



## Acórdão 00876/2024-3 - Plenário

**Processos:** 01428/2023-2, 01894/2023-1, 02568/2022-3, 00901/2022-7, 00651/2022-7, 00537/2022-4, 08059/2021-3

**Classificação:** Pedido de Reexame

**UG:** DER-ES - Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo

**Relator:** Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

**Interessado:** WALCIR GONCALVES DA SILVA, LUIZ CESAR MARETTA COURA, DESTAK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, JOSE EUSTAQUIO DE FREITAS

**Recorrente:** COMER CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA

**Procuradores:** DANIEL CHERNICHARO DA SILVEIRA (OAB: 18671-ES), FABRICIO SANTOS TOSCANO (OAB: 11609-ES), GABRIEL ROCHA FERREIRA (OAB: 21944-ES), TOSCANO & CHERNICHARO ADVOGADOS, JASSON HIBNER AMARAL (OAB: 17189-ES), ANDERSON PIMENTEL COUTINHO (OAB: 6439-ES), ANDRE MACHADO GRILO (OAB: 9848-ES), EDUARDO SANTOS SARLO (OAB: 11096-ES), KAMYLO COSTA LOUREIRO (OAB: 12873-ES)

**PEDIDO DE REEXAME – EM FACE DO ACORDAO TC  
00103/2023 – NÃO PROVIMENTO – ARQUIVAR.**

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

### 1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pela empresa Comér Construtora e Incorporadora Ltda., em face do Acórdão 103/2023, proferido nos autos do Processo TC 8059/2012. Esses autos, por sua vez, se referem à denúncia com pedido de medida cautelar, por ela mesma formulada, em face do Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER/ES, narrando possíveis irregularidades no procedimento licitatório Concorrência 24/2021 Edificações – 2020-S68DZ-DER/ES, cujo objeto é a contratação de empreiteira para construção de nova escola Virgínio Pereira, no Município de Serra.

O *decisum* prolatado teve o seguinte teor:

## 1. ACÓRDÃO TC-00103/2023-7

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

**1.1. REJEITAR** a preliminar de incompetência absoluta desta Corte de Contas arguida pelos Responsáveis;

**1.2. ACOLHER** as razões de justificativas do Sr. **Jasson Hibner Amaral**, Procurador-Geral do Estado, em relação à **improcedência** da presente denúncia, nos termos do art. 95, I da Lei Complementar 621/2012 - Lei Orgânica desta Corte de Contas.

**1.3.** Julgar **IMPROCEDENTE** a Denúncia, nos termos do art. 95, I da Lei Complementar 621/2012 - Lei Orgânica desta Corte de Contas, tendo em vista a não constatação de irregularidade;

**1.4. REVOGAR** a cautelar concedida por meio da Decisão Plenária nº 0009/2022-3, autorizando o DER-ES a dar continuidade ao edital;

**1.5. DAR CIÊNCIA** aos interessados;

**1.6.** Transitado em julgado, **ARQUIVE-SE.**

**2.** Por maioria, pelo voto de desempate da Presidência, que acompanhou o voto do relator, conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto. Vencidos o conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, que votou pela procedência, nos termos dos pareceres técnico e ministerial, e os conselheiros Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Rodrigo Coelho do Carmo, que o acompanharam.

**3.** Data da Sessão: 14/02/2023 - 4ª Sessão Ordinária do Plenário.

**4.** (...)

Por meio da Instrução Técnica de Recurso 433/2023, a Área Técnica opinou pelo conhecimento do pedido de reexame, e notou a ausência de notificação do Departamento de Estradas e Rodagens do Estado do Espírito Santo – DER/ES, contratante, e a empresa Destak Construtora e Incorporadora, contratada, para apresentarem contrarrazões, sugerindo então essa providência. Quanto ao mérito, opinou pelo provimento da representação, caso se entendesse pela desnecessidade da notificação.

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer 04795/2023, anuiu ao posicionamento técnico no sentido da notificação para apresentação de contrarrazões, no prazo de 30 dias, e, no mérito, pelo conhecimento e reforma do *decisum*, para julgar procedente a denúncia e anular a inabilitação e todos os atos dela provenientes, da empresa Comér Construtora e Incorporadora Ltda.

Por meio da Decisão TC-3320/2023 houve a notificação do Departamento de Estradas e Rodagens do Estado do Espírito Santo – DER/ES e da empresa Destak Construtora e Incorporadora para apresentação de contrarrazões, sendo que apenas a empresa Destak Construtora e Incorporadora apresentou contrarrazões.

Após análise das informações prestadas pela empresa acima, o Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas -NRC elaborou a Instrução Técnica de Recurso 00324/2024 com a seguinte proposta de encaminhamento:

#### **4- CONCLUSÃO.**

Diante do exposto, opinamos por manter os termos da precedente ITR 433/2023, pelo **CONHECIMENTO** e pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do presente Pedido de Reexame, e que opinou por não acolher as preliminares apresentadas e para julgar procedente a denúncia, sem, no entanto, adotar as providências pedidas pelo Recorrente (anular o ato administrativo que inabilitou a Recorrente e o certame).

