

ACÓRDÃO Nº 098089/2023-PLEN

1 **PROCESSO:** 113852-9/2023

2 **NATUREZA:** REPRESENTAÇÃO DA SGE

3 **INTERESSADO:** SGE-SECRETARIA GERAL DE CONTROLE EXTERNO, CAD-ASSISTÊNCIA

4 **UNIDADE:** SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DIREITOS HUMANOS

5 **RELATOR:** JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO

6 **REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO:** HENRIQUE CUNHA DE LIMA

7 **ÓRGÃO DECISÓRIO:** PLENÁRIO

8 **ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO DA SGE**, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do **PLENÁRIO**, por unanimidade, por **CONHECIMENTO** com **COMUNICAÇÃO**, nos exatos termos do voto do Relator.

9 **ATA Nº:** 35

10 **QUÓRUM:**

Conselheiros presentes: Rodrigo Melo do Nascimento, José Maurício de Lima Nolasco, Marianna Montebello Willeman e Marcio Henrique Cruz Pacheco

Conselheiros-Substitutos presentes: Andrea Siqueira Martins, Marcelo Verdini Maia e Christiano Lacerda Ghuerren

11 **DATA DA SESSÃO:** 11 de Outubro de 2023

José Maurício de Lima Nolasco

Relator

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

PROCESSO: TCE-RJ Nº 113.852-9/2023

ORIGEM: SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DIREITOS HUMANOS DO RIO DE JANEIRO – SEDSODH

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO

REPRESENTAÇÃO. SECRETARIA ESTADUAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DIREITOS HUMANOS. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NOTICIADAS PELA SGE EM TERMO DE CESSÃO DE USO E GESTÃO DE IMÓVEL VISANDO À IMPLANTAÇÃO, OPERACIONALIZAÇÃO, GERENCIAMENTO E MANUTENÇÃO DE RESTAURANTE DO POVO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS RELATIVOS À CARACTERIZAÇÃO DA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO PARA UTILIZAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. NÃO FORMALIZAÇÃO E PUBLICAÇÃO DO ATO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PREVIAMENTE À CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS RELATIVOS À RAZÃO DA ESCOLHA DO EXECUTANTE, AO PREÇO FIRMADO, ASSIM COMO OS RELATIVOS AOS ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES E QUANTITATIVOS DEMANDADOS ALÉM DOS REFERENTES À REGULARIDADE FISCAL DO CONTRATADO. REGRAS CONTRATUAIS QUE APONTAM PARA A EVENTUAL REALIZAÇÃO, EXCLUSIVAMENTE PELA CONTRATADA, DA MEDIÇÃO DO SERVIÇO PRESTADO. RESTRIÇÃO AO ACESSO DO PARECER DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ACERCA DA CONTRATAÇÃO EM TELA. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. CONHECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO. COMUNICAÇÃO AO JURISDICIONADO E À CESSIONÁRIA PARA APRESENTAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS.

Cuida o feito, na espécie, de **Representação, sem pedido de tutela provisória**, formulada pela Secretaria Geral de Controle Externo – SGE, por intermédio da Coordenadoria de Auditoria de Políticas em Assistência Social e Desenvolvimento – CAD-Assistência, em face da SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DIREITOS HUMANOS DO RIO DE JANEIRO – SEDSODH, tendo em vista possíveis irregularidades existentes no procedimento administrativo que culminou na celebração do termo de cessão de uso e gestão do IMÓVEL situado na Rua Barão de São Felix, nº 167/169, no Município do Rio de Janeiro, denominado “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho”, em favor

do SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SESC ARRJ, para a implantação, operacionalização, gerenciamento e manutenção do aludido Restaurante do Povo (SEI-310003/003132/2023).

A laboriosa CAD-Assistência destacou que, em sede de rotina fiscalizatória, identificou matéria jornalística¹ com informações relevantes da reinauguração do Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho. Ademais, a aludida Coordenadoria também constatou que a implantação, operacionalização, gerenciamento e manutenção do Restaurante do Povo da Central do Brasil foram transferidos ao SESC AARJ, por meio do retromencionado termo de cessão de uso e gestão de imóvel público, celebrado em 15/08/203 entre a SEDSODH e o SESC ARRJ (Doc. 57784365² c/c publicação DOERJ, edição de 17/08/23).

