



## **Decisão 03724/2022-2 - 1ª Câmara**

Produzido em fase anterior ao julgamento

**Processo:** 07879/2022-9

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

**UG:** PMCI - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim

**Relator:** Rodrigo Coelho do Carmo

**Representante:** ABBEY CONSTRUTORA E IMOBILIARIA LTDA

**Responsável:** VANDER DE JESUS MACIEL, LEONARDO SANTOS DE PAULA

**Procurador:** CARLA VICENTE PEREIRA (OAB: 22006-ES)

**REPRESENTAÇÃO – CONHECER – INDEFERIR  
MEDIDA CAUTELAR – CITAR RESPONSÁVEIS -  
CIENTIFICAR**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:**

### **I – RELATÓRIO**

Cuidam os autos de Representação apresentada nesta Corte de Contas pela ABBEY CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LTDA, representada pela Dra. Carla Vicente Pereira, noticiando supostas irregularidades na Concorrência Pública 040/2022 – Processo 26.715/2022 da Secretaria Municipal da Administração de Cachoeiro de Itapemirim/ES – SEMAD/CPL.

Em breve síntese, a parte representante alega que a Secretaria Municipal da Administração de Cachoeiro de Itapemirim/ES– SEMAD, tornou público o edital de Concorrência Pública 040/2022, na modalidade do sistema de Menor Preço, cujo objeto é a “contratação de empresa para fornecimento de concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) para pavimentação asfáltica, padrão DNIT, faixa c, com CAP 50/70”.

O referido edital possui como exigência que a usina de asfalto deverá estar localizada dentro do perímetro do Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, conforme exemplificado no subitem 18.3, que segue:

18.3. Considerando o princípio da economicidade, dentre outros fatores, tais como, o custo diário com combustível, os custos para manutenção dos veículos, os riscos para os veículos e os servidores durante o deslocamento do material, a Usina de Asfalto deverá estar localizada dentro do perímetro do Município;

De acordo com a Representante tal exigência do subitem acima, viola os princípios norteadores da Administração Pública, como o princípio da concorrência, pois impõe uma limitação, sem amparo legal.

Diante da alegação de irregularidade, a representante requer a concessão da medida liminar a fim de suspender o certame, e a procedência da representação, no sentido de anular o Edital, supostamente irregular, conforme desprende dos pedidos a seguir transcritos:

- a) Seja deferida liminar “*inaudita altera pars*” para provisoriamente garantir a cautelar e imediata suspensão Sessão Pública de recebimento dos envelopes “Proposta de Preços” e “Documentos de Habilitação” **da licitação pública nº. 040/2022, procedimento de licitação instaurado em razão do processo administrativo nº 26.715/2022**, visando à prevenção de direito líquido e certo da Representante em concorrer em certame licitatório, em igualdade de condições com os demais concorrentes, procedimento este que deverá estar alicerçado sobre a forte coluna da Legalidade, da Impessoalidade, da Eficiência e da Probidade Administrativa, assim como direito à legalidade e a prevalência da lei, todos violados pela Autoridade aqui nomeada Coatora, tudo em reverência aos Princípios da Legalidade, da Isonomia, da Impessoalidade, da Publicidade e da Probidade Administrativa;
- b) No mérito, confirmada a medida liminar anteriormente requerida, em definitivo, Seja notificada, após concessão da medida liminar anteriormente requerida, no sentido de **ANULAR O EDITAL Nº.**

**040/2022, REPUBLICANDO-O DENTRO DOS DITAMES LEGAIS E JURISPRUDÊNCIAS, EXCLUINDO A EXIGÊNCIA DO SUBITEM 18.3,** reverenciando, acima de tudo, aos princípios básicos da Administração

Pública da legalidade, da igualdade de condições, da publicidade, da eficiência, da isonomia, do interesse público e da probidade administrativa, todos ignorados pela autoridade aqui nomeada coatora, espelhado no maquiavélico tratamento desigual entre os licitantes, em total arrepio às normas e princípios da Administração Pública, conforme amplamente fundamentado, resultado no qual confia e pelo qual espera, na certeza da mais lídima, altaneira e cristalina Justiça.

c) Sejam promovidas citações, para que querendo apresentarem razões de justificativas;

d) Por fim, seja julgada TOTALMENTE PROCEDENTE a representação.

