



Decisão 03773/2021-8 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 05669/2021-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: DER-ES - Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo, SEAG - Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca, SEDURB - Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ES

Responsável: MARCUS ANTONIO VICENTE, FERNANDA MELLO PEREIRA, PAULO ROBERTO FOLETTI, PATRICK SILVA RIBEIRO, LUIZ CESAR MARETTA COURA, JOSE RICARDO MONTEIRO DOS SANTOS

Procuradores: DANNYEL CARVALHO COELHO (OAB: 30104-DF), STEFANY ALVES CORREA RODRIGUES (OAB: 61991-DF), LEONARDO BICALHO DE MENDONCA (OAB: 62803-DF), FABRICIO MISSORINO LAZARO (OAB: 59268-DF), JOABE LEAL ALEXANDRE FERREIRA (OAB: 38943-DF), YASMIN EL MAJZOUN DEBS (OAB: 47800-DF), NATHALIA DE MELO SA RORIZ (OAB: 32686-DF), LAURO AUGUSTO VIEIRA SANTOS PINHEIRO (OAB: 38125-DF, OAB: 453A-SE), JAIRO FERNANDO MECABO (OAB: 14950-DF), LUCIANO ALVES NASCIMENTO (OAB: 178509-RJ, OAB: 35153-ES), PAULA VIANNA SECUNDINO (OAB: 29634-ES), MARIANNA DE ARAUJO COSTA (OAB: 26585-ES), VINICIUS BEZERRA PEREIRA (OAB: 25420-ES), MARLUCIA OLIVEIRA SANTOS (OAB: 5525-ES), RAFAEL INDUZZI DREWS (OAB: 10579-ES)

**FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO – CONHECER
– INDEFERIR CAUTELAR – RITO ORDINÁRIO –
OITIVA DO RESPONSÁVEL – ENCAMINHAR À
ÁREA TÉCNICA – CIENTIFICAR.**

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

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado do Espírito Santo –CREA/ES, questionando irregularidades no **Edital nº 002/2021**, publicado pela Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação

e Desenvolvimento Urbano–SEDURB; **Editais nº 008/2021 e nº 007/2021**, publicados pela Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca –SEAG; e **Edital nº 027/2021**, publicado pelo Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo–DER/ES.

As obras de engenharia, objeto do **Edital de Concorrência nº 002/2021**, publicado pela Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano–SEDURB consistem na execução das obras de construção da galeria-dique e **parque** linear do Canal Marinho, no município de Vila Velha/ES.

O objeto do **Edital de Concorrência nº 007/2021** é contratação de empresa para execução de serviço de conservação de rodovias com revestimento primário com revsol e drenagem no trecho Gordiano Guimarães - Aparecidinha (1ª etapa), localizado no município de Colatina/es, e o objeto do **Edital de Concorrência 008/2021** é contratação de empresa para execução de reabilitação de rodovia em pavimento asfáltico no trecho: bairro areinha –represa duas bocas no município de Cariacica/ES, ambos publicados pela Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca –SEAG.

Ainda, o **Edital de Concorrência nº 027/2021**, publicado pele Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo–DER/ES, visa obras e/ou serviços de empreitada para contratação de empresa para execução dos serviços de recuperação e construção de nova obra de Arte Especial sobre o Rio Preto, na Rodovia ES-010, trecho São Mateus –Guriri, sob jurisdição da Superintendência Executiva Regional 4 (SR-4), do Departamento de Edificações e de Rodovia do Estado do Espírito Santo (DER-ES).

Alega o representante que os certames publicados pelo Estado do Espírito Santo para a realização de obras de engenharia, estão em desconformidade com o inciso II, caput do artigo 30 da Lei 8.666/1993, tendo em vista que não poderia ser dispensada em edital a exigência da apresentação do atestado de capacidade técnica operacional.