Encaminhados os autos ao *Parquet* de Contas, esse procedeu ao Parecer 02640/2024, da lavra do Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, anuindo aos argumentos fáticos e jurídicos da Instrução Técnica acima.

**É o relatório. Passo a fundamentar.**

## **V O T O**

### **2. FUNDAMENTAÇÃO**

#### **2.1 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:**

Da análise dos autos, verifica-se que o presente recurso de pedido de reexame é cabível, na forma do art. 166<sup>1</sup> da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 e do artigo 408<sup>2</sup>, do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013, tendo em vista que foi interposto em face de Acórdão proferido em processo de fiscalização.

---

<sup>1</sup> Art. 166. Cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta.

<sup>2</sup> Art. 408. Caberá pedido de reexame, com efeito suspensivo, em face da decisão definitiva ou terminativa proferida em processos de fiscalização e de consulta.

(...)

Destaca-se que o recurso foi protocolizado neste Egrégio Tribunal de Contas em 30/03/2023 e a notificação do Acórdão TC-103/2023, prolatado no processo TC nº 8059/2021, foi disponibilizada no Diário Oficial Eletrônico deste Tribunal no dia 27/02/2023, considerando-se publicada no dia 28/02/2023, nos termos dos artigos 62 e 66, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c art. 5º da Resolução TC nº 262/2013.

Assim, conforme o teor do Despacho 13285/2023 (evento 05), o prazo para interposição de recurso venceu em 30/03/2023. Portanto, denota-se que o presente recurso é tempestivo.

Ademais, constato que o recorrente possui interesse recursal. Em relação à legitimidade, a princípio a figura do representante não é parte legítima para recorrer caso não esteja nos autos como terceiro interessado, porém no presente caso vejo três fatores para dar prosseguimento ao recurso: a) a repercussão jurídica que a decisão do recurso pode causar ao recorrente; b) o processo já estar instruído; c) haver um outro Pedido de Reexame (Processo TC 01894/2023) com o mesmo pleito interposto pelo Ministério Público de Contas, a ser julgado na mesma sessão que este.

Presentes, assim, os requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade.

## **2.2 DO MÉRITO**

A Instrução Técnica Inicial 00098/2022 (Processo 08059/2021) teve como proposta de encaminhamento apenas a desconstituição de ato ou processo administrativo que ela entendeu como irregular (“excessivo rigor da CPL-Edificações ao decidir pela desclassificação de melhor proposta de preços apresentada na Concorrência Pública 2021-24”).

Não houve em tal Instrução Técnica conclusão de dolo ou erro grosseiro para imputar responsabilidade a agente público, de modo que a única pretensão possível decorrente da peça técnica inicial seria uma possível correção de ato administrativo, com anulação de atos subsequentes.

O Acórdão recorrido, nos termos do voto vencedor do Relator, considerou improcedente a representação por entender que estava ausente qualquer conduta irregular.

Limitado aos termos da Instrução Técnica Inicial, a única consequência do presente processo de recurso seria a determinação ou não de anulação da inabilitação da primeira colocada (e atos posteriores).

Dessa forma, entendo não soar processualmente adequada a conduta de ser dado provimento ao recurso, mas sem a determinação de anulação do ato administrativo de inabilitação. Ou se dá provimento ao recurso para anular o ato em questão, ou se nega provimento ao pedido de reexame, isso porque em nenhum momento houve imputação de responsabilidade em sede Instrução Técnica Inicial, apenas proposta de anulação de ato administrativo; a partir do momento em que se entenda pela impossibilidade da referida anulação, torna-se inviável que seja dado provimento ao recurso que, por lógica, está limitado ao dispositivo da Instrução Técnica Inicial.

Vejamos a fundamentação da Instrução Técnica de Recurso 0433/2023, que teve sua fundamentação ratificada pela Instrução Técnica de Recurso 324/2024.

#### **4- ANÁLISE.**

De início, em relação às Preliminares apresentadas, entendemos não caber razão ao Recorrente, quanto à atuação da PGE em manifestação favorável à manutenção da decisão da CPL quanto à inabilitação da Recorrente e classificação da terceira melhor proposta no certame.

Não entendemos como irregular a atuação do órgão, pois dentre suas funções institucionais está a de “assessorar a Administração Pública Estadual quanto às decisões na área jurídica”, mesmo que discordemos do teor de suas manifestações.

Em seguida, conforme se observa dos autos, as alegações trazidas pelo Recorrente já foram motivo de contestação desde a Denúncia original, tendo sido replicadas nas contrarrazões apresentadas no TC 1894/2023, Pedido de Reexame interposto pelo MPC, o qual segue as mesmas teses para a reforma do Acórdão 103/2023: excessivo rigor e formalismo exacerbado da CPL, que resultou na inabilitação indevida da Recorrente – depois de ter sido considerada vencedora do certame – e a classificação da empresa inicialmente classificada em terceiro lugar.

Mais ainda, o excesso de formalismo e diversas outras situações trazidas lá, pelo MPC, e aqui, pela Recorrente, que resultaram na inabilitação da Recorrente no certame, não foram enfrentados e debatidos pelo Voto do Relator e, por consequência, não foram apreciados na conformação do Acórdão 103/2023.

