

PROCESSO: TCE-RJ Nº 248465-4/22

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ITATIAIA

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO

INTERESSADO: IVAN PAIVA DA CUNHA EIRELI

DECISÃO MONOCRÁTICA

Art. 84-A, § 2º do Regimento Interno –TCE-RJ

EMENTA. REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL DE ITATIAIA. PREGÃO PRESENCIAL Nº 20/2022. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10.139/2022. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. COMUNICAÇÃO. DETERMINAÇÃO. REMESSA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO.

Trata-se de Representação com pedido de tutela provisória formulada pela empresa IVAN PAIVA DA CUNHA EIRELI., devidamente inscrita no CNPJ sob o nº 10.524.918/0001-93 em face de supostas irregularidades perpetradas no Pregão Presencial nº 20/2022, regulamentado pelo Decreto Municipal nº 4.018/2022, do tipo menor preço global, do município de Itatiaia/RJ, por intermédio da Secretaria Municipal de Obras e Serviços Públicos, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de limpeza e manutenção de logradouros públicos e vias públicas entre as localidades de Maringá e Maromba, tais como capina, limpeza, roçada, poda de árvores, com o devido recolhimento

¹ Art. 84-A O Plenário, o Relator, ou, na hipótese do art. 142, inciso XIV, o Presidente, nos casos de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, de risco de ineficácia da decisão de mérito ou de embaraços indevidos às atividades de controle externo, incluindo o abuso do direito de defesa e/ou o manifesto propósito protelatório do jurisdicionado, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar tutela provisória, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

§ 2º Se o Plenário, o Presidente ou o Relator entender que antes de ser adotada a tutela provisória deva o responsável ser ouvido, o prazo para a resposta será de até cinco dias úteis.

e destinação final dos resíduos, no período de 12 (doze) meses, no valor de R\$2.494.119,15 (dois milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil, cento e dezenove reais e quinze centavos), com certame previsto para o dia 08.12.22, às 10h.

Inicialmente, sustenta a Representante que o Edital de Pregão Presencial possui irregularidades que violam a finalidade precípua da licitação, frustrando seu caráter competitivo e isonômico, trazendo os seguintes pontos, vejamos:

II.- DA FRUSTRAÇÃO AO CARATER COMPETITIVO E DO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO

[...]

Ocorre que, não há que se falar em ampla concorrência, quando o instrumento convocatório traz em seu bojo elementos que visam frustrar o caráter competitivo do certame, exigindo documentos injustificáveis com único fito de direcionar a licitação para empresa específica.

[...]

Entretanto é **a primeira vez que a Administração Pública exige** que o licitante apresente, como requisito de habilitação **licença ambiental para atividade de coleta e transporte rodoviário de resíduos da construção civil (RCC)**

[...]

Ora, Nobre relator, é sabido que a Lei 8.666/93 apresenta nos artigos 27 a 31 rol taxativos dos documentos que serão exigidos para fim de habilitação. Destaca-se ainda que o Tribunal de Contas da União da pacificou o entendimento de que “a exigência de apresentação de licença ambiental de operação como requisito para qualificação técnica é ilegal, o art. 30 e incisos da lei 8.666/1993 são claros ao especificar documentos que podem ser demandados dos licitantes, entre os quais não se encontra licença de operação”.

Desta forma, resta claro que a exigência de licenciamento junto ao INEA cria condições que visam **direcionar a licitação para empresa específica**. Tal fato viola diretamente os princípios da impessoalidade, da moralidade da ampla concorrência e, conseqüentemente da economicidade [...]

III- DA NECESSIDADE DE IMPUGNAR O EDITAL PRESENCIALMENTE

Além de todas os argumentos citados acima, causa estranheza a exigência de que caso algum licitante deseje impugnar ao edital, tenha de fazê-lo de forma presencial (conforme item 12.7 do edital objeto desta representação). Ressalta-se que não há qualquer argumento plausível que justifique a necessidade de se protocolar fisicamente a impugnação.

[...]

Ressalta-se, nobre Relator, que antes de buscar a tutela deste respeitável órgão, esta empresa tentou apresentar a impugnação via e-mail, entretanto, até o presente momento, não houve qualquer resposta [...]