Antes da apreciação da medida cautelar, através da Decisão Monocrática 0963/2022-2 (Evento 7), **conheci** a representação, após verificar o preenchimento dos requisitos necessários à apresentação do feito e **determinei a notificação** da Sra. Renata Lopes dos Santos Zagotto - Pregoeira Oficial) para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresentassem as justificativas e documentos que julgassem necessários.

Notificada, a Sra. Renata Lopes dos Santos Zagotto, apresentou resposta, que foi encaminhada ao Núcleo de Controle Externo de Construção Civil Pesada- NCP para instrução, que através da Manifestação Técnica 3305/2022-9 (Evento 16) sugeriu pela notificação do Secretário Municipal de Manutenção e Serviços (Semmat) e da Pregoeira para manifestação acerca da representação.

A sugestão da área técnica foi acolhida, e, através da Decisão Monocrática 1008/2022-1 (Evento 19), decidi pela notificação do Secretário Municipal de Manutenção e Serviços (Semmat), Sr. Vander de Jesus Maciel, e da Pregoeira, Sra. Renata Lopes dos Santos Zagotto para que, no prazo de 05 (cinco) dias, se manifestassem sobre os termos da presente representação e eventuais alterações que ocorreram no curso da licitação que permitiram a contratação de empresas de fora do perímetro urbano do município de Cachoeiro de Itapemirim.

Após notificação, o Secretário e a Pregoeira apresentaram suas defesas/justificativas (Eventos 24 e 25, respectivamente) e então, os autos retornaram à unidade técnica para análise, que, através da Instrução Técnica Inicial 0195/2022-1, opinaram pelo

indeferimento da medida cautelar pleiteada na representação e a citação dos responsáveis.

Ato contínuo, retornaram os autos a este Gabinete.

É o sucinto relatório.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO**

### **II.1 Dos Pressupostos Cautelares**

Dispõe o art. 124 da Lei Complementar 621/2012 que, nas hipóteses de comprovada urgência, poderá o Relator decidir pela concessão de cautelar, conforme transcrição abaixo:

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, **havendo fundado receio de grave ofensa ao interesse público 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.

A análise do substrato conceitual para o deferimento da medida cautelar está relacionada à existência dos requisitos que a doutrina denomina de *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento, na forma prescrita no art. 376 da Resolução TC nº. 261/2013:

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: (destacamos)

I - **fundado receio de grave ofensa ao interesse público**; e (destacamos)

II - **risco de ineficácia da decisão de mérito**. (destacamos)

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão.

O primeiro requisito é constituído pelo *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito,

definido pelos doutrinadores como juízo de probabilidade da existência do direito perseguido. Para obter a tutela cautelar, deve-se convencer o julgador 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.

O outro requisito é traduzido pelo *periculum in mora* ou o risco de ineficácia da decisão de mérito, conceituado como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. Nesse contexto, 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 este requisito.

Pois bem, no caso concreto, o Representante requer a suspensão do Pregão Eletrônico 40/2022, bem como, posterior anulação do certame. Ocorre que, foi verificado, após análise dos documentos referentes à licitação, que a empresa vencedora do certame foi a empresa que ora figura no polo ativo da representação. Ademais, verifica-se que o contrato encontra-se em plena execução, não sendo identificado nos autos indício de sobrepreço ou superfaturamento. Dito isso, constata-se a **inexistência do risco da ineficácia da decisão de mérito**, requisito geral autorizador da tutela antecipada.

Ante os fatos expostos, tratando-se os requisitos para concessão da liminar pleiteada, elencados pelos art. 376 do RITCEES, requisitos cumulativos, e constatada a ausência do *periculum in mora*, concluo pelo **INDEFERIMENTO** da medida cautelar.

## **II-2- Do indício de irregularidade**

Conforme menção prévia, alega a representante haver irregularidade no item 18.3 do Pregão Eletrônico 40/2022, que fixou distância para usina de asfalto, exigindo a localização desta no Município de Cachoeiro de Itapemirim, aduzindo que tal

exigência contraria princípios da administração pública, como o princípio da concorrência.