Logo, para o Recorrente, o Acórdão 103/2023 não teria abordado todos os temas, fatos, argumentos, teses e circunstâncias trazidas no bojo do TC 8059/2021,

carecendo, portanto, da devida fundamentação (vide art. 489, §1º, IV, do CPC), em especial porque, no direito pátrio, o conteúdo decisório deve referir-se a todos os aspectos discutidos e apresentados durante o processo.

Ou seja, a decisão deve ser estruturada com justificativa adequada e deve indicar os elementos da cognição fornecida e os meios evidenciados pelas partes que confirmam a veracidade e a escolha que embasem a conclusão, da consideração de todas as evidências que contribuam para o processo, tanto as que confirmem sua decisão quanto as que lhe sejam opostas, de tal forma que decorre do dever de fundamentação a obrigação da motivação não só da decisão como também o de desconsiderar os argumentos trazidos aos autos, o que não se observa no presente caso.

No presente caso, similar ao Pedido de Reexame do MPC (TC1894/2023), observa-se que, efetivamente, o [Voto do Relator 05455/2022-3](#) e o Acórdão 103/2023 não enfrentaram as questões trazidas pelo Recorrente.

Lá no TC 1894/2023 foi elaborada a [Instrução Técnica de Recurso 00418/2023-1](#), que assim concluiu:

(...)

#### **5- Análise.**

(...)

O MPC alega, em síntese, com fundamento nas peças técnicas (MTC 192/2021, ITI 34/2022, ITI 98/2022 e ITC 3296/2022), que a inabilitação da empresa **Comér Construtora e Incorporadora**, vencedora da Concorrência DER 24/2021, deve ser anulada em razão:

- Da exigência de comprovação de capacidade técnica e operacional aferida por metragem mínima, que foi atrelada a uma base superdimensionada (50% de todos os edifícios a erguer, em vez de 50% apenas do maior deles),
- Da ausência de justificativas técnicas para tais exigências, sobressaindo excessivo rigor ou formalismo exacerbado da CPL em detrimento de outros princípios, uma vez que a própria redação do edital dava margem à interpretação de que o atestado apresentado pela classificada (Comér) era admissível,
- Que o edital de licitação admitiu a comprovação da capacidade técnico operacional por meio de atestados de execução anterior de serviços de estaqueamento “semelhantes” à **estaca hélice contínua** ou **estaca raiz** (mas não há na planilha orçamentária nenhum item de serviço relativo à “estaca raiz”), e o DER, por ocasião do julgamento de recurso administrativo do certame, adotou uma interpretação restritiva do edital, eliminando a abertura interpretativa produzida pelo vocábulo “semelhante” para admitir apenas estaca hélice contínua (exigida no edital) ou estaca raiz (tolerada pelo edital);
- Que os tipos de estaqueamento mencionados (estaca hélice contínua, estaca raiz e estaca trilho TR45) são serviços corriqueiros no ramo da engenharia e a execução não é exclusividade de qualquer prestadora desse tipo de serviço; qualquer uma é capaz de fazê-lo;
- Que alguns tipos de serviço de fundação apresentam características ou condições de realização que justificam classificá-los como de alta complexidade técnica e/ou operacional, “mas não é o caso dos quatro

tipos de estacas aqui mencionadas quando realizados em uma obra comum de edificação”;

- Que a proposta da empresa Comér Construtora e Incorporadora era inferior à da Destak Construtora e Incorporadora em aproximadamente R\$ 670.000,00.

Por sua vez, as contrarrazões apresentadas pelo DER, assim como a manifestação da empresa Destak Construtora e Incorporadora, são similares às manifestações anteriores: [Defesa/Justificativa 00033/2022-7](#) original do DER (TC n.º 08059/2021), da Petição Recurso n.º 00003/2022-6 de Agravo ([Petição Recurso 00003/2022-6](#), TC 537/2022) e da Defesa/Justificativa apresentada pela PGE/ES ([Defesa/Justificativa 00590/2022-9](#), TC 8059/2021), que em síntese alegam:

- Que a exigência de atestado de capacidade operacional baseou-se nos critérios estabelecidos no art. 30, inc. II e § 2º da Lei Federal 8.666/93 e corresponde a uma atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, cuja relevância técnica e cujo valor significativo ordenaram ser tomada enquanto condição para averiguação da qualificação técnica das concorrentes;
- Que o projeto básico e planilha orçamentária preveem a utilização da solução de fundação em estaca hélice contínua, fundamentada em estudos técnicos;
- Que, apesar da definição quanto à estaca hélice contínua na execução, foi flexibilizada a apresentação de atestado de estaca raiz, em função da sua similaridade (tecnológica e operacional), e buscando expandir a participação e competitividade do certame;
- Que o método executivo de estaca trilho ou pré-moldada não se coaduna com o de estaca hélice, nem são viáveis para o local de implantação do edifício, motivo pelo qual sua admissão como acervo técnico teria potencial de frustrar o interesse público e causar prejuízo ao erário;
- Que não poderiam ser aceitos atestados de execução de 3.624,79m de fundação de estaca trilho apresentados pela empresa Comér Construtora e Incorporadora, pois que desatendia o edital, que exigia 6.300m;
- A equipe especializada do DER-ES concluiu que serviços de fundação com estaca trilho ou pré-moldada de concreto são distintos dos exigidos no Edital e não equivalem ou superam a complexidade tecnológica e operacional que é demandada de estaqueamentos com tipo hélice contínua e/ou raiz;
- Que a decisão pela inabilitação obedeceu ao único critério objetivo para avaliação dos documentos das licitantes, sem confundir-se com formalismos exacerbados.

