



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ACÓRDÃO Nº 6276/2022-PLEN**

1 - PROCESSO: 251927-3/2021

2 - NATUREZA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO

3 - INTERESSADO: FORÇA AMBIENTAL LTDA.

4 - UNIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE NATIVIDADE

5 - RELATORA: ANDREA SIQUEIRA MARTINS

6 - REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HENRIQUE CUNHA DE LIMA

7 - ÓRGÃO DECISÓRIO: Plenário

8 - ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do Plenário, por unanimidade, por MANUTENÇÃO DA DECISÃO com CONHECIMENTO e DILIGÊNCIA INTERNA, nos exatos termos do voto do relator.

09- ATA Nº: 3

10 - DATA DA SESSÃO: 09 de fevereiro de 2022

ANDREA SIQUEIRA MARTINS
Relatora

RODRIGO MELO DO NASCIMENTO
Presidente

HENRIQUE CUNHA DE LIMA
Procurador-Geral de Contas

VOTO GCS-2

PROCESSO: TCE-RJ Nº 251.927-3/2021

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE NATIVIDADE

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. LIMPEZA URBANA. EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS QUE SUPOSTAMENTE RESTRINGEM A COMPETITIVIDADE DO CERTAME.

DECISÃO MONOCRÁTICA ANTERIOR QUE DEFERIU A TUTELA PROVISÓRIA DETERMINANDO A SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO. ESCLARECIMENTOS APRESENTADOS PELO JURISDICIONADO QUE NÃO FORAM CAPAZES DE AFASTAR AS IRREGULARIDADES ALEGADAS. AUSÊNCIA DE ANÁLISE PELO CORPO INSTRUTIVO DA RESPOSTA APRESENTADA PELO JURISDICIONADO. PREVISÃO EDITALÍCIA CONTRÁRIA À DOCTRINA, À JURISPRUDÊNCIA E À LEGISLAÇÃO VIGENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA ANÁLISE DE MÉRITO DA REPRESENTAÇÃO. MANUTENÇÃO DA TUTELA. DILIGÊNCIA INTERNA.

Trata-se de **Representação, com pedido de medida cautelar**, formulada pela sociedade empresária Força Ambiental Ltda., em face de supostas irregularidades perpetradas pela Prefeitura de Natividade na formalização do Edital de Concorrência Pública nº 004/2021 (Processo Administrativo nº 7209/2021), cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia para execução dos serviços de coleta, transporte e destinação final dos resíduos sólidos domiciliares (RSD) no Município, pelo período de 12 meses, no valor estimado de R\$ 2.577.303,48.

Em breve síntese, a Representante solicita a suspensão do procedimento licitatório tendo em vista que o instrumento convocatório estaria eivado de vícios que podem gerar prejuízos ao erário, uma vez que alguns itens restringiriam indevidamente a participação no certame, quais sejam:

(i) Exigência de caução em dinheiro como única modalidade de garantia da proposta, em afronta ao art. 56, § 1º da Lei Federal nº 8.666/1993 (item 17); e

(ii) Cumulação ilegal de exigências de qualificação econômico-financeira, tendo em vista a demanda concomitante de comprovação de capital social mínimo integralizado (item 11.2.1.3.1) e de garantia da proposta (item 17).

Na primeira apreciação do feito, ocorrida em 12.01.2022, foi verificada a existência de cláusula, a princípio, restritiva e irregular, a qual poderia prejudicar a participação de empresas que poderiam oferecer preços mais vantajosos para o fornecimento dos serviços almejados. Desse modo, foi deferida a medida cautelar requerida, além de determinada a oitiva da Administração municipal, nos seguintes termos:

DECISÃO AD REFERENDUM:

I - Pela CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA, *inaudita altera parte*, determinando-se cautelarmente, ao atual Prefeito Municipal de Natividade, a suspensão do certame licitatório, no estado em que se encontra, até o julgamento de mérito desta Representação, devendo o jurisdicionado se abster de adjudicar o objeto, homologar o resultado ou celebrar o contrato;

II - Pela COMUNICAÇÃO ao atual Prefeito Municipal de Natividade, com fundamento no art. 84-A, § 3º, do Regimento Interno, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta Decisão, cumpra as seguintes DETERMINAÇÕES:

1. Encaminhe a comprovação da suspensão do certame;

2. Manifeste-se acerca das alegações formuladas pela representante, constantes da peça eletrônica “22/12/2021 – Protocolo Eletrônico #2733180”;

3. Caso a fase de julgamento da licitação tenha sido concluída, dê ciência imediata à eventual licitante vencedora acerca desta Representação, bem como da possibilidade de se manifestar no presente processo na defesa de seus interesses;

III - Pelo ENCAMINHAMENTO À SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO deste Tribunal, imediatamente após o prazo fixado no item II desta Decisão Monocrática, para que, por meio da Coordenadoria competente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, proceda à análise técnica desta Representação, ouvido posteriormente o Ministério Público de Contas;

IV - Pela CIÊNCIA AO JURISDICONADO de que a proposta do Corpo Instrutivo pode ser consultada no Portal do TCE-RJ;

V - Pela REMESSA dos autos ao Núcleo de Distribuição do Gabinete da Presidência (NDG), para sorteio e encaminhamento ao Relator, após o atendimento ao item III desta Decisão.

