

PROCESSO: TCE-RJ Nº 241.432-8/2022

ORIGEM: SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CABO FRIO

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO

DECISÃO MONOCRÁTICA

Artigo 84-A do Regimento Interno

Cuida o processo de **Representação, com pedido de tutela provisória**, formulada pela sociedade empresária CM DISTRIBUIDORA, SERVIÇOS E LOCAÇÕES EIRELI, inscrita no CNPJ sob n. 026.725.081/0001-80, com sede na Rua Plácido Marchon, 648, Praça da Bandeira, Araruama/RJ, em face do **Edital de Pregão Eletrônico 015/SEME/2022** deflagrado pela Secretaria de Educação do Município de Cabo Frio, que tem como objetivo o registro de preços para, futura e eventual, aquisição de gêneros alimentícios para o preparo de merenda escolar dos alunos integrantes da rede municipal de ensino, com distribuição e entrega parcelada, no valor total estimado de **R\$ 20.131.873,44** (vinte milhões, cento e trinta e um mil, oitocentos e setenta e três reais e quarenta e quatro centavos), iniciado na data de **09.08.2022**.

Alega o representante, sucintamente, que o referido Edital padece de vício de ilegalidade advindo da previsão entabulada em seu **item 11.6.5**, o qual exige, para efeitos de qualificação técnica dos licitantes, a comprovação de propriedade de veículos (apresentando listagem, marca, placa, documentos em dia, IPVA) frigorificados, acompanhados dos respectivos Alvará(s) Sanitário(s) emitido(s) pelo serviço de vigilância sanitária competente (**item 11.6.5.1**), do Certificado de Vistoria dos veículos de transporte de gêneros concedido pela autoridade sanitária competente (**item 11.6.6**), bem como do Certificado ambiental (**item 11.6.7**) expedido pelo órgão ambiental competente.

Narra ainda, possível irregularidade da decisão do Pregoeiro - mantida em grau de recurso - (i) por sua **inabilitação** do certame, em virtude do não atendimento ao item 11.6.1 do Edital, o qual exige dos licitantes que atuam como atacadistas,

entrepasto e frigoríficos, a apresentação de “registro junto a um dos órgãos competentes, Federal (S.I.F.), Estadual (S.I.E.), Municipal (S.I.M.) ou título de relacionamento conforme a Lei Federal nº 7.889 de Novembro de 1989, comprovando estarem aptos a industrializar e comercializar carnes” e, (ii) pela **habilitação** da empresa HORTO CENTRAL MARATAIZES LTDA, sob a alegação de descumprimento do item 11.6.5 do Edital, porquanto não teria apresentado o comprovante de pagamento de IPVA dos veículos frigorificados, sem olvidar que o documento anexado pela referida licitante à título de cumprimento ao item 11.6.1 (título de relacionamento), “*conta com mais de 10 (dez) anos de emissão (sic), em flagrante descumprimento ao item 11.19¹ do edital.*”

Por tais motivos, almeja o licitante/representante o que segue abaixo reproduzido, *in verbis*:

- 1) A concessão da TUTELA PROVISÓRIA no sentido de determinar aos representados, na qualidade de gestor da NELTUR e PREGOEIRA, a imediata **SUSPENSÃO CERTAME SUSPENDERCERTAME PREGÃO ELETRÔNICO 015/2022/SEME, BEM COMO EVENTUAL CONTRATO PROVENINETE DO REFERIDO PREGÃO, E TODOS OS PAGAMENTOS, ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO DO TCE E TODOS ATOS ADMINISTRATIVOS DERIVADOS DO CERTAME QUE CONTÉM VÍCIOS NO EDITAL ILEGAL (EMPENHOS, CONTRATOS, PAGAMENTOS)**, até que se realize pelo Corpo Instrutivo a análise DO EDITAL DE PREGÃO.
- 2) Seja ouvido o douto Ministério Público de Contas e do Douto Corpo Instrutivo desse Tribunal;
- 3) SEJAM INTIMADO O REPRESENTADO, para que, se quiserem apresente defesa;
- 4) Ao Final, seja JULGADO PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO, confirmando os efeitos da tutela para que ao final **DECLARE NULO CERTAME PREGÃO ELETRÔNICO 015/2022/SEME BEM COMO EVENTUAL CONTRATO PROVENINETE DO REFERIDO PREGÃO, E TODOS OS PAGAMENTOS, ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO DO TCE,, bem como todos os atos administrativos consequentes (empenho, pagamento, contrato), EIS QUE contém flagrantes cláusulas restritivas NO ITENS 11.5 A 11.20, EPSECIALMENTE O ITEM 11.6.1, em POR OFENSA AO ART. 30 DA LEI 8666/93. DEVENDO SER PROMOVIDO E CONFECCIONADO OUTRO EDITAL, COM A EXCLUSÃO DAS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ITEM 11.6 E SEGUINTEs, EVITANDO DANO AO ERÁRIO.**
- 5) SEJA AINDA DETERMINADO QUE A NELTUR, SE ABSTENHA DE PROMOVER EM SEUS EDITAIS CLÁUSULAS RESTRITIVAS
- 6) SEJA CONDENADO AINDA O AGENTE PÚBLICO EM MULTA A SER ARBITRADA PELO DOUTO TCE-RJ NO GRAU MAXIMO, DIANTE DOS FATOS AQUI NARRADOS.