Fatos novos apresentados, foram a assinatura do Contrato 028/2023 (publicado em 12/04/2023, no Diário Oficial, [Peça Complementar 26004/2023-1](#)), entre o DER e a Destak Construtora e Incorporadora, e a Ordem de Serviço 18/2023 ([Peça Complementar 26007/2023-5](#)), com data de início dos trabalhos no dia 20/06/2023, e término previsto para o dia 11/12/2024, após a publicação do Acórdão 103/2023 (disponibilizada no Diário Oficial Eletrônico do TCEES no dia 27/02/2023, considerando-se publicada no dia 28/02/2023, cf. [Deliberação Disponibilizada](#)).

Tais fatos novos são por demais relevantes para o presente caso, uma vez que inviabiliza a anulação da “decisão que inabilitou a empresa Comér” e “todos os atos subsequentes”, como quer o MPC, já que o objeto contratado (nova escola Virgínio Pereira, na Serra) está em execução e qualquer decisão que impeça o seu andamento, no momento, não se mostra razoável e economicamente vantajosa.

Ainda assim, cabe destacar que entendemos caber razão ao MPC no presente Pedido de Reexame, em especial porque os argumentos e alegações trazidas pelo DER e PGE não foram suficientes para esclarecer os fatos tidos por irregulares, como já demonstrado pela área técnica desta Corte, com destaque para a ITC 3296/2022:

(...)

**O mérito da denúncia relaciona-se à exigência de atestados de capacidade técnica operacional.**

A ausência de questionamento por parte dos licitantes em relação a exigência prevista no edital, que constitui reiteradas vezes razões de justificativas apresentadas contra irregularidades denunciadas/representadas em editais, não constitui chancela automática aos seus termos. Fosse assim, a própria lei teria trazido como condição ao direito de representar, a impugnação anterior ao edital.

Tal alegação torna-se ainda menos plausível no caso presente, haja vista que a discussão perpassa pela utilização de atestados de serviços em características semelhantes. Deduz-se que o licitante acreditava cumprir o quesito de capacidade técnica com os atestados que detinha. Esse é exatamente o propósito da denúncia apresentada.

O edital exige a comprovação, através de atestados, da execução anterior de serviços similares aos licitados, entre os quais 6.300,00 metros de execução de fundação de estaca hélice contínua e/ou raiz.

A denunciante apresentou comprovação através de atestados da execução anterior de execução de 5.249,59 metros de fundação de estaca hélice contínua, e 3.624,79 metros de estaca trilho TR45, totalizando 8.874,38 metros.

Inicialmente, a CPL decidiu pela habilitação da denunciante. Após apresentação de recurso pela terceira colocada, a CPL retificou sua decisão anterior, julgando-a inabilitada, concluindo que os atestados apresentados não são capazes de comprovar a exigência constante no edital.

Entende-se que não assiste razão a revisão da decisão inicial tomada pela CPL de habilitação.

Conforme já registrado na Manifestação Técnica de Cautelar, consta no “Relatório de análise e julgamento dos documentos de habilitação da concorrência pública nº 024/2021”, elaborado pela CPL, registro de que os atestados apresentados atendem ao exigido no edital, tendo sido julgada habilitada a denunciante.

Após a apresentação de recurso pela empresa Destak Construtora e Incorporadora Ltda., em nova análise a CPL retifica a decisão anterior, julgando inabilitada a empresa Comer, então classificada em primeiro com o melhor preço.

Observe-se que no interregno entre as duas decisões não houve absolutamente nenhum novo fato ou argumento, seja do ponto de vista técnico (relacionado a eventuais diferenças de execução ou aplicação de um ou outro tipo de estaca) ou legal (relacionado a possibilidade de



exigência de atestados de capacidade técnica), que pudesse ter provocado (ou justificado) a alteração no entendimento inicial da CPL, naquela ocasião, inclusive, primando pelos princípios do formalismo moderado e da vantajosidade.

A afirmativa apresentada pelos agentes quanto ao suposto fato novo, que seria a apresentação de recurso pela empresa Destak, não se amolda ao que pretendeu afirmar na ITI. Resta bem claro, na verdade, expressamente descrito no texto, que a expressão “novo fato ou argumento” utilizada na ITI referiu-se a “eventuais diferenças de execução ou aplicação de um ou outro tipo de estaca” e “relacionado a possibilidade de exigência de atestados de capacidade técnica”, em nenhum dos quais se enquadra a apresentação de recurso por uma das licitantes beneficiadas com a revisão da decisão.