Em atendimento, foram encaminhados os elementos consubstanciados no

documento TCE-RJ nº 1.218-6/2022, composto pela resposta do Prefeito de Natividade, pela ata da sessão ocorrida em 27.12.2021 e pela apólice-seguro apresentada por uma das licitantes - admitida para fins de garantia da proposta -, as quais foram submetidas à análise do Corpo Instrutivo, conforme proposta de encaminhamento de 27.01.2022, cujos termos transcrevo abaixo:

Ante o exposto, síntese do examinado, sugerimos:

I – REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA; I

I - CONHECIMENTO da Representação;

III – ARQUIVAMENTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, na forma do art. 485, IV, do CPC c/c art. 180 do RITCERJ, ante a ausência do critério de oportunidade;

IV - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO à Representante, a fim de que tome ciência da decisão desta Corte;

V - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao responsável pelo Município de Natividade e ao responsável pela respectiva unidade de Controle Interno, para ciência acerca dos fatos narrados e adoção das providências cabíveis;

O Ministério Público Especial, representado por seu Procurador-Geral, divergiu da proposta do Corpo Instrutivo, opinando por **DILIGÊNCIA INTERNA**, para que a instância técnica complemente a avaliação anteriormente efetuada, com o necessário exame do mérito.

É o Relatório.

No que tange à admissibilidade da presente Representação, verifico que a exordial se encontra revestida dos requisitos previstos no § 1º do art. 58, do Regimento Interno e no art. 9º-A da Deliberação TCE-RJ nº 266/2016 c/c o §1º do artigo 113, da Lei Federal nº 8.666/1993, haja vista tratar-se de matéria de competência desta Corte, referir-se à responsável sujeito à sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço da Representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade suscitada, impondo-se o seu conhecimento.

Quanto ao mérito, a CAD-SANEAMENTO, com respaldo nas disposições do art. 4º-A da Deliberação TCE-RJ nº 266/2016, com redação dada pela Deliberação TCE-RJ nº 323/2021 (DOERJ 28.05.21), identificou a ausência do critério de

oportunidade, que cuida, segundo disciplina a citada norma, da avaliação pelo Tribunal da suficiência da atuação corretiva do ente público denunciado, da respectiva unidade de controle interno ou de outros órgãos de controle externo para o adequado tratamento das irregularidades narradas na Representação. Por esse motivo, propôs a revogação da tutela deferida em 12.01.2022 e o arquivamento sem resolução do mérito do processo, com a devida formalização de ciência aos interessados.

Com efeito, ao verificar, com fulcro nos documentos disponibilizados no sítio eletrônico da municipalidade¹, que a ora Representante não formulara qualquer impugnação ou pedido de esclarecimento em face do Edital de Concorrência Pública nº 004/2021, a instância técnica entendeu que como as questões suscitadas poderiam ter sido combatidas na esfera administrativa, a exordial desta Representação não cumpriu o critério da oportunidade.

Nesse aspecto, o Corpo Instrutivo frisou que foram apresentados, por outras empresas, um pedido de esclarecimento e duas impugnações no bojo do procedimento licitatório, os quais foram devidamente apreciados pela Administração municipal.

Diante da ausência de um dos critérios de exame do mérito, a instância técnica deixou de proceder à análise dos esclarecimentos e documentos submetidos a esta Corte pelo Jurisdicionado através do documento TCE-RJ nº 1.218-6/2022, tendo em vista que a mesma estaria prejudicada, na medida em que destinada ao contraditório preliminar atinente ao pedido de tutela provisória.

Embora não se deva valer do instrumento da Representação como ferramenta para substituir decisões administrativas, a falta de interposição de impugnação, em âmbito administrativo, por si só, não exime esta Corte, como órgão constitucional de controle externo, de se manifestar acerca das matérias de sua competência.

¹V. <<https://www.natividade.rj.gov.br/licitacoes/licitacoes-comuns.html>>. Acesso em: 01.02.2022.

No caso em apreço, observo que foram suscitadas irregularidades atinentes ao instrumento convocatório que têm o condão de restringir indevidamente a participação no certame, como apontado na primeira decisão prolatada no feito, podendo comprometer à economicidade da contratação.

De fato, a cópia do Edital anexada aos autos sugere inconsistências na redação das cláusulas relacionadas à modalidade de garantia e à cumulação das exigências de qualificação econômico-financeira de capital social mínimo com garantia da proposta² que, somadas ao expressivo valor da licitação, demandam a necessidade de apresentação de justificativas pela Administração. Neste aspecto, verifico, com fulcro na cópia da ata da sessão de 27.12.2021 acostada aos autos, que apenas três licitantes compareceram à Concorrência nº 004/2021 e somente uma foi habilitada.