Nesse diapasão, ao fim da peça inicial a Representante requer o seguinte *in verbis*:

IV- DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

1. LIMINARMENTE a suspensão da licitação marcada para o dia 08 de dezembro de 2022;
2. Ao final seja confirmada a liminar anulando o instrumento convocatório e determinando que a Prefeitura Municipal de Itatiaia realiza as adequações apontadas, de forma afastar as ilegalidades e os direcionamentos apontados.

Por fim, em razão do pedido de medida cautelar de urgência, os autos foram imediatamente distribuídos à minha relatoria por força do art. 84-A, § 7^o do RITCERJ.

Eis o Relatório.

Em análise perfunctória, foram trazidas pela Representante duas supostas irregularidades a respeito do Edital, quais sejam:

I. DA FRUSTRAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO E DO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO.

II. DA NECESSIDADE DE IMPUGNAR O EDITAL PRESENCIALMENTE

Consubstanciando os autos, verifico que o certame em apreço estava previsto para ocorrer no dia 08.12.22, conforme anteriormente previsto no Edital de Pregão Presencial nº 20/2022, de acordo com a imagem abaixo extraída do sítio eletrônico³ do Jurisdicionado.

PREGÃO PRESENCIAL N° 20/2022 - P.A 10139/2022	
Número da Licitação: 20/2022	Documentos
Objeto: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E MANUTENÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS E VIAS PÚBLICAS ENTRE AS LOCALIDADES DE MARINGÁ E MAROMBA, TAIS COMO CAPINA, LIMPEZA, ROÇADA, PODA DE ÁRVORES, COM O DEVIDO RECOLHIMENTO E DESTINAÇÃO FINAL DOS RESÍDUOS	<ul style="list-style-type: none">• AVISO DE LICITAÇÃO 28/11/2022• EDITAL PP 20/2022 28/11/2022
Data de Publicação: 28/11/2022	
Data da Sessão: 08/12/2022	
E-mail: licitacpmi.itatiaia@gmail.com	
Modalidade: Pregão Presencial	
Status: Em Andamento	

² § 7º Os procedimentos de qualquer natureza que contenham pedidos de tutela provisória, após protocolizados neste Tribunal, devem ser imediatamente sorteados e distribuídos a Relator, que, consoante as peculiaridades do caso, determinará o trâmite necessário à apreciação dos pedidos, inclusive estabelecendo prazo para manifestação das instâncias instrutivas.

³ <https://itatiaia.rj.gov.br/arquivos/licitacao/pregao-presencial-no-20-2022-p-a-10139-2022>, acesso em 08.12.22

Isto posto, diante do fato de que o certame ainda se encontra em fase inaugural, o que por óbvio não prejudica a atuação deste órgão de Controle, julgo prudente que, no presente momento, seja concedido ao Jurisdicionado o direito de ser chamado aos autos para apresentar as devidas justificativas, a fim de combater as alegações aventadas pela Representante.

Portanto, em que pesem as alegações da Representante demonstrarem, em princípio, possíveis irregularidades, merece observância o disposto nos artigos 20⁴ e 21⁵ do Decreto-Lei nº 4.567/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), o qual acentua a necessidade de se atentar para as consequências práticas das decisões proferidas em sede dos Tribunais de Contas, de forma a evitar prejuízos irreversíveis em decorrência dessas decisões.

É de se ver, portanto, que os autos carecem de informações relevantes a uma análise meritória do pedido cautelar, destacando ainda que as alegações trazidas na Representação requerem uma análise acurada, não sendo possível fazê-la de forma perfunctória, razão pela qual julgo oportuno a oitiva do Jurisdicionado antes da prolação de decisão acerca da tutela provisória, em primazia aos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa que devem nortear a condução processual.

Nesse sentido, o Prof.º Elpídio Donizetti⁶ nos esclarece de forma precisa que “*O princípio do contraditório, assim como o do devido processo legal, apresenta duas dimensões. Em um sentido formal, é o direito de participar do processo, de ser ouvido. Mas essa participação há de ser efetiva, capaz de influenciar o convencimento do magistrado. Não adianta simplesmente ouvir a parte.*”

⁴ 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.