Afirma ainda que os editais não poderiam exigir atestado de capacidade técnica em nome da empresa licitante registrado no CREA, pois desde o ano de 2009 o CREA não registra atestado em nome de pessoa jurídica, o que limitaria a competição.

Por fim, requer:

Ante o exposto, requer este peticionante à concessão de medida cautelar inaudita altera pars, em caráter de urgência, de forma monocrática pelo eminente Relator, haja vista a presença dos pressupostos autorizadores, no sentido de determinar a suspensão imediata dos certames que constam do Edital nº 002/2021, publicado pela Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano –SEDURB; Editais números 008/2021 e 007/2021, publicados pela Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca –SEAG; e Edital nº 027/2021, publicado pelo Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo –DER/ES, isto até ulterior decisão desse Egrégio Tribunal de Contas.

Por fim, requer que seja a presente representação julgada procedente de maneira que sejam anulados os processos licitatórios mencionados acima, a fim de que os processos licitatórios sejam reiniciados sem que os respectivos editais exijam a apresentação de Certidão de Acervo Técnico –CAT emitida em nome da empresa licitante e sem possibilitar que os licitantes demonstrem sua capacidade técnico-operacional através de Certidão de Acervo Técnico –CAT de profissional que não esteja no seu quadro de funcionários na data prevista para entrega da proposta.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito.

Denota-se que através da **Decisão Monocrática 00874/2021** (evento 09) determinei a **NOTIFICAÇÃO** de:

- **Marcus Antônio Vicente**, (Secretário de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano) e **Fernanda Mello Pereira** (Presidente da CPL da SEDURB), para que, **no prazo de 05 (cinco) dias**, apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Concorrência 002/2021 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito.
- **Paulo Roberto Foletto** (Secretário de Estado de Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca), e **Patrick Silva Ribeiro** (Presidente da CPL da SEAG), para que, **no prazo de 05 (cinco) dias**, apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Concorrência nº 007/2021 e nº 008/2021 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito

- **Luiz Cesar Maretta Coura** (Diretor-presidente do Departamento de Edificações e de Rodovias do Espírito Santo) e **José Ricardo Monteiro dos Santos** (Presidente da CPL do DER), para que, no prazo de **05 (cinco) dias**, apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Concorrência nº 027/2021 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito,

Através dos Termos de Notificação 1848/2021, 1849/2021, 1850/2021, 1851/2021, 1852/2021 e 1853/2021 (eventos 10 a 15), os responsáveis foram devidamente notificados.

Em resposta, foi protocolada a Defesa/Justificativa 01253/2021 (evento 33), Peça Complementar 50056/2021 (evento 34), Requerimento 442/2021 (evento 48) e Peças Complementares (eventos 49 a 79), por Marcus Antônio Vicente e Fernanda Mello Pereira; Defesa/Justificativa 1255/2021 (evento 35) e Peças Complementares (eventos 36 à 45) por Luiz Cesar Maretta Coura e José Ricardo Monteiro dos Santos.

Ainda, foram protocoladas pela Procuradoria Geral do Estado a Resposta de Comunicação 1309/2021 (evento 46), Resposta de Comunicação 1326/2021 (evento 85) e Peças Complementares (evento 86 a 114), requerendo o indeferimento da cautelar, e abertura de prazo para manifestação do Estado.

Frisa-se que por meio da **Decisão Monocrática 00944/2021** (evento 17), conheci da representação e encaminhei os autos à área técnica para instrução do feito.

Ato contínuo, o Núcleo de Controle Externo de Construção Civil Pesada, através da **Manifestação Técnica de Cautelar 162/2021** (evento 21), apresentou proposta de encaminhamento no sentido de indeferir a cautelar pleiteada e determinar que os autos caminhem sob o rito ordinário face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. Da admissibilidade:

Cumprе mencionar que a representação foi conhecida pela **Decisão Monocrática 00944/2021** (evento 17), por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 177 c/c 186 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013 e no artigo 94, da Lei Complementar Estadual 621/2012, devendo a referida decisão ser ratificada pelo Colegiado do Plenário.