O documento produzido pela CPL, ainda na fase inicial, “esclarece” que as estacas tipo “trilho” e “pré-moldadas de concreto”, não possuem similaridades com o tipo de estaqueamento a ser contratado, ou seja, “Estaca Raiz” ou “Hélice contínua”, acrescentando que “os tipos citados de estaqueamento (trilho e pré-moldadas de concreto) não são soluções de engenharia viáveis para o local de implantação do objeto a ser contratado, considerando-se os laudos de sondagens realizadas no local”. A argumentação trazida pelos agentes, acompanhadas de laudos técnicos que a suportam, trataram de comprovar a diferença de método executivo entre o serviço de estaca hélice contínua monitorada e estaca trilho, o que já era admitido na análise consubstanciada na ITI ao registrar que “perde importância **(apesar de eventualmente existir) a alegada complexidade tecnológica e operacional superior da estaca hélice contínua em relação às estacas cravadas (trilho e pré-moldada)**”.

Ocorre que este não é o único aspecto de divergência que se passa a discutir.

Primeiramente, registre-se que não se localiza na planilha orçamentária nenhum item de serviço relativo à “estaca raiz”. Esse é um destaque importante, por dois fatores: o primeiro é que a CPL demonstra aparente desconhecimento do conteúdo da planilha orçamentária da obra ao afirmar que o serviço de “estaca raiz” é objeto da contratação. Segundo porque demonstra que na definição dos serviços para os quais se exigiram atestados de capacidade técnica, ao possibilitar a apresentação de outro tipo de estaca, que não a prevista no projeto e na planilha (no caso estaca raiz), admitiu-se a interpretação de eventuais serviços similares, que poderiam suprir a demonstração de realização anterior como condição de habilitação.

Alega o representante do DER-ES que a estaca raiz guarda “similidade de complexidade tecnológica e operacional equivalente a estaca hélice contínua”, sem nenhuma fundamentação técnica que sustente sua afirmação.

O laudo técnico apresentado pela empresa Destak também não tratou de avaliar a complexidade da estaca raiz, comparando somente a estaca hélice com a estaca trilho.

Outro fato relevante é que a contratação se divide em algumas edificações que contemplam, individualmente, serviços de infraestrutura (estaqueamento). Entre essas edificações a que alcança a maior quantidade de estacas hélice é de 9.604,80 metros, quantidade significativamente menor que os 12.796,80 metros que fundamentaram a quantidade mínima exigida. A quantidade exigida para comprovação de execução anterior (6.300 metros) em relação à prevista na planilha (12.796,80 metros) corresponde ao percentual aproximado de 50% (cinquenta por cento) – valor máximo admissível na jurisprudência relacionada ao tema. Ocorre que, admitindo que a obra contém mais de uma edificação e que a maior delas tem previsão de execução de apenas 9.604,80 metros de estaqueamento, a quantidade máxima admissível para fins de exigência de atestado seria de (50% de 9.604,80) 4.802,40

metros. Nesse caso, somente o atestado de execução de estaca hélice apresentado pela empresa inabilitada já atenderia a exigência.

Em relação a esse tema, alegam os representantes que o quantitativo exigido deve ser de no mínimo 50% de toda a obra, e não de apenas um único prédio". Ao contrário do que alega, a exigência de atestados de capacidade técnica operacional, apesar de permitida, de forma consolidada, pela jurisprudência, é facultativa e limitada a, no máximo, 50% do quantitativo a contratar, não havendo nenhum impedimento a sua limitação ao previsto para cada edificações.

Não haveria nenhum óbice em utilizar como referência para exigência do atestado o percentual de 50% da edificação de maior porte, especialmente zelando por potencializar a competitividade, possibilitando a participação de mais empresas na licitação.

Alegam os defendentes que a diferença entre os tipos de estaca exigido e o demonstrado pela licitante inabilitada foi trazida como fator preponderante na revisão da decisão. Sob o aspecto de técnica executiva da fundação, fatores como de carga e de profundidade configuram-se mais relevantes que quantidade em metros lineares, haja vista que essa última pode não representar o grau de complexidade de determinada fundação. A título de exemplo, uma estaca com carga e profundidade elevadas é muito mais relevante (tanto sob a ótica da técnica de execução quanto sob a da segurança da edificação) que várias estacas de carga e profundidades reduzidas.

Nesse cenário, perde importância (apesar de eventualmente existir) a alegada complexidade tecnológica e operacional superior da estaca hélice contínua em relação às estacas cravadas (trilho e pré-moldada).

Destaque-se que, conforme já abordado anteriormente, as metodologias executivas e, portanto, a complexidade tecnológica e operacional, entre as estacas hélice contínua e raiz também são acintosas e, ainda assim, ambas compõem o rol de possibilidade de apresentação de atestado de comprovação de execução anterior. Apesar da planilha orçamentária prever, unicamente, estaca hélice contínua. Sobre esse ponto, não há nenhuma abordagem nos laudos técnicos trazidos pelos notificados.