Em apertada síntese, alega a CAD-Assistência (peça datada de 15/09/2023) que o Termo de Cessão de Uso e Gestão em apreço foi celebrado contendo as seguintes e prováveis irregularidades:

1. ausência de formalização e publicação do ato de inexigibilidade da contratação prévio à contratação do SESC AARJ;
2. não caracterização da inviabilidade de competição para utilização de inexigibilidade de licitação;
3. ausência de razão da escolha do executante;
4. ausência de plausibilidade na justificativa de preços;
5. ausência de estudo técnico preliminar e dos quantitativos demandados;
6. celebração do termo de cessão e gestão sem comprovação da regularidade fiscal do contratado;
7. realização, exclusivamente pela contratada, da medição do serviço prestado; e

¹ Disponível em <https://oglobo.globo.com/rio/noticia/2023/08/15/restaurante-do-povo-reabre-na-central-apos-5-anos-fechado-e-no-primeiro-dia-oferece-mais-de-mil-refeicoes-de-graca.ghtml>

² Documento disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj1Ea740eOz6J06XlQikVzGZvLVUQMryZAY5yit0PmmT3o0DBPir-uhKB1SqLin2T4pFAv-kbcx5I1lMldOcAiOa acesso em 22/08/2023

8. restrição de acesso ao Parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Firme em seus argumentos, sugeriu a Coordenadoria postulante o que segue reproduzido, *in verbis*:

*I. O **CONHECIMENTO** desta Representação, por estarem presentes os requisitos legais;*

*II. A **COMUNICAÇÃO**, com arrimo no inc. I do art. 15 do RITCERJ, à Sr^a. **ROSANGELA DE SOUZA GOMES**, SECRETÁRIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DIREITOS HUMANOS, para que se pronuncie quanto a todos os aspectos de mérito desta Representação, notadamente no que toca aos seguintes esclarecimentos:*

a) Apresentar as devidas justificativas para contratação direta do SESC ARRJ em detrimento da realização de licitação para contratação dos serviços de implantação, operacionalização, gerenciamento e manutenção da unidade do “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho”, uma vez que já tramitava um processo administrativo licitatório (SEI-310003/001301/2023) para esse fim;

a.1) Demonstrar, adicionalmente, que a solução eleita representa alternativa apta à realização dos fins buscados pela Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos em detrimento da realização do devido processo licitatório (artigo 37, XXI, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei nº 8.666/93, bem como dos princípios da legalidade, isonomia, impessoalidade e eficiência, basilares das contratações públicas, insculpidos no artigo 37, 'caput', da Constituição Federal);

b) Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem a devida formalização de ato formal de afastamento da licitação (artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93) ante as evidências existentes nos autos do SEI-310003/003132/2023;

c) Justificar a adjudicação direta de serviço não singular ao SESC ARRJ, sem a devida demonstração da inviabilidade de competição para utilização de inexigibilidade de licitação, em afronta ao disposto no art. 25, caput e inciso II, da Lei nº 8.666/93 e ao princípio da Isonomia (Evidencia: docs. 58063843³ e 58068984⁴ do proc. SEI-310003/001301/2023);

³Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj2AgHphmtmcVOsnACsXU1eXY9DirCgxS3Dd1XGiXrhQoZuTemSq84hnnwQfx_o6IQX_3mvFE5QbvmX_h_iH8ylYo5 acesso em 22/08/2023

