



Decisão Monocrática 00985/2021-1

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 05546/2021-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: JOAO BATISTA BARBOSA PINTO

Responsável: ROBERTINO BATISTA DA SILVA, GEORGE MACEDO VIEIRA, RICARDO PEPE REIS

Procuradores: ROBERTINO BATISTA DA SILVA (CPF: 577.558.257-87)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO
– CONHECER – LIMINAR CONCEDIDA – SUSPENSÃO
IMEDIATA DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 003/2021 OU
EVENTUAL CONTRATAÇÃO – DETERMINAR OITIVA DAS
PARTES – NOTIFICAÇÃO.**

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de **Representação com pedido de cautelar**, formulada pelo senhor João Batista Barbosa Pinto, narrando supostas irregularidades existentes no âmbito da Concorrência Pública n.º 003/2021, que tem como objeto a contratação de empresa para executar obra de drenagem, esgotamento sanitário, pavimentação e construção de praça no bairro Belo Horizonte, sob a responsabilidade dos senhores Robertino Batista da Silva (Prefeito Municipal), Ricardo Pepe Reis (Secretário Municipal de Obras) e George Macedo Vieira (Presidente da CPL).

Em apertada síntese, o Representante se insurge em face da exigência de comprovação da qualificação técnica das proponentes e de seus responsáveis técnicos



+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

de diversos serviços, como, por exemplo, meio fio, brita graduada e BSTC; ante a irrelevância e insignificância desses serviços em relação ao objeto global licitado, o que configuraria verdadeira ilegalidade, capaz de restringir indevidamente a disputa, comprometendo a finalidade do procedimento. Além disso, de acordo com o Representante, a planilha orçamentária dos lotes 1,2 e 3, constam valores para administração local acima do permitido, fato esse, que poderia ocasionar prejuízo ao erário.

Ao final, o Representante pleiteia o deferimento da medida cautelar para suspender a Concorrência Pública nº 003/2021.

Por meio da **Decisão Monocrática 00854/2021-2** (peça 05), a Conselheira Márcia Jaccoud Freitas, determinou a notificação dos senhores Robertino Batista da Silva, Ricardo Pepe Reis e George Macedo Vieira, para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresentassem os esclarecimentos preliminares sobre os fatos questionados na Petição Inicial.

Notificados, os responsáveis conjuntamente apresentaram sua defesa (peça 12).

Após, conheci a representação, por meio da **Decisão Monocrática nº 923/2021-1** e encaminhei os autos a área técnica para se manifestar sobre o pedido cautelar, nos termos do art. 307, §2º do RITCEES (aprovado pela Res. TC 261/2013).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao **Núcleo de Controle Construção Civil Pesada - NCP**, onde foi elaborada a **Manifestação Técnica de Cautelar 00154/2021-3** (peça 22), 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 03/2021 ou eventual contratação dela decorrente, caso tenha ocorrido a violação do



+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

parâmetro objetivo estabelecido no artigo 67, §1º, Lei Nacional nº 14.133/2021 até posterior deliberação nos autos deste processo;

3.2. **Determinar** aos representados que juntem aos autos prova do cumprimento da decisão cautelar, nos termos do art. 3075, § 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 §7º6, do art. 307, da Resolução TC 261/2013.

II. FUNDAMENTOS

II.1 ADMISSIBILIDADE

Cumpra-se mencionar que a representação foi conhecida pela **Decisão monocrática 00923/2021-1** (peça 20), por cumprimento dos artigos 94 e 101, da Lei Orgânica desta Corte de Contas (Lei Complementar 621, de 08.03.2012) e artigos 176 e 177 do nosso Regimento Interno (Resolução TC 261, de 04.06.2013).

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 **receito 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 00154/2021-3**, opinou pelo **deferimento** da



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaziz, 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 licitado.

Ainda sobre o tema, encontramos, dentre os julgados do TCU, o Acórdão nº 170/2007 – 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.

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:**

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. (...)**

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



+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

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 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.

Pelo exposto, opina-se pela concessão da medida cautelar a fim de determinar aos Representados a suspensão da licitação Concorrência Pública 03/2021 ou eventual contratação dela decorrente, caso tenha ocorrido a violação do parâmetro objetivo estabelecido no artigo 67, §1º, Lei Nacional nº 14.133/2021, até posterior deliberação nos autos deste processo.

Dessa forma, presentes os requisitos autorizadores, entendo pelo deferimento da medida cautelar para suspender a licitação Concorrência Pública 003/2021 ou eventual contratação dela decorrente, até decisão de mérito sobre a questão suscitada.

III. DECISÃO



+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

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

III.1 DEFERIR a medida cautelar, visto que restaram demonstrados os requisitos do artigo 376 do RITCEES, no sentido de **suspender a licitação Concorrência Pública nº 003/2021** da Prefeitura Municipal de Marataízes, bem como eventual contratação dela decorrente, até decisão de mérito sobre a questão suscitada;

III.3 NOTIFICAR os senhores Robertino Batista da Silva – Prefeito Municipal de Marataízes, Ricardo Pepe Reis – Secretário Municipal de Obras e George Macedo Vieira – Presidente da CPL, 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 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.



+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

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