Alegam os defendentes, sem trazer nenhuma demonstração técnica (a suposta justificativa limita-se a apresentar um resumo da metodologia de execução de cada uma delas e atribuir ao final uma opinião pessoal sobre qual seria mais ou menos complexo), que a estaca raiz tem complexidade técnica e operacional igual ou superior à estaca hélice contínua e que sua inclusão como similar na exigência de atestado teve por objetivo expandir a participação e competitividade do certame. Resultado oposto ao obtido com a decisão de anular a habilitação da denunciante, após apresentação de recurso pela habilitada com a terceira melhor proposta.

Na prática, no ramo da engenharia, os tipos de estaqueamento citados não possuem diferença de complexidade relevante que as faça merecer qualquer tipo de destaque. O que não significa que não seja um dos serviços mais relevantes em uma obra, pois diretamente relacionados à sua segurança.

Tal aspecto, interpretado de forma enviesada, foi o mais atacado pelos agentes em suas alegações. Ocorre que, o que se pretendeu registrar é que no campo das empresas prestadoras de serviços de engenharia, não há nenhum grau de dificuldade na execução de um ou outro tipo de estaqueamento que o caracterize como um serviço de grande complexidade técnica. No máximo, envolvem maior complexidade metodológica. Fato é que não é exclusividade de nenhuma empresa a capacidade de execução de estacas do tipo hélice contínua monitorada. É um serviço de execução corriqueira. Frize-se, mais uma vez, que isso não configura nenhum demérito a sua condição de primordialidade em relação a estrutura da edificação.

Obviamente que existem tipos de serviço de fundação que apresentam características ou condições de realização que permitem classificá-los

como de alta complexidade técnica e/ou operacional, mas não é o caso dos quatro tipos de estacas aqui mencionados quando realizados em uma obra comum de edificação.

Outro fator relevante que merece destaque é que, via de regra, os serviços de estaqueamento são realizados por empresas especializadas terceirizadas e, portanto, subcontratadas. As empresas executoras de obras de edificações não dispõem de equipamentos e mão de obras especializadas para a realização de tais serviços.

Na prática, os atestados apresentados para esse tipo de serviço são oriundos de serviços realizados em contratos anteriores por empresas terceirizadas. Portanto, não são as licitantes que, de fato, detêm a expertise na realização dos serviços. Não há nenhuma garantia, na fase de licitação, que a subcontratada será a mesma que realizou o serviço em obras anteriores. A fiscalização, durante a execução da obra, é que deverá garantir a capacidade técnica do terceiro contratado.

Alegam os notificados que, apesar disso, a responsabilidade pela edificação recai apenas pela contratada. Ora, não há nenhuma relação entre a questionada responsabilidade civil pela solidez e segurança da edificação, prescrita no código civil, com a questionável exigência de atestado de capacidade técnica para serviço que notoriamente será objeto de subcontratação. Inclusive em suas alegações, por não haver nenhuma defesa em relação a afirmada subcontratação dos serviços de estaqueamento, poder-se-ia tomar por consentida tal afirmativa.

A presente análise tem por objetivo demonstrar que a revisão da decisão pela CPL-Edificações, que ocasionou a inabilitação de licitante com proposta de preços cerca de R\$ 670 mil inferior a declarada vencedora, não observou os princípios do formalismo moderado, da razoabilidade, da ampla competitividade dos certames e da busca de economicidade nas contratações, provocando potencial prejuízo ao Erário.

Outras alegações trazidas pelos defendentes, tais como defesa da possibilidade de exigência de atestado de capacidade técnica operacional e da definição da solução de fundação em estaca hélice contínua, passam a margem da discussão na presente instrução, haja vista não haver nenhum questionamento em relação aos referidos assuntos.

Como último ponto de análise, refuta-se o requerimento, apresentado pela empresa Destak em suas alegações, de “inabilitação da denunciante do certame, em face da ausência de atestado técnico de comprovação de execução de painéis pré-moldados em concreto armado (com função estrutural)”, visto que tal matéria não é objeto de análise na presente denúncia.

Como se pode observar, o caso concreto impôs uma análise com vistas a ponderar diversos dos princípios que norteiam a licitação. Por um lado, alega-se a necessidade de vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Por outro lado, foram constatadas ações que ferem os princípios do formalismo moderado, da razoabilidade, da ampla competitividade dos certames e da busca de economicidade nas contratações, provocando potencial prejuízo ao Erário.

Nesse sentido, norteando-se pela supremacia do interesse público, bem como pelo objetivo basilar da licitação, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa, conclui-se pela necessidade de revisão da decisão que inabilitou a empresa denunciante, determinando a anulação de todos os atos subsequentes.

### **CONCLUSÃO**

Diante da análise acima consubstanciada, permanece inalterado o indício de irregularidade apontado na Manifestação Técnica de Cautelar 192/2021-9, e mantido nas Instruções Técnicas Iniciais 34/2022 e 98/2022-1.

Conforme resultado da análise empreendida nessa Instrução Técnica Conclusiva, não restou comprovada a sua regularidade, e o excessivo rigor da CPL-Edificações ao decidir pela desclassificação de melhor

proposta de preços apresentadas na Concorrência Pública 2021-24, enseja a nulidade dessa decisão (assim como demais atos subsequentes), por afronta aos princípios da razoabilidade, do formalismo moderado, da ampla competitividade dos certames e da busca de economicidade nas contratações.