⁴Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj120mmAU1rNNW2S5YChr_07LF6ciCPKRQFqXqdpknHTcuct0cL59Ccc-4PVduaIH0rUbtM9YWVvKJqfeyq3g5dlc acesso em 22/08/2023

d) Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem o prévio estudo técnico preliminar, em dissonância com os arts. 7º, §§2º e 9º c/c art. 6º, IX c/c art. 26, parágrafo único, II, todos da Lei Federal nº 8.666/93, assim como ao art. 12, §2º, do Decreto Estadual 46.642/2019;

e) Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem constar do processo administrativo a composição dos custos unitários, com a respetiva memória de cálculo, em dissonância com os artigos 7º, §2º, II e 9º, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c art. 22 do Decreto Estadual nº 46.642/2019;

f) Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem a indispensável justificativa de preços, em dissonância com os artigos 26, III da Lei nº 8.666/93 c/c art. 24 do Decreto Estadual nº 46.642/2019;

g) Demonstrar e comprovar que os preços pactuados com o SESC ARRJ são compatíveis com os de mercado, tendo em vista os valores divergentes contidos nos documentos 58063843⁵ do SEI-310003/003132/2023 e 53254874⁶ do SEI-310003/001301/2023⁷;

h) Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem a verificação formal da capacidade técnico-operacional do SESC ARRJ, em dissonância com os artigos 30, II c/c 26, II da Lei nº 8.666/93;

i) Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista do SESC ARRJ, em dissonância com os artigos 27, IV, e 29 da lei n. 8.666/93;

j) Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão com a realização, exclusivamente pela contratada, da medição do serviço prestado, contrariando o disposto nos artigos 67 e 73, I, “a” e “b”, da Lei n. 8.666/93.

k) Comprovar que o Termo de Cessão e Gestão do IMÓVEL situado na Rua Barão de São Felix, nº 167/169, no Município do Rio de Janeiro, denominado “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho” foi celebrado após a devida aprovação da Assessoria Jurídica, em atenção ao que dispõe o artigo 38, VI e parágrafo único, da Lei n. 8.666/93;

⁵ Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsRDgKOTtYkpTOQj2AgHphtmcVOsnACsXU1eXY9DirCgxS3Dd1XGiXrhQoZuTemSq84hnwQfx_o6IQX_3mvFE5QbvmX_h_iH8yIYo5 acesso em 22/08/2023

⁶ Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsRDgKOTtYkpTOQj1XlPflYeebmPdKpMQZZGL2pp9OmU80tSsFP0qJWkOMflwT9Piyntfyj8kZJWXkpWtFaDGT31qZyD-q-w-SzN3I acesso em 22/08/2023

⁷ Versa sobre o processo licitatório visando a contratação do serviço de preparo, fornecimento e distribuição de refeições transportadas, a preço acessível e subsidiado, nos Restaurantes do Povo da Central do Brasil e do Município de Barra Mansa.

I) Considerando a importância do conhecimento do conteúdo do Parecer da PGE (doc. 57664901 do SEI-310003/003132/2023) para prosseguimento do exame do termo de cessão, juntar cópia do aludido parecer jurídico aos autos deste processo de representação, bem como justificar ou retirar a restrição de acesso ao referido documento ou, em não havendo habilitação sistêmica, envidar os esforços necessários para quem possua tal habilitação o faça, sob pena de multa diária (astreintes), em caso de não atendimento, com alerta de que o não atendimento injustificado pode sujeitar a responsável, além da multa diária, às sanções previstas no art. 63 da Lei Complementar Estadual nº 63/1990;

*III. A **COMUNICAÇÃO**, com arrimo no inc. I do art. 15 do RITCERJ, ao representante legal do **SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SESC ARRJ**, para que tome ciência da decisão a ser proferida por esta Corte, franqueando-lhe a apresentação de esclarecimentos que entender cabíveis*