¹ 11.19. As Certidões que não possuírem prazo de validade, somente serão aceitas com data de emissão não superior a 90(noventa) dias consecutivos de antecedência da data de abertura da sessão deste Pregão.

7) SEJA DETERMINADO QUE OS REPRESENTADOS APRESENTEM A ÍNTEGRA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE GEROU O PREGÃO PREGÃO (sic) ELETRÔNICO 015/2022/SEME

- destacado no original -

Em conformidade com o procedimento previsto no artigo 84-A, §7º, do Regimento Interno desta Corte, o presente processo foi distribuído ao meu Gabinete pelo operoso NDP, mediante sorteio, para fins de relatoria, sem o prévio pronunciamento do Corpo Instrutivo e do Ministério Público Especial.

É o relatório.

Sobre o certame alvejado, registro, de início, que mediante consulta ao Portal da Transparência da Prefeitura de Cabo Frio², pude constatar a adequada disponibilização dos avisos de licitação, adiamento e remarcação, do ato convocatório e seus anexos, dos recursos e contrarrazões, para consulta e *download* por qualquer interessado, independente de prévio cadastro.

A despeito do exposto, não se encontram disponíveis a(s) Ata(s) de realização da disputa, bem como o ato de julgamento dos recursos manejados pelos licitantes - juntado ao feito pelo representante -, motivo pelo qual, desde já, reputo oportuna a **expedição de determinação** ao gestor público a fim de que promova os ajustes necessários em sua página oficial com vistas à integral divulgação dos documentos relativos ao Pregão Eletrônico 15/SEME/2022, em obediência à Lei de Acesso à Informação (art. 8º, §1º, IV e 2º, da Lei nº 12.527/11).

Consta ainda do referido sítio eletrônico:

a. cópia do termo de homologação do certame, datado de 28 de

² Disponível em: <https://transparencia.cabofrio.rj.gov.br/licitacao.php>. Consultado em 11.10.2022.

setembro de 2022³, a partir do qual verifico que se sagraram vencedoras do torneio licitatório as empresas CM DISTRIBUIDORA, SERVIÇOS E LOCAÇÕES EIRELI (itens 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 24, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 42, 43 e 44, no valor total de R\$ **5.473.176,85**), C TEIXEIRA 110 COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI (itens 5, 14, 15, 21, 32 e 36, no valor total de R\$ **781.733,40**), HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA (itens 9, 10, 17, 22, 23, 37, 38, 39, 40 e 41, no valor total de R\$ **10.680.700,57**) e, MC ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA (itens 25 e 26, no valor total de R\$ **490.758,82**), e

b. cópias das respectivas Atas de Registro de Preço⁴ **formalizadas em 29 de setembro de 2022**, à exceção da eventualmente celebrada com a empresa representante (CM DIST., SERV. E LOC. EIRELI).

Feitos tais registros, entendo possível prosseguir no exame do feito, o qual, nesta etapa processual, se restringe ao pedido de tutela provisória para suspender a realização da disputa ou os eventuais atos daí decorrentes.