O próprio jurisdicionado, em sua resposta, embora tenha afirmado que o Edital de Concorrência Pública nº 004/2021 não limita a apresentação de garantia da proposta à modalidade de caução em dinheiro – mesmo que a interpretação literal da cláusula sugira tal limitação -, confirma que a cumulação da exigência de capital social mínimo (item 11.2.1.3.1³) com a exigência das garantias (item 17⁴) do art. 56, § 1º da Lei Federal nº 8.666/1993 contraria a doutrina e a jurisprudência majoritárias, bem como o art. 31 da Lei de Licitações.

² A cumulação da apresentação da aludida garantia com prova de possuir capital social ou patrimônio líquido mínimos viola expressamente o texto do art. 31, §2º da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, vide Acórdão 710/2018 (Plenário) do Tribunal de Contas da União.

³ 11.2.1.3.1 - Prova de ter a empresa capital social integralizado de no mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, determinada no preâmbulo deste Edital, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais, de acordo com as disposições previstas no artigo 31, §§ 2º e 3º, da Lei Federal 8.666/93.

⁴ 17. DA GARANTIA DA PROPOSTA:

17.1 A licitante deverá fornecer comprovante de depósito de Garantia de Proposta no valor 1% (um por cento) do valor estimado da contratação respectivo para cada item, dentre a seguinte modalidade: caução em dinheiro, a fim de proteger a Entidade de licitação contra atos ou omissões, nos termos do art.31, III, da Lei nº 8.666/93, para habilitação para fins de qualificação econômico-financeira.

Com efeito, a despeito de ter ciência de que há previsões editalícias que estão em dissonância com a doutrina, a jurisprudência e a legislação, a Administração Municipal reputou pertinente manter os itens questionados na presente Representação – o que evidencia que a eventual interposição de impugnação ou pedido de esclarecimento pela Representante provavelmente não teria provocado a correção da suposta irregularidade.

Quanto ao ponto, o responsável argumenta que a concomitância de tais exigências estaria motivada na complexidade do serviço licitado, sem, no entanto, demonstrar tal alegação através da devida justificativa técnica.

Nesse contexto, com a devida vênia ao Corpo Instrutivo, levando-se em conta a relevância das irregularidades representadas, as quais podem resultar em prejuízos à competitividade da licitação e, conseqüentemente, à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, notadamente considerando o reduzido número de participantes que compareceram à sessão inaugural da concorrência, vislumbro a presença do critério oportunidade, que justifica a intervenção fiscalizatória desta Corte.

Além disso, reputo presentes os demais critérios para exame do mérito previstos no art. 4º-A⁵ c/c art. 9º-B da Deliberação TCE-RJ nº 266/2016, acrescentados pela Deliberação TCE-RJ nº 323/2021, quais sejam, risco, materialidade e relevância.

O risco, como adiantado, está consubstanciado no potencial restritivo à participação no certame dos itens questionados. A materialidade está evidenciada no valor do procedimento licitatório, estimado em R\$ 2.577.303,48. A relevância, a seu turno, está relacionada ao objeto licitado, qual seja, a prestação de serviços de limpeza urbana, os quais possuem caráter contínuo e essencial.

No mais, filio-me ao entendimento do Ministério Público Especial no sentido de determinar a diligência interna, a fim de que a instância técnica proceda à análise do

⁵ Art.4º-A O exame de mérito da denúncia dependerá, ainda, da presença dos critérios de risco, materialidade, relevância e oportunidade, segundo avaliação do Tribunal. (...)

mérito das alegações suscitadas na exordial, apreciando a documentação apresentada pelo Jurisdicionado por meio do documento TCE-RJ nº 1.218-6/2022.

Por derradeiro, entendo que deve ser mantida a tutela provisória concedida neste feito em 12.01.2022, objetivando a preservação da eficácia da decisão de mérito a ser proferida.

Pelo exposto, posiciono-me **em desacordo** com a proposta do Corpo Instrutivo e **parcialmente de acordo** com o parecer do douto Ministério Público Especial, residindo minha parcial divergência no acréscimo do conhecimento desta Representação e na manutenção da suspensão do certame.

VOTO:

I. Pela **MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR** deferida em 12.01.2022;

II. Pelo **CONHECIMENTO** da presente Representação; e

III. Pela **DILIGÊNCIA INTERNA** à Secretaria-Geral de Controle Externo, com vistas à Coordenadoria competente, para que proceda à análise da resposta encaminhada pelo Jurisdicionado (documento TCE-RJ nº 1.218-6/2022) e se pronuncie, conclusivamente, acerca do mérito da Representação em apreço.

GCS-2,

ANDREA SIQUEIRA MARTINS
CONSELHEIRA SUBSTITUTA