*IV. Não acatadas as eventuais justificativas apresentadas, seja, por fim e na etapa processual oportuna, julgada **PROCEDENTE** esta Representação, a fim de que seja declarada a ilegalidade do Termo de Cessão e Gestão do IMÓVEL situado na Rua Barão de São Felix, nº 167/169, no Município do Rio de Janeiro, denominado “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho”, objeto do processo administrativo SEI-310003/003132/2023, com o envio de **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário(a) de Estado de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos, nos termos do art. 15, inc. I, do RITCERJ, para que adote as seguintes medidas:*

a) Promover, em até 45 dias, a regularização da contratação dos serviços de operacionalização, gerenciamento e manutenção do Restaurante do Povo da Central do Brasil, após regular processo licitatório, em cumprimento ao disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei nº 8.666/93, bem como dos princípios da legalidade, isonomia, impessoalidade e eficiência, basilares das contratações públicas, insculpidos no artigo 37, 'caput', da Constituição Federal;

b) Tão logo o procedimento licitatório mencionado no item anterior seja concluído, proceda à extinção do Termo de Cessão e Gestão do IMÓVEL situado na Rua Barão de São Felix, nº 167/169, no Município do Rio de Janeiro, denominado “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho”, objeto do processo administrativo SEI-310003/003132/2023;

c) Promover a permanente atuação do Órgão Central de Controle Interno na área de licitação, de forma a evitar a repetição das ocorrências apontadas ao longo desta Informação Processual, implicando a responsabilização do gestor que deu causa a omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização do regular procedimento licitatório; e

d) Cumprir eventuais determinações necessárias ao saneamento das impropriedades remanescentes, que serão propostas por esta Coordenadoria quando do exame de mérito desta Representação.

A representação foi encaminhada ao meu gabinete em 22/09/2023. Em razão da ausência de pedido de concessão de tutela provisória, encaminhei os autos, na mesma data, para manifestação do Ministério Público de Contas, nos termos dos arts. 113 e 247, I do RITCERJ⁸ c/c os arts. 1º e 2º, IV da Resolução MPE 02/2017⁹.

Após análise, o *Parquet* de Contas se manifestou no sentido do **conhecimento** da representação e da **comunicação** à Sra. Rosângela de Souza Gomes, Secretária de Estado de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos, bem como ao representante legal do Serviço Social do Comércio – Administração Regional no Estado do Rio de Janeiro - SESC ARRJ, nos moldes sugeridos pelo Corpo Instrutivo.

É o relatório.

A primeira face, ingressando no **juízo de cognoscibilidade** desta representação, observo que a peça inaugural preenche os requisitos estabelecidos nos arts. 107, 108, inc. V e 109, todos do Regimento Interno deste Tribunal, de modo que **o seu conhecimento é, pois, providência que se impõe.**

⁸ Art. 113. As denúncias ou representações protocolizadas neste Tribunal serão imediatamente encaminhadas ao setor responsável para distribuição a Relator, que conduzirá a sua instrução.

Parágrafo único. A primeira denúncia ou representação protocolizada neste Tribunal torna prevento o Relator para as denúncias ou representações subsequentes que versem sobre o mesmo, ou semelhante, objeto.

Art. 247. **O Relator**, Conselheiro Titular ou Conselheiro-Substituto, esteja este em substituição ou não, **ordenará e dirigirá o processo que lhe for distribuído e presidirá a sua instrução, competindo-lhe:**

I - **determinar, por meio de despacho**, diligências, medidas saneadoras, e solicitar esclarecimentos, com o objetivo de regularizar e instruir o processo, permitindo o seu bom andamento, **assim como fixar prazo para manifestação do Ministério Público de Contas;**

⁹ Art. 1º **A intervenção ministerial, mediante elaboração de parecer, fica dispensada nos processos que se encontrem em fase preliminar;** em que haja manifestação da instância instrutiva por diligências, comunicações, notificações, anexações, apensamentos, sobrestamentos, bem como outras que não importem em sugestão de decisão final de mérito.

Art. 2º **Não se aplica a dispensa do artigo 1º, caput, nos seguintes casos:**

...omissis...

IV – denúncias e representações;

Feitos tais indispensáveis registros, inclino-me, ainda que de forma perfunctória, ao exame dos fatos representados.

Como mencionado alhures, e ora reitero, a representação em apreço versa sobre possíveis irregularidades contidas no procedimento administrativo que culminou na celebração do termo de cessão de uso e gestão do IMÓVEL situado na Rua Barão de São Felix, nº 167/169, no Município do Rio de Janeiro, denominado “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho”, em favor do SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SESC ARRJ, para a implantação, operacionalização, gerenciamento e manutenção do aludido Restaurante do Povo (SEI-310003/003132/2023).