Nesse espectro, ressalto que a concessão de tutela de urgência, de natureza cautelar, tem por base a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, aferíveis em sede de cognição sumária pelo julgador, conforme dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/15) e o art. 84-A, *caput*, do Regimento Interno desta Corte.

Conforme relatado, a licitante/representante se insurge contra a existência de cláusulas editalícias restritivas ao caráter competitivo do certame, bem como em face da decisão do Pregoeiro, mantida em grau de recurso, que resultou em sua inabilitação do certame para os itens 9,10,11,17, 22 e 23, que compõem o objeto da licitação.

³ Disponível em: https://transparencia.cabofrio.rj.gov.br/arquivos_download.php?pg=licitacao&id=727&subid=2633. Acessado em 11.10.2022.

⁴ Disponível em: <https://transparencia.cabofrio.rj.gov.br/atasregistro.php?pagina=0>. Acessado em 11.10.2022.

Ressalto, por oportuno, que, embora esta Corte de Contas não esteja vinculada ao posicionamento manifestado pela Administração Pública, a utilização da Representação não deve ser manejada com o intuito de obter decisão para substituir as decisões administrativas, tampouco para satisfazer interesses privados.

No que concerne, precisamente, aos dispositivos editalícios combatidos, pude averiguar, dentro daquilo que se admite em sede de cognição não exauriente, **a existência de exigências em desacordo com a Lei de Regência e a jurisprudência desta Corte e do Tribunal de Contas da União acerca da matéria.**

Refiro-me, pois, ao item 11.6.5 do edital, o qual exige, para efeitos de habilitação no certame, **a comprovação de propriedade de veículos** (apresentando listagem, marca, placa, documentos em dia, IPVA) **frigorificados**, acompanhados dos respectivos Alvará(s) Sanitário(s) emitido(s) pelo serviço de vigilância sanitária competente (**item 11.6.5.1**), do Certificado de Vistoria dos veículos de transporte de gêneros concedido pela autoridade sanitária competente (**item 11.6.6**), bem como do Certificado ambiental (**item 11.6.7**) expedido pelo órgão ambiental competente, **eis que contrário ao estabelecido no art. 30, §6^o da Lei 8666/1993, que veda, expressamente, para fins de qualificação técnica, a exigência de prova de propriedade e localização prévia de bens**, sob pena de restringir a competitividade do certame.

Conforme tranquilo entendimento das Cortes de Contas, a racionalidade da norma está em não onerar demasiada e desnecessariamente os potenciais interessados que desejam participar de licitações, bastando para a comprovação da capacidade operativa a declaração formal de disponibilidade. Nesse sentido,

⁵ Art. 30. **A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:**

[...]

§ 6^o As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, **vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.**

respectivamente, a jurisprudência desta Corte de Contas e do TCU:

TCERJ

Sobre o ponto, destaco, ainda, **que a exigência do item 12.5.6 do edital – possuir 02 (dois) veículos com capacidade mínima de 16 lugares, do ano 2015 –, viola o art. 30, § 6º da Lei Federal nº 8.666/93, que impede a exigência de comprovação de propriedade de equipamentos essenciais ao contrato, bastando a declaração formal de sua disponibilidade.**

[...]

VOTO:

I - por **COMUNICAÇÃO** ao atual Presidente da Fundação Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio de Janeiro – Fundação DER/RJ, nos termos da Lei Complementar nº 63/90, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, atenda o que segue abaixo:

[...]

4) retifique o item 12.5.6 do edital, exigindo somente a disponibilidade dos bens, conforme o §6º do art. 30, da Lei nº 8.666/93;

(Processo TCE-RJ nº. 103.187-3/16, Sessão Plenária de 24.05.2016 | Relatora: Conselheira Marianna Montebello Willeman)

TCU

17. [...] o entendimento desta Corte de Contas tem se firmado no sentido de que não seja exigido em edital de licitação de obras, para a comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, o requisito de propriedade de equipamentos a serem utilizados, bem como das suas localizações prévias, conforme disposto no § 6º do artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