Ressalte-se que a análise empreendida nesta Representação com vistas à detecção de eventual irregularidade na fase de desclassificação de propostas no âmbito da licitação em foco teve seu escopo limitado à licitante denunciante, e que apresentou a melhor oferta de preço. Pertinente, portanto, que a anulação ora apontada como necessária, se estenda a todas as licitantes desclassificadas, devendo a CPL-Edificações, se optar pela continuidade do certame, proceder ao reexame de todas as propostas de preço que lhe foram apresentadas à época, o que deverá ser feito, obviamente, sob a luz do entendimento sopesado na decisão a ser proferida pelo Egrégio Plenário.

Há de se ressaltar que a análise consubstanciada nos autos não concluiu pela existência de dolo ou erro grosseiro nas decisões tomadas no bojo da licitação ora analisada. Nesse sentido, a proposta de encaminhamento ora apresentada não tem por objetivo a responsabilização dos agentes responsáveis do DER-ER, mas tão somente a propor determinação para a correção da impropriedade observada.

Neste sentido, verifica-se que o [Voto do Relator 05455/2022-3](#) não agrega argumentos técnicos e jurídicos suficientes para superar a questão das exigências técnicas que resultaram na inabilitação da empresa, uma vez que fundamentado nos Pareceres Técnicos apresentado pelo DER (do Engenheiro Civil, especialista em geotecnia e servidor público da Autarquia, Vinícius Monteiro Ubaldino) e PGE:

**Voto do Relator 5455/2023**

(...)

Como se observa, o Parecer elaborado pelo engenheiro do DER – que fundamentou o Voto do Relator – descreve detalhadamente a funcionalidade das diversas “estacas”, mas não demonstra, ao contrário do que afirma o Voto do Relator, “a necessidade de o estaqueamento ser feito com estacas hélice contínua” para a obra em questão ou manifestações técnicas quanto a inviabilidade de utilização de outros tipos de estacas.

Outra situação não enfrentada pelos pareceres técnicos e pelo Acórdão 103/2023 é que a obra contratada se divide em algumas edificações que contemplam, individualmente, serviços de infraestrutura (estaqueamento) e entre essas edificações a que alcança a maior quantidade de estacas hélice é de 9.604,80 metros, quantidade significativamente menor que os 12.796,80 metros que fundamentaram a quantidade mínima exigida.

O edital exigia a comprovação, através de atestados, da execução anterior de serviços similares aos licitados, entre os quais 6.300,00 metros de execução de fundação de estaca hélice contínua e/ou raiz e a empresa Comér Construtora e Incorporadora apresentou comprovação através de atestados da execução anterior de execução de 5.249,59 metros de fundação de estaca hélice contínua, e 3.624,79 metros de estaca trilho TR45, totalizando 8.874,38 metros.

Deve-se rememorar que, inicialmente, a CPL decidiu pela habilitação da empresa Comér e só após apresentação de recurso pela terceira colocada (Destak Construtora e Incorporadora), é que a Comissão retificou sua decisão anterior, julgando-a inabilitada, concluindo que os atestados apresentados não eram capazes de comprovar a exigência constante no edital.

Além disso, conforme relato da Instrução Técnica Conclusiva 3296/2022:

Primeiramente, registre-se que não se localiza na planilha orçamentária nenhum item de serviço relativo à “estaca raiz”. Esse é um destaque importante, por dois fatores: o primeiro é que a CPL demonstra aparente desconhecimento do conteúdo da planilha orçamentária da obra ao afirmar que o serviço de “estaca raiz” é objeto da contratação.

Segundo porque demonstra que na definição dos serviços para os quais se exigiram atestados de capacidade técnica, ao possibilitar a apresentação de outro tipo de estaca, que não a prevista no projeto e na planilha (no caso estaca raiz), admitiu-se a interpretação de eventuais serviços similares, que poderiam suprir a demonstração de realização anterior como condição de habilitação. Alega o representante do DER-ES que a estaca raiz guarda “similidade de complexidade tecnológica e operacional equivalente a estaca hélice contínua”, sem nenhuma fundamentação técnica que sustente sua afirmação.

O laudo técnico apresentado pela empresa Destak também não tratou de avaliar a complexidade da estaca raiz, comparando somente a estaca hélice com a estaca trilho.

Não apontaram, ainda, elementos a sustentar a necessidade de comprovação de capacidade técnica e operacional de execução anterior de serviços de estaqueamento da metragem mínima definida no edital (6.300m) e, mais ainda, que se trata de serviços corriqueiros no ramo da engenharia, não complexos, cuja execução não é exclusividade de qualquer prestadora desse tipo de serviço, de forma que a exigência mostrou-se, como afirmado pela área técnica, excessivo rigor ou formalismo exacerbado da CPL em detrimento de outros princípios, que resultou na inabilitação indevida da empresa Comér Construtora e Incorporadora, inicialmente vencedora da licitação por ter apresentado o menor preço.