Empreendido minucioso exame técnico no termo de cessão de uso e gestão do referido imóvel público e seus documentos basilares, a operosa Coordenadoria postulante (CAD-Assistência) identificou a existência de irregularidades com potencial de caracterizar burla ao processo licitatório, evidenciando, à primeira vista, descumprimento do disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal¹⁰ e artigo 2º da Lei nº 8.666/93¹¹, bem como dos princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência, basilares das contratações públicas, insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal¹².

Confira-se, por relevante, excerto do exame realizado pelo judicioso Corpo Técnico, constante da peça eletrônica CAD-Assistência de 15/09/2023, *verbatimum*:

¹⁰ Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹¹ Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

1.1 Da ausência de formalização e publicação do ato de inexigibilidade da contratação prévio à contratação do SESC AARJ, em dissonância com o artigo 26, caput, da Lei nº 8.666/93

O artigo 26, caput, in fine, da Lei n. 8.666/93, que disciplina o procedimento de dispensa e inexigibilidade, determina a prévia ratificação do ato pela autoridade superior e consequente publicação na imprensa oficial do extrato do ato de afastamento da licitação.

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para eficácia dos atos.

Em consulta aos autos do SEI-310003/003132/2023¹³ (acesso em 22/08/2023), esta Coordenadoria não encontrou documentos relativos à formalização do ato de inexigibilidade prévio à contratação do SESC AARJ.

Ao menos, a princípio, as evidências colhidas no processo SEI apontam para a celebração do termo em exame sem a formalização e publicação de ato de inexigibilidade, violando o artigo 26, caput, da Lei n. 8.666/93.

Portanto, diante de tais circunstâncias, compete-nos sugerir que o jurisdicionado encaminhe as devidas justificativas frente aos apontamentos presentes neste tópico.

1.2 Não caracterização da inviabilidade de competição para utilização de inexigibilidade de licitação

Exposição de motivos da caracterização da inviabilidade de competição (proc. SEI-310003/003132/2023):

1. Doc. 58063843¹⁴:

Nesse sentido, foi construído o Restaurante do Povo Herbert de Souza - Betinho, na Central do Brasil, para fornecimento diário de refeições a preço popular e subsidiado. Vislumbrou-se a parceria com a instituição Sesc, dado seu histórico na promoção da assistência social por meio de programas e projetos que visam atender às necessidades básicas de grupos em situação de vulnerabilidade, em especial comerciantes e seus familiares; tendo em vista as ações já desenvolvidas pelo Sesc, que possuem como foco o bem-estar social, cultural e educacional dos trabalhadores do comércio, com atividades

¹³ Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?IC2o8Z7ACQH4LdQ4jJLJzjPBiLtP6l2FsQacllhUf-duzEubalut9yvd8-CzYYNLu7pd-wiM0k633-D6khhQNfVum9tezrWMQp_WNUauqIBmCEQPY67Co5bKzqzvfCf acesso em 22/08/2023

¹⁴ Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-Blq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj2AgHphtmcVOsnACsXU1eXY9DirCgxS3Dd1XGiXrhQoZuTemSq84hnnwQfx_o6lQX_3mvFE5QbvmX_h_iH8ylYo5 acesso em 22/08/2023

voltadas para a promoção da cultura, educação, saúde, esporte, lazer e assistência social; e os Restaurantes Sesc que fornecem alimentação aos comerciários a preços acessíveis.

O valor proposto na parceria mostra-se vantajoso para o Estado, caracterizando a inviabilidade da competição, visto que está muito aquém dos valores cotados na pesquisa de preço realizada para a contratação de empresa especializada na prestação do serviço de alimentação para o Restaurante do Povo da Central do Brasil no processo SEI-310003/001301/2023. Na referida pesquisa, o Estado teria o custo mensal médio de R\$41.629.392,00 (quarenta e um milhões seiscentos e vinte e nove mil trezentos e noventa e dois reais) para servir 3.500 (três mil e quinhentos) almoços/dia. Na parceria com o Sesc, ficará a cargo do Estado a diferença entre o custo da refeição definido pelo Sesc (R\$3,00) e o valor cobrado ao usuário (R\$1,00), e o valor integral referente às gratuidades previstas pela Lei Estadual nº 8.504/2019.