⁵ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

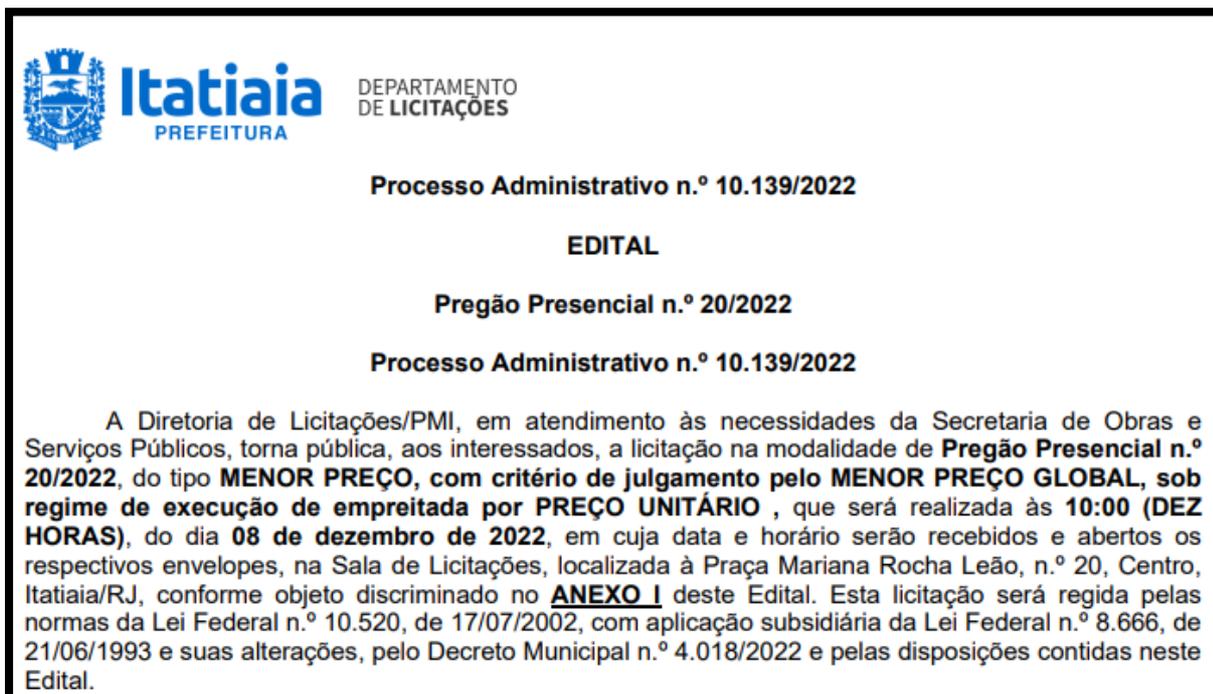
⁶ [DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil / Elpídio Donizetti. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. Pág. 147/148]

A manifestação há de ser capaz de influenciar na formação da decisão. A seu turno, o juiz tem o dever correspondente de levar a manifestação na decisão. Essa é a perspectiva substancial do contraditório”.

E assim finaliza dizendo que “*Em razão da garantia fundamental ao contraditório, deve o magistrado possibilitar a prévia manifestação das partes sobre a questão a ser decidida, ainda que se trate daquelas que pode decidir de ofício, para só posteriormente proferir sua decisão. Essa, inclusive, é a orientação que prevaleceu quando da aprovação do novo Código. Conforme já explicitado, o art. 10 prevê que somente após oportunizar o contraditório o juiz poderá julgar a causa com base em circunstância fática não alegada, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”.*

À vista disso, é sempre bom lembrar que o *princípio do contraditório* (art. 5º, LV, da CRFB) é, dos princípios fundamentais do processo, o que se revela como sua *nota essencial*.