Assim, conforme se observa, o Acórdão 103/2023 adotou como fundamento os Pareceres técnicos apresentados pelo DER e PGE, que trazem considerações genéricas acerca das diversas estacas, indicando a preferência pela “estaca hélice”, sem estabelecer nexo entre tal estaca e as especificidades e complexidade da obra contratada, o que configura, afinal, decisões temerárias em inabilitar sem fundamentos técnicos a primeira colocada e declarar vencedora a terceira colocada, apesar de possível prejuízo de cerca de R\$670.000,00 ao erário.

Assim, como afirmamos, entendemos caber razão ao Parquet no presente Pedido de Reexame.

Ocorre, entretanto, que, como demonstrado pela empresa Destak Construtora e Incorporadora, como já exposto, o Contrato 028/2023 foi firmado (publicado em 12/04/2023, no Diário Oficial, [Peça Complementar 26004/2023-1](#)), entre o DER e a Destak Construtora e Incorporadora, e a Ordem de Serviço 18/2023 ([Peça Complementar 26007/2023-5](#)), com data de início dos trabalhos no dia 20/06/2023, e término previsto para o dia 11/12/2024, após a publicação do Acórdão 103/2023 (disponibilizada no Diário Oficial Eletrônico do TCEES no dia 27/02/2023, considerando-se publicada no dia 28/02/2023, cf. [Deliberação Disponibilizada](#)).

Ou seja, a considerar a execução prevista da obra, a maior parte já teria sido construída, caracterizando situação na qual não se mostra razoável ou economicamente vantajosa a sua paralização e a anulação do procedimento licitatório, apesar de todas os fatos irregulares constatadas e não justificadas ao longo do processo.

#### **6- CONCLUSÃO.**

Diante do exposto, opinamos pelo **CONHECIMENTO** do presente Pedido de Reexame, interposto pelo Ministério Público de Contas, e, no mérito, pelo seu **PROVIMENTO**, para julgar **PROCEDENTE A DENÚNCIA**, sem, no entanto, adotar as medidas propostas pelo MPC (anular a licitação e, por consequência, a contratação da empresa Destak Construtora e Incorporadora Ltda), em razão da emissão da Ordem de Serviço 18/2023, emitida pelo DER-ES em 20/06/2023, para a execução da obra.

Assim, embora se reconheça caber razão ao Recorrente (como ao MPC no TC 1894/2023), quanto à evidente ausência de fundamentação e motivação em relação ao Acórdão 103/2023 que, por consequência, não propiciou o pleno contraditório e a efetivação do justo caminho lógico-jurídico-argumentativo das razões postas nos autos, entendemos não haver mais condições, no atual momento, em que a obra já

foi parcialmente executada, para que sejam apreciados os pedidos do Recorrente quanto à “anulação do ato administrativo de inabilitação da Requerente e atos subsequentes” e “caso não acolhido o pleito anterior, requer seja reformado o v. acórdão ora recorrido e determinada a anulação do certame, por restrição ilegal ao caráter competitivo, formalismo exacerbado e violação ao caráter objetivo no certame”.

Conforme demonstrado acima, a obra foi parcialmente executada, houve a assinatura do Contrato 028/2023 entre a empresa Destak Construtora e Incorporadora e o DER-ES, tendo sido emitida Ordem de Serviço 18/2023 com data de início dos trabalhos no dia 20/06/2023 e término previsto para o dia 11/12/2024 e, por essa razão, a Instrução Técnica de Recurso 433/2023 (Processo 01894/2023) pontua que não seria razoável ou vantajoso paralisar os serviços e anular o procedimento de licitação, posicionamento que acompanho.

Nos termos da Instrução Técnica Inicial 00098/2022 (Processo 08059/2021), a única consequência oriunda do Processo de origem seria a determinação de desconstituir ato administrativo de inabilitação (e posteriores dele decorrentes), de modo que para se atribuir efeitos diversos a este, necessária a abertura de um novo processo.

Assim, a partir do momento em que não atendido a demanda do Pedido de Reexame (que está limitada ao disposto na Instrução Técnica Inicial), a solução processual seria o não provimento do recurso, sendo, assim, contraditório, negar provimento ao recurso e, ao mesmo tempo, não determinar a anulação da inabilitação da empresa Comer Construtora e Incorporadora Ltda.

### **3. DISPOSITIVOS:**

Ante todo o exposto, acompanhando parcialmente o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

**LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA**  
**Conselheiro Relator**

## 1. ACÓRDÃO TC-876/2024:

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

**1.1. CONHECER** o presente **Pedido de Reexame**, nos termos dos arts. 164 e 165 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 (Lei Orgânica desta Corte de Contas), c/c art. 408 do Regimento Interno deste Tribunal;

**1.2. NEGAR PROVIMENTO** ao presente **Pedido de Reexame**, de forma a não anular a decisão que inabilitou a empresa Comer Construtora e Incorporadora Ltda, mantendo incólume o Acórdão 00103/2023 - Plenário;

**1.3. DAR CIÊNCIA** aos interessados, na forma regimental, **ARQUIVANDO-SE** após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 8/8/2024 - 40ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Rodrigo Coelho do Carmo e Davi Diniz de Carvalho.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Presidente**

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO DAVI DINIZ DE CARVALHO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

**Secretário-geral das Sessões**