2.2. Pressupostos para concessão da medida cautelar:

Acerca do tema cautelar, a Lei Complementar Estadual 621/2012, em seus artigos 108 e 124 estabelecem a competência para concessão de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas, *verbis*:

[...]

Art. 108. **O Tribunal poderá suspender, de ofício ou a pedido, inclusive em caráter cautelar,** o procedimento licitatório, caso sejam constatadas irregularidades ou ilegalidades, observando-se, no que couber, o disposto nos artigos 100 e 101 e no Título V desta Lei Complementar.

(...)

Art. 124. 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,** o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, **com ou sem a oitiva da parte,** determinar medidas cautelares.

Parágrafo único. **Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator,** devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno. – g.n.

Outrossim, o Regimento Interno desta Corte de Contas, Resolução TC 261/2013, tratando da competência do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, assim prescreveu em seu artigo 1º, *verbis*:

[...]

Art. 1º **Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo,** órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e da Constituição Estadual e na forma estabelecida na sua Lei Orgânica, **compete:**

XV - **expedir medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao Erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões;**

XXXV - **expedir medidas cautelares nos processos de sua competência;** - g.n.

Neste sentido, quanto à concessão de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, o Excelso Pretório já pacificou o entendimento quanto à competência dos Tribunais de Contas para concessão de medidas cautelares, vez que se mostra atividade intrínseca à consecução da competência constitucionalmente estabelecida aos Tribunais de Contas, vejamos:

[...]

CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW”. DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida cautelar, impetrado contra deliberação, que, emanada do E. Tribunal de Contas da União (Processo TC-008.538/2006-0) acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 35/36 EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA) – g.n.

Assim, mostra-se possível e cabível a concessão de medida cautelar expedida por este Egrégio Tribunal de Contas, porém, a sua concessão passa pelo exame dos requisitos autorizadores, quais sejam o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora).

Com relação a representação formulada, a área técnica por meio da **Manifestação Técnica de Cautelar 00162/2021** entendeu que não restou caracterizada a presença do *fumus boni iuris*. Vejamos:

[...]

2 – DA ANÁLISE

Entende-se que **não** restaram configurados os requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.

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 **não** restou caracterizado o *fumus boni iuris*. Passamos a analisar, em sede de cautelar, a suposta irregularidade apontada pelo Representante.

2.1 Capacidade Técnica-Operacional

Conforme a sistemática adotada pela Lei nº 8.666/93, na etapa de habilitação, entre outros aspectos, a Administração deverá analisar a qualificação técnica dos licitantes, com o objetivo de aferir se dispõem de conhecimento, experiência e aparelhamentos técnico e humano suficientes para satisfazer o contrato a ser celebrado.

Para isso, a Lei de Licitações autoriza a Administração a exigir a comprovação da capacitação técnico-operacional, nos termos de seu art. 30, inc. II, e a comprovação da capacitação técnico-profissional, de acordo com seu art. 30, § 1º, inc. I.

No primeiro caso (capacitação técnico-operacional), a experiência a ser verificada é a da pessoa licitante, devendo comprovar, enquanto organização empresarial, sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Quanto à capacitação técnico-profissional, o foco da exigência é a demonstração da experiência do profissional indicado pelo licitante para atuar como seu responsável técnico.

Não obstante o silêncio legal, o Tribunal de Contas da União reconheceu, por meio da publicação da Súmula nº 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”.

No que diz respeito à qualificação técnico-profissional, a Lei de Licitações, no § 1º, inc. I, de seu art. 30, dispõe que a licitante deverá demonstrar:

possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Feita essa introdução, passamos a analisar, em sede de cautelar, o caso em tela.

O Representante questiona a exigência de capacidade técnico-operacional através de Certidão de Acervo Técnico - CAT de profissional que não esteja no seu quadro de funcionários da empresa licitante na data prevista para entrega da proposta.

