenário do TCU diferencia bem as duas espécies:

“A qualificação técnica abrange tanto a experiência empresarial quanto a experiência dos profissionais que irão executar o serviço. A primeira seria a capacidade técnico-operacional, abrangendo atributos próprios da empresa, desenvolvidos a partir do desempenho da atividade empresarial com a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade de pessoas. A segunda é denominada capacidade técnico-profissional, referindo-se à existência de profissionais com acervo técnico compatível com a obra ou serviço de engenharia a ser licitado.”

Insta frisar que, por meio da Resolução 1.025/2009, o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea), que tem competência para regulamentar os procedimentos relacionados à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e Certidão de Acervo Técnico (CAT), “indica que ser o atestado do Crea o documento apto a fazer prova da capacidade técnica



do profissional, mas não da empresa licitante.” (TCU. Acórdão 655/2016 – Plenário).

O Manual de Procedimentos Operacionais do CREA, por sua vez, esclarece de forma expressa, que “o atestado registrado no CREA constituirá prova da capacidade técnico-profissional para qualquer pessoa jurídica desde que o profissional citado na CAT: (...) **e que o Crea não emitirá CAT em nome da pessoa jurídica contratada para prova de capacidade técnico-operacional por falta de dispositivo legal que o autorize a fazê-lo**”.

É irregular a exigência de que a atestação de capacidade técnico-operacional de empresa participante de certame licitatório seja averbada junto ao CREA, uma vez que o art. 55 da Resolução-CONFEA 1.025/2009 veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico (CAT) em nome de pessoa jurídica. A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais competentes deve ser limitada à capacitação técnico-profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas licitantes. (TCU, Acórdão no. 1849/2019, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg em 07/08/2019).

A capacitação técnico-operacional trata, portanto, da demonstração da experiência positiva anterior da capacidade operativa da sociedade empresária, o que implica em presunção de que terá igual desempenho positivo no contrato decorrente do torneio que se disputa.

Naturalmente, a capacitação técnico-profissional deve se referir às parcelas de maior relevância sob o ponto de vista intelectual, isto é, parte do objeto em que predomina a expertise do profissional sobre a capacidade logística da empresa.

Por outro lado, a capacitação técnico-operacional se ocupa de apresentar dados de que a empresa licitante já suportou encargo operacional e logístico em contrato de porte análogo ao da licitação. Portanto, o atestado de qualificação técnico-operacional, o qual foi solicitado no instrumento convocatório, no Anexo III – item 1.3.1.2.1, visa demonstrar que a pessoa jurídica já atuou em objeto semelhante ao pretendido pela Administração Pública, bastando a sua apresentação com a ART do respectivo profissional indicado como responsável técnico

Vê-se, portanto que, segundo o DETRAN, basta que a empresa demonstre a *expertise* nos serviços a serem contratados, onde a empresa licitante já suportou encargo operacional e logístico em contrato de porte análogo ao da licitação em comento, bastando a apresentação do ART do profissional indicado como responsável técnico.

Ausente, portanto, o *fumus boni iuris*.

### **3.3 Art. 376, inciso II, do RITCEES - risco de ineficácia da decisão de mérito – *Periculum in Mora*.**

O segundo requisito necessário para a concessão da medida cautelar pleiteada é o citado *periculum in mora*, que está previsto no Regimento Interno desta Corte no art. 376, inciso II, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito.

Da soma desses requisitos extrai-se que não basta haver o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio. É fundamental também a presença do elemento temporal, ao passo que se analisa se esse fundado receio possa vir a se concretizar caso a prestação jurisdicional buscada não seja entregue a tempo.

Demais disso, por se tratar de objeto necessário à continuidade da prestação de que podem afetar a prestação dos serviços prestados à população, tem-se que a eventual concessão de medida cautelar no sentido de suspender o fornecimento de serviços para o funcionamento da rede de ar condicionado nas dependências do DETRAN, poderia trazer prejuízos incomensuráveis aos servidores e à sociedade em geral, de maneira que se materializa, neste caso, o **periculum in mora reverso**.

Verifica-se por meio do sistema SIGA que não houve a homologação da licitação até a data de 24/06/2021, data esta que consta o último registro no sistema.

### **Por todo o exposto, sugere-se a não concessão da medida cautelar pleiteada.**

Por fim, submeto ao crivo superior a seguinte proposta de encaminhamento:

## **4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

- 4.1** – Nos termos do art. 376 do RITCEES, seja **indeferida a medida cautelar**, tendo em vista a ausência de seus pressupostos para a sua concessão;
- 4.2** – Sejam notificados os responsáveis, para que apresente as justificativas e esclarecimentos necessários em face da representação, bem como, carreie aos autos cópia integral do processo administrativo, onde se materializou os atos do Pregão Eletrônico 14/2021, nos termos do art. 63, III da Lei 621/12 c/c 358, III da Res. 261/13; bem como, que seja observado o que estabelece a **Instrução Normativa nº TC nº 61, de 26 de maio de 2020, que dispõe quanto ao recebimento de protocolos e a autuação, instrução e tramitação de processos eletrônicos no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo - TCEES**
- 4.3** – Determinar que os presentes autos tramitem sob o **rito ordinário**, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES.
- 4.4** - Seja dada ciência ao representante do teor da decisão a ser proferida, conforme mandamento do art. 307 § 7º, da Resolução TC 261/2013.

Atenciosamente,

[...]"

**Acolho** a fundamentação da **Manifestação Técnica de Cautelar 0083/2021-7** exarada pelo NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, e, diante do permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria e tomados os fundamentos fáticos e de direito até aqui apresentados, em consonância com a proposição da manifestação técnica, voto por **INDEFERIR a cautelar requerida** eis que inexistente, no caso concreto, o *fumus boni iuris*, materializado, ainda, neste caso, o *periculum in mora reverso*.

Pelo exposto, entendo que devam os autos tramitar sob o rito ordinário face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES, e sejam remetidos à área técnica para regular instrução, com tramitação preferencial de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES.

Obedecidos todos os trâmites processuais e legais, em consonância com o entendimento da área técnica, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto a sua consideração.

### **SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**

Relator

#### **1. DECISÃO TC-2508/2021-8**

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

**1.1. INDEFERIR o pedido para concessão da medida cautelar**, visto que não restou demonstrado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora reverso*;

**1.2. TRAMITAR OS AUTOS SOB O RITO ORDINÁRIO** face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES, e sejam remetidos à área técnica para regular instrução, com tramitação preferencial de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES;

**1.3. NOTIFICAR** a Representante, na forma do art. 307, §7º do RITCEES, bem como o agente responsável, na forma do art. 307, § 3º da mesma norma regimental.

**2. Unânime**

**3. Data da Sessão: 27/08/2021 - 39ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara**

**4. Especificação do quórum:**

**4.1.** Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator) e Rodrigo Coelho do Carmo.

**5.** Membro do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Heron Carlos Gomes de Oliveira.

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

**Presidente**