18. O mencionado artigo, destaca-se, estabelece apenas que as exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis.

19. Esclarecendo o sentido da norma, preleciona Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 414) :'Em qualquer hipótese, a cláusula [do edital] não poderá impor que o equipamento ou as instalações sejam de propriedade do habilitante, ou se localizem em determinada região ou bairro. Se a compra ou locação de um equipamento, ou a localização das instalações em ponto distante daquele em que se executará o objeto da licitação, implicar oneração dos custos para o licitante (que terá, em consequência, de elevar o preço de sua proposta) , o problema não é da Administração, mas do licitante. A este deve assegurar-se amplo campo de escolha quanto ao modo que mais lhe convier para atender às exigências do edital, seja adquirindo ou locando o equipamento necessário, seja instalando-se em ponto distante ou próximo do local em que teria de executar a prestação. Cabe ao licitante optar por soluções que, barateando o custo da execução, tornem sua proposta competitiva. Cabe-lhe verificar se as condições estabelecidas no edital convêm a seus negócios ou inviabilizam a apresentação de proposta séria. À Administração incumbe aferir a habilitação do licitante e a idoneidade da proposta.'

20. Nesse mesmo sentido tem decidido o TCU, a exemplo dos Acórdãos nº 648/2004 e 608/2008, ambos do Plenário.

(Acórdão TCU 381/2009, Plenário | Relator Min. Benjamin Zymler, julgamento em 11.03.2019)

12. **A exigência de comprovação de propriedade ou de compromisso de cessão, locação/leasing ou venda das máquinas e equipamentos considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação e de infraestrutura predial, por sua vez, contraria o art. 30, § 6º, da Lei 8.666/93, que proíbe exigências de propriedade e de locação prévia para a participação de empresas em licitações.**

13. Conforme anotado pela unidade técnica, requerer que o licitante mantenha o acervo necessário à execução do contrato apenas para que possa concorrer é medida que afeta sobremaneira a competitividade do certame. Por outro lado, a ausência desse tipo de exigência não implica a contratação de "eventuais empresas irresponsáveis", como aventado nas defesas, **uma vez que nada obsta que a cobrança de tal comprovação seja feita por ocasião da assinatura do contrato.**

(Acórdão 365/2017 Plenário | Relator: Ministro José Múcio Monteiro).

Noutro giro, e no que concerne à exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento, como requisito de habilitação (item 11.6.4 do edital), registro que o Tribunal de Contas da União firmou o entendimento⁶ consubstanciado no seguinte enunciado:

Para fins de habilitação jurídica, é vedada a exigência de apresentação de alvará de funcionamento sem a demonstração de que o documento constitui exigência do Poder Público para o funcionamento da licitante, o que deve ser evidenciado mediante indicação expressa da norma de regência no edital da licitação.

No mesmo sentido, esta Corte já decidiu⁷ que exigências desse jaez, para efeitos de habilitação, devem encontrar amparo em legislação específica, em consonância com o inc. IV do art. 30 da Lei nº 8.666/93, cabendo citar, por pertinente, a decisão plenária de 02.09.2019 prolatada nos autos do TCERJ nº 216.340-9/19, relativo ao relatório de auditoria governamental que avaliou os níveis de transparência e competitividade dos editais de licitação elaborados pelo Município de São Pedro da Aldeia, no qual foi determinado:

2 - Adote medidas corretivas, **excluindo da redação de seu modelo de edital a exigência de alvará de localização e funcionamento para fins de regularidade fiscal**, já que não encontra amparo no artigo 29 da Lei 8.666/93, e ainda, que qualquer exigência de qualificação técnica, que não expressamente indicada na Lei 8.666/93, só é possível quando da existência de requisitos previstos em lei especial, nos exatos termos do artigo 30 IV da Lei 8.666/93;

⁶ TCU, Acórdão nº 7.982/2017, 2ª Câmara, Min. Rel. Ana Arraes.

⁷ Processo TCE/RJ nº 103.214-4/2017, Conselheira Relatora Andrea Siqueira Martins.

(...)

4 - Exclua do modelo de edital adotado pela Administração o item referente às exigências de “Certificado emitido pela Vigilância Sanitária Municipal”, “Autorização de funcionamento” e “Certificado de Boas Práticas de Distribuição e Armazenamento” podendo ser imputadas, se necessário, justificadamente, ao licitante vencedor por ocasião da assinatura do contrato decorrente da licitação, conforme entendimentos desta Corte, como exemplo processo TCE nº 103.214-4/17;

A despeito do até aqui exposto, reputo prudente, antes de apreciar o pleito cautelar requerido, sob os aspectos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a oitiva prévia do representado (art. 84-A, §2º do RITCERJ), em reverência aos ditames da cláusula geral do devido processo legal, para que, no **prazo de 3 (três) dias**, se manifeste acerca dos fatos representados, encaminhando os elementos que julgar necessários à comprovação da lisura dos atos apontados como ilegais e lesivos ao erário municipal.