Ainda que todas as refeições servidas no restaurante sejam gratuitas, em parceria com o Sesc, servindo os mesmos 3.500 (três mil e quinhentos) almoços/dia, o Estado teria o gasto mensal de R\$231.000,00 (duzentos e trinta e um mil reais), valor muito inferior ao valor orçado na licitação.

Diante do exposto, é possível verificar que trata-se de um serviço singular, considerando a vantajosidade da parceria e a expertise da instituição para cumprimento do objeto.

2. Doc. 58068984¹⁵:

Encaminhado para apreciação e tomada de medidas cabíveis a manifestação 58062025 em resposta ao parecer PGE CONJUNTO 1/2023 BBS/CFTF (57664901), referente ao Termo de Cessão de Uso do imóvel localizado na Rua Barão de São Félix, no Centro do Rio de Janeiro, para implantação, operacionalização, gerenciamento e manutenção do Restaurante do Povo da Central do Brasil, bem como a justificativa 58063843 de que se trata de um serviço singular, caracterizando a inexigibilidade da contratação nos termos do artigo 25 da lei 8.666/1993.

Análise: A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre princípios que regem a Administração Pública, estabeleceu a necessidade de um procedimento prévio formal de escolha para as contratações de obras, serviços, compras e alienações, denominada licitação, a teor do seu art.37, inciso XXI, in verbis:

Art.37

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados

mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, como regra geral, tem-se a obrigatoriedade de licitação para a celebração de contratos com particulares. Entretanto, referido dispositivo constitucional ressalvou algumas situações legais previstas no caput do art. 25 da Lei de Licitações, cujo teor é o seguinte:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

De acordo com o aludido dispositivo legal, o elemento fático é a inviabilidade de competição, estabelecido no caput do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993. Em adição ao primeiro requisito fático, o inciso II do mesmo artigo restringe o objeto da contratação de serviços técnicos que tenham natureza singular.

Nesse sentido, o Prof. Marçal Justen Filho¹⁶ define as causas de inviabilidade de competição em dois grupos: devido a circunstâncias referentes ao sujeito a ser contratado e devido à natureza do objeto a ser contratado. Então, vejamos:

As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado. Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado. Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 271.

Partindo-se dessas premissas, faz-se necessária uma análise cautelosa acerca da existência, no caso concreto, dos requisitos exigíveis em lei para a realização da contratação do SESC AARJ, para implantação, operacionalização, gerenciamento e manutenção do Restaurante do Povo da Central do Brasil, sem licitação.

Compulsando os autos do proc. SEI-310003/001301/2023¹⁷, cujo objeto versa sobre o processo administrativo licitatório para contratação do serviço de preparo, fornecimento e distribuição de refeições transportadas, a preço acessível e subsidiado, nos Restaurantes do Povo da Central do Brasil e do Município de Barra Mansa, verificou que a própria pesquisa de mercado (Doc. 53254874¹⁸) da Secretaria de Estado aponta para a existência de vários fornecedores capazes de competir, em torneio licitatório, pela execução do serviço em apreço. Vejamos o print do referido documento:

02/06/2023, 12:39

Sistema Integrado de Gestão de Aquisição

SRP & BP - Pesquisa de Mercado - Mapa de Preços do Processo

PROCESSO DE COMPRA - SEI-310003/001301/2023

Unidade Gestora do Processo: 490100 - SEDSOH - SEC ESTADO DESEN SOCIAL E DE DIR HUM
Data de Criação do Processo: 21/03/2023 15:12:22
Criador do Processo: CAMILA HARGREAVES
Tipo do Processo: Padrão
Tipo do Processo: PES
Pesquisa de Mercado: 02/06/2023
Função de cálculo da pesquisa: Média
Valor Total: R\$ 49.499.100,00
O Processo não possui itens de Banco de Preço.