Pela leitura da inicial, não é possível concordar com a referida tese.

A Capacidade Técnico-Operacional consiste na experiência satisfatória anterior no desempenho de objeto similar ao levado à licitação. Formula-se juízo de probabilidade acerca do futuro, tomando em vista o passado. Aquele que, anteriormente, incumbiu-se adequadamente de certa tarefa será presumido como titular das condições de fazê-lo no futuro.

Dessa forma, diferente da narrativa apresentada pelo Representante, na Capacidade Técnico-Operacional se faz uma avaliação da empresa licitante exatamente do seu passado. Pensar diferente nos levaria à conclusão de que haveria coincidência entre os conceitos capacidade técnico-operacional e profissional.

No mesmo sentido defendido por este subscritor, estão os julgados do Tribunal de Contas da União¹ (TCU) e Superior Tribunal de Justiça (STJ):

(...) Como exposto pela unidade técnica, tais atestados “referem-se à **capacidade técnico-operacional**, razão pela qual é indiferente se o profissional responsável técnico à época [de que trata o atestado] **não trabalha mais para a empresa.**” Nesse sentido, menciono o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO “TÉCNICO-OPERACIONAL” DA EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA.

- A exigência não é ilegal, se necessária e não excessiva, tendo em vista a natureza da obra a ser contratada, prevalecendo, no caso, o princípio da supremacia do interesse público. Art. 30, da Lei das Licitações.

¹ ACÓRDÃO 478/2015 - PLENÁRIO

- A capacitação técnica operacional consiste na exigência de organização empresarial apta ao desempenho de um empreendimento, situação diversa da capacitação técnica pessoal.

(REsp 331.215/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 27/05/2002, p. 129)

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

Destaca-se que a presente manifestação técnica se limitou a analisar as irregularidades descritas na inicial.

Isto posto, nota-se que não há nos autos comprovação apta a justificar a necessidade de concessão da medida cautelar suspendendo o certame, haja vista a ausência do pressuposto do *fumus boni iuris*, restando prejudicada a análise quanto ao *periculum in mora*.

Desse modo, filio-me ao entendimento esposado pela Área Técnica, nos termos da Manifestação Técnica de Cautelar nº 00162/2021, quanto ao indeferimento do pleito cautelar, bem como pelo prosseguimento do feito em rito ordinário.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Por todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica, **VOTO** no sentido de que o colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-3773/2021-8:

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

1.1. RATIFICAR os termos da Decisão Monocrática 00944/2021-1, quanto ao conhecimento da representação, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, na forma do artigo 177, da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES;

1.2. INDEFERIR a medida cautelar pleiteada, tendo em vista a ausência dos pressupostos para a concessão, previstos no artigo 376, da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES;

1.3. SUBMETER as presentes representações ao **RITO ORDINÁRIO**;

1.4. DETERMINAR a oitiva dos Senhores **Marcus Antônio Vicente**, (Secretário de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano), **Fernanda Mello Pereira** (Presidente da CPL da SEDURB), **Paulo Roberto Foletto** (Secretário de Estado de Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca), **Patrick Silva Ribeiro** (Presidente da CPL da SEAG), **Luiz Cesar Maretta Coura** (Diretor-presidente do Departamento de Edificações e de Rodovias do Espírito Santo) e **José Ricardo Monteiro dos Santos** (Presidente da CPL do DER), para que se pronunciem em até 10 (dez) dias, em observância ao artigo 307, § 3º, do RITCEES, com posterior encaminhamento dos autos à Secretaria Geral de Controle Externo – SEGEX para a devida instrução;

1.5. DAR CIÊNCIA os interessados na forma regimental.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 23/11/2021 - 60ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (vice-presidente no exercício da presidência), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-Geral Luciano Vieira (em substituição ao procurador-geral).

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Vice-presidente no exercício da presidência