Em tempo, verifiquei também que a modalidade escolhida para o referido certame foi o Pregão na forma Presencial, assim definido no preâmbulo do Edital e no item 7 do anexo I – Termo de Referência, conforme respectivamente se comprova com as imagens abaixo:



 **Itatiaia**
PREFEITURA

DEPARTAMENTO
DE LICITAÇÕES

Processo Administrativo n.º 10.139/2022

EDITAL

Pregão Presencial n.º 20/2022

Processo Administrativo n.º 10.139/2022

A Diretoria de Licitações/PMI, em atendimento às necessidades da Secretaria de Obras e Serviços Públicos, torna pública, aos interessados, a licitação na modalidade de **Pregão Presencial n.º 20/2022**, do tipo **MENOR PREÇO**, com critério de julgamento pelo **MENOR PREÇO GLOBAL**, sob regime de execução de empreitada por **PREÇO UNITÁRIO**, que será realizada às **10:00 (DEZ HORAS)**, do dia **08 de dezembro de 2022**, em cuja data e horário serão recebidos e abertos os respectivos envelopes, na Sala de Licitações, localizada à Praça Mariana Rocha Leão, n.º 20, Centro, Itatiaia/RJ, conforme objeto discriminado no **ANEXO I** deste Edital. Esta licitação será regida pelas normas da Lei Federal n.º 10.520, de 17/07/2002, com aplicação subsidiária da Lei Federal n.º 8.666, de 21/06/1993 e suas alterações, pelo Decreto Municipal n.º 4.018/2022 e pelas disposições contidas neste Edital.

7 REGIME DE EXECUÇÃO, TIPO E MODALIDADE

Os serviços de natureza contínua, objetos dessa contratação serão executados sob regime de execução indireta, empreitada por preço unitário do tipo menor preço. A modalidade sugerida é o Pregão Presidencial.

O julgamento da proposta considerará aquela de MENOR VALOR GLOBAL, haja vista que os serviços, objetos da atual contratação, bem como os equipamentos, materiais e mão de obra, são correlatos e devem ser geridos e executados pela mesma empresa, por serem itens de serviços que agregam interdependência entre suas execuções, fazendo parte de um mesmo escopo. Com isso tem-se a necessidade de adotar as técnicas de execução e os equipamentos considerados para plena e satisfatória realização de um mesmo serviço, desde que estejam de acordo com as especificações exigidas neste Termo de Referências e seus anexos.

Entretanto, não vislumbro qualquer justificativa mínima para adoção do Pregão na forma presencial em detrimento da forma eletrônica, outrossim, registro que o Município de Itatiaia, há poucos meses, regulamentou o Pregão Eletrônico, por intermédio do Decreto Municipal nº 4.019 de 31 de agosto de 2022, devidamente publicado no Boletim Oficial do Município de Itatiaia – ANO IV – EDIÇÃO EXTRA Nº 138 – ITATIAIA, 31 DE AGOSTO DE 2022 – PAG 9-11⁷. Nesse diapasão, esta e. Corte de Contas tem jurisprudência consolidada a respeito do tema, veiculado no Boletim de Jurisprudência nº 05/2020, o qual coleciono abaixo, vejamos:

Processo TCE-RJ nº 213.626-5/20

Relator: Conselheiro-Substituto Marcelo Verdini Maia

Plenária Virtual: 10/08/2020

PREGÃO ELETRÔNICO. OPÇÃO DISCRICIONÁRIA. DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO.

O pregão na modalidade eletrônica tem maior potencial de incremento da competitividade, o que porventura pode influenciar na obtenção da proposta mais vantajosa, objetivo principal da deflagração de um procedimento licitatório. Não obstante, não há impedimento ao administrador, no âmbito de sua discricionariedade, em optar pelo Pregão Presencial, com a devida fundamentação para tal opção.

Isto posto, é dever do Gestor promover os melhores meios para a realização das contratações públicas, porém, no presente caso, com a escolha injustificada da modalidade de pregão na forma presencial, me parece que tal medida não está sendo adotada, o que poderá ensejar em uma possível contratação antieconômica, em desrespeito aos princípios⁸ norteadores do procedimento licitatório.

⁷ https://itatiaia.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/09/BO_138_2022-ASSINADO.pdf, acesso em 08.12.22

⁸ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita

De igual modo, utilizo-me do próprio Decreto que regulamenta a forma eletrônica da modalidade Pregão no Município de Itatiaia, que em seu preâmbulo assim dispõe:

O PREFEITO DO MUNICIPIO DE ITATIAIA, no exercício das suas atribuições legais, e

Considerando, o que estabelece a Lei Federal n. 10.520 de 17 de julho de 2002, a qual cria a modalidade licitatória de Pregão, prevendo assim a possibilidade das formas de Pregão Presencial e Pregão Eletrônico;

Considerando, o que estabelece o artigo 23 da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 com as devidas atualizações trazidas pelo Decreto nº 9.412 de 18 de junho de 2018;

Considerando, a necessidade da administração pública municipal, **ampliar as formas de contratação nos procedimentos licitatórios, visando a maior eficiência e economicidade na publicidade dos certames licitatórios, a fim de alcançar a melhor qualidade de serviço, com o consequente menor preço** respeitando o devido cumprimento da legislação vigente. DECRETA (grifo nosso).