Com efeito, entendo que a prévia audiência do jurisdicionado permitirá a vinda de elementos de convicção acerca dos fatos aqui tratados, possibilitando o exercício da atividade de controle externo a cargo desta Corte de Contas sem desconsiderar eventuais consequências práticas da decisão a ser prolatada, atendendo, assim, ao comando insculpido no art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/42⁸ (Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro), acrescido pela Lei nº 13.655/18.

Cumprido alertar, todavia, que a realização do certame sob regras divorciadas do disciplinamento regente e da jurisprudência desta Corte poderá acarretar na nulidade dos atos praticados e respectiva responsabilização dos agentes públicos envolvidos.

Por fim, porém não menos importante, tendo em mente que eventual decisão desta Corte de Contas neste processo pode, indubitavelmente, atingir a esfera

⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

de direitos dos particulares que se sagraram vencedores da disputa (C TEIXEIRA 110 COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI, HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA e MC ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA), reputo imperativa, em deferência à cláusula geral do devido processo legal e ao enunciado de Súmula Vinculante 03⁹ do Pretório Excelso, a **expedição de ofício** aos mesmos para que tomem ciência desta representação e, caso queiram, se pronunciem sobre os fatos representados.

Transcorrido o prazo acima estabelecido, com ou sem pronunciamento do Jurisdicionado, considero necessária a remessa dos autos ao Corpo Instrutivo e ao *Parquet* de Contas para manifestação, retornando o feito, posteriormente, ao meu Gabinete.

Isto posto, em sede de cognição sumária, e de acordo com o que dispõe o art. 84-A do Regimento Interno desta Corte, **decido**:

I. Pela **DETERMINAÇÃO** à Secretaria Geral das Sessões – SSE, para que providencie, por meio eletrônico, a oitiva do Jurisdicionado, a fim de que, na forma do previsto no art. 84-A, §§ 2º e 4º do Regimento Interno desta Corte, no prazo de 3 (três) dias:

I.I. se pronuncie acerca dos fatos representados, encaminhando os documentos que julgar necessários à comprovação da lisura dos atos apontados como ilegais e lesivos ao erário municipal, e

II.II. disponibilize todas as informações e documentos relativos ao Pregão Eletrônico 15/SEME/2022 no sítio eletrônico oficial da municipalidade na internet, em obediência à Lei de Acesso à Informação (art. 8º, §1º, IV e 2º, da Lei nº 12.527/11);

II. Pelo **ENCAMINHAMENTO À SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO** deste Tribunal, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, para que, findo o prazo, com ou sem resposta do Jurisdicionado, analise a

⁹ Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Representação, sucessivamente, quanto aos pressupostos e critérios previstos, respectivamente, nos artigos 9º-A e 4º-A c/c 9º-B, todos da Deliberação TCE-RJ nº 266/2016, e, se presentes, quanto ao pedido de tutela provisória, apreciando-a, por fim e caso o estado do processo justificadamente assim permitir, também quanto ao mérito, com posterior remessa ao douto Ministério Público Especial, nos termos do art. 84-A, § 6º, do Regimento Interno do TCE-RJ.

III. Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** à sociedade empresária C TEIXEIRA 110 COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI, na pessoa de seu representante legal, dando-lhe ciência da decisão deste Tribunal de Contas;

IV. Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** à sociedade empresária HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA, na pessoa de seu representante legal, dando-lhe ciência da decisão deste Tribunal de Contas;

V. Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** à sociedade empresária MC ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, na pessoa de seu representante legal, dando-lhe ciência da decisão deste Tribunal de Contas;

VI. Pela **COMUNICAÇÃO** ao representante, nos termos do §1º do art. 26 da LOTCERJ, dando-lhe ciência da presente decisão.

GCS-2,

ANDREA SIQUEIRA MARTINS
CONSELHEIRA SUBSTITUTA