Pois bem, sobre a exigência editalícia, verifica-se que, de fato, configura uma irregularidade, isto porque viola expressamente o artigo 3º, §1º, I da Lei 8666/93, que dispõe sobre a vedação aos agentes públicos ao estabelecimento de distinções ou preferências aos licitantes em razão da sua sede, conforme transcrição abaixo:

Art 3º

(...)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, **e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes** ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifos nossos)

Ademais, o artigo 30 da Lei 8666/93, ao dispor sobre a documentação relativa à qualificação técnica para habilitação em um certame, veda, no §6º “*exigências de propriedade e de localização prévia.*” Portanto, ao estipular que localização de instalação de usina de asfalto deve estar dentro do município licitante, há uma inobservância ao princípio constitucional da isonomia, visto que há cerceamento da competitividade, podendo afetar na seleção de proposta mais vantajosa para a administração.

O endendimento pela impossibilidade da fixação de distância para usina de asfalto tem sido frequente nos Tribunal de Contas, sendo no estado de Estado de São Paulo, uma vedação sumudada<sup>1</sup>. O Tribunal de Contas da União também tem fixado seu entendimento nesse sentido, conforme verifica-se a seguir:

**Também há ilegalidade quando o edital determina que os interessados em participar do certame deverão comprovar, no momento da habilitação, que a usina de asfalto não pode distar mais que 60 km da sede do Município** e deve possuir alvará ou licença de operação em vigor já no momento da sessão de abertura. Tal previsão esbarra na vedação contida na parte final do § 6º do art. 30 da Lei n. 8.666/93, por constituir-se em prévia imposição quanto à localização.

---

<sup>1</sup> “SÚMULA N. 16 — Em procedimento licitatório, é vedada a fixação de distância para usina de asfalto (Publicação: DOE/ SP de 21/12/2005)”.

Acaba por consubstanciar evidente direcionamento a empresas que possuam obras em execução nas adjacências ou que disponham de usinas de asfalto nas proximidades do empreendimento, fato que, por via oblíqua, beneficia os donos de usinas da região, criando uma espécie de monopólio.

Sessão Plenária do dia 04/05/2011, nos autos do Processo TC n. 002.604/2011-6 (Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 1141/2011). (grifos nossos)

Diante do exposto, considerando a caracterização da irregularidade aduzida pela representante, determino a **citação** dos Srs. **Vander De Jesus Maciel**, Secretário Municipal de Manutenção e Serviços responsável por homologar o certame, e **Leonardo Santos de Paula**, Engenheiro Civil responsável pela elaboração do Edital Pregão Eletrônico 40/2022, para apresentarem razões de justificativa.

### III - CONCLUSÃO

Diante do exposto, não se justifica, ao meu sentir, a necessidade de urgência da medida pleiteada, por considerar ausentes os requisitos essenciais a sua concessão, nos termos postos na presente decisão.

Dessa maneira, **anuindo com o entendimento da área técnica**, VOTO no sentido de que o pleno aprove a seguinte minuta de Decisão que submeto à consideração.

**RODRIGO COELHO DO CARMO**  
**Conselheiro Relator**

#### 1. DECISÃO TC-3724/2022-2

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, em:

**1.1. INDEFERIR** o pedido para concessão da medida cautelar, eis que ausentes os

pressupostos previstos no art. 376 do RITCEES;

**1.2. CITAR** os responsáveis, Sr. Leonardo Santos de Paula e Sr. Vander de Jesus Maciel, na forma do art. 288, VIII , do RITCEES para que, no prazo de **15 dias**, apresentem razões de justificativa, em face do disposto no item 3 da ITI 195/2022-1;

**1.3. ENCAMINHAR** aos responsáveis cópia da Instrução Técnica Inicial 195/2022-1;

**1.4. DAR CIÊNCIA** ao Representante do teor da decisão tomada por este Tribunal de Contas, nos termos do art. 307, §7º, do RITCEES.

**2. Unânime**

**3. Data da Sessão:** 04/11/2022 – 44ª Sessão Ordinária da 1ª CÂMARA

**4. Especificação do quórum:**

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

**5. Membro do Ministério Público de Contas:** Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, em substituição ao procurador-geral.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

**Presidente**