Logo, julgo indispensável que o Jurisdicionado **apresente as justificativas** que o fizeram escolher a forma presencial em detrimento da eletrônica da referida modalidade **ou adote o pregão na forma eletrônica**, sob pena de, supostamente, incorrer no art. 28 da LINDB, além de outras sanções que podem ser aplicadas no presente caso.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou **erro grosseiro** (grifo nosso).

À vista do exposto, **DECIDO:**

I. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário Municipal de Obras e Serviços Públicos do Município de Itatiaia, nos termos do art. 84-A, §2º, do RITCERJ para que, no **prazo de 05 (cinco) dias úteis**, a contar da ciência desta decisão, manifeste-se, para fins de posterior concessão ou não da cautelar, acerca das alegações da Representante e desta decisão, encaminhando ainda todos os documentos referentes ao aludido certame, inclusive, impugnações, esclarecimentos e suas respectivas respostas, até mesmo aquelas apresentadas eletronicamente, e abstendo-se, caso entenda pertinente, de adjudicar o objeto, homologar o

conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [Lei Federal nº 8.666/1993]

resultado ou celebrar o contrato, **sob pena de aplicação das sanções legais**, previstas no art. 80, IV⁹ e VII¹⁰ c/c Art. 83¹¹ ambos do RITCERJ e art. 63, incisos IV¹² e VII¹³ e §1^{o14} da Lei Complementar nº 63/1990 - Lei Orgânica do TCE-RJ, bem como da aplicação de astreintes, em caso de descumprimento da medida determinada, inclusive caso venha a ser apurada irregularidade na contratação;

II. Pela **COMUNICAÇÃO** ao titular do Órgão Central de Controle Interno da Prefeitura de Itatiaia, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de **responsabilidade solidária**, de acordo com o art. 53, inciso IV, e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90;

III. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Prefeito do Município de Itatiaia para que tome ciência da presente decisão;

IV. Pela **DETERMINAÇÃO** à Subsecretaria das Sessões – SSE, para que providencie, por meio eletrônico, a oitiva do Jurisdicionado, a fim de que, na forma do prevista no art. 84-A, §§ 2º e 4º do RITCERJ, se pronuncie, **no prazo do item I**, acerca de todas as irregularidades suscitadas pela Representante e desta decisão, encaminhando os elementos necessários;

V. Pela **REMESSA À SGE**, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, com posterior remessa ao Ministério Público de Contas – MPC, para que se manifestem em igual prazo, qual seja, **72 (setenta e duas) horas**, quanto à **admissibilidade** e ao **mérito do pedido cautelar** da Representação, retornando, posteriormente, os autos ao meu Gabinete; e

⁹ Art. 80 - O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até 1.000(mil) vezes o valor da UFERJ aos responsáveis por:

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência ou a decisão do Tribunal

¹⁰ VII - reincidência no descumprimento de decisão do Tribunal.

¹¹ Art. 83 - O Tribunal de Contas, por maioria absoluta de seus membros, poderá, cumulativamente, ou não, com as sanções previstas na Seção anterior, aplicar ao responsável, por prática de atos irregulares, a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública estadual ou municipal, por prazo não superior a 5 (cinco) anos, bem como propor a pena de demissão, na forma da lei, no caso de servidor

¹² Art. 63. O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até 1.000 (mil) vezes o valor da UFERJ aos responsáveis por:

¹³ VII - reincidência no descumprimento da decisão do Tribunal.

¹⁴ § 1º Ficará sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixará de cumprir a decisão do Tribunal, salvo, motivo justificado, a critério do Plenário.

VI. Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** à Representante para que tome conhecimento da presente decisão, e ainda, para que encaminhe o comprovante de impugnação eletrônica mencionada na Representação.

CONSELHEIRO MÁRCIO PACHECO

Documento assinado digitalmente