MAPA DE PESQUISA DE PREÇOS				PESQUISA REALIZADA NO PERÍODO DE: 21/03/2023 até 02/06/2023
FAMÍLIA : SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO - SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES PREPARADAS - SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES PREPARADAS				
ITEM : (ESPECIFICAÇÃO) SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES PREPARADAS, DESCRIÇÃO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS DE PREPARO, FORNECIMENTO E DISTRIBUIÇÃO DE REFEIÇÕES TRANSPORTADAS Cód do Item: 0671.001.0014 (ID - 171295) Complemento do Item: serão 2500 CAFÉS DA MANHÃ, 3.500 ALMOÇOS E 2.000 JANTAR=8.000 REFEIÇÕES/DIA(restaurante Herbert de Souza-Betinho, na Central do Brasil)				
QUANTIDADE:	252	SERVIÇO		
UNIDADE DE MEDIDA:		PREÇO UNITÁRIO	MARCA	
	FORNECEDOR	UF		
	LOCASEM SERVIÇOS DE LIMPEZA, MANUTENÇÃO E ALIMENTAÇÃO - EPP	RJ	153325,0000	Não se aplica
	MENDES DOS SANTOS REFEIÇÕES COLETIVAS E SERVIÇOS LTDA (Desconsiderado)	RJ	123000,0000	Não se aplica
	NUTRIENTE REFEIÇÕES INDUSTRIAIS E SERVIÇOS LTDA EPP	RJ	209950,0000	Não se aplica
	O UNIVERSITARIO REST INO COM E AGROP LTDA (Desconsiderado)	DF	113705,0000	Não se aplica
	SELETA SALADAS EIRELI	RJ	226000,0000	Não se aplica
	MEDIA		196.425,0000	

Ante tais evidências, com o devido respeito às posições em sentido contrário, no caso em exame, a realização de cotação de preços (pesquisa de mercado - doc. 53254874) aponta para a possibilidade de competição entre as empresas, fato que, por si só, afasta a alegação de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação.

No que tange ao requisito da singularidade do serviço para utilização de inexigibilidade de licitação, a inviabilidade de competição na contratação não reside na exclusividade,

¹⁷Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?IC2o8Z7ACQH4LdQ4jJLJzjPBiLtP6l2FsQacIlhUf-duzEubalut9yvd8-CzYYNLu7pd-wiM0k633-D6khhQNbxxyduOaweNJjVxOIPA0HTQbXqpWAMJzQkW9GXIF9435 acesso em 22/08/2023

¹⁸ Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOsdRDgKOTtYkpTOQj1XiPfiYecbmPdKpMQZZGL2pp9OmU80tSsFP0qJWkOMfIwT9Piyntfj8kZJWXkpWtFaDGT31qZyD-q-w-SzN3I acesso em 22/08/2023

mas na ausência de critérios objetivos para julgamento das propostas apresentadas numa licitação. Corroborando com essa assertiva, o TCU já se manifestou nos seguintes termos:

*Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. **A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.** (Acórdão 1397/2022 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler) (g.n.)*

Além disso, transcreve-se o Enunciado de Súmula n.º 264 do Tribunal de Contas da União:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos moldes do art. 25, inciso II, da Lei federal n.º 8.666/93. G.n.

Confira-se, a propósito, os ensinamentos do Prof. Marçal Justen Filho¹⁹:

*... considerando-se todas as situações concretas que deverão ser satisfeitas pela Administração Pública, pode-se estabelecer uma média de normalidade. **Haverá singularidade quando o interesse público escapar a essa média. Isso se passa quando o interesse público não puder ser satisfeito segundo as soluções comuns e normais.** Em tal hipótese, os recursos de que dispõe a Administração são insuficientes para atender às exigências. Mais ainda, a singularidade para fins de contratação direta se configurará quando os recursos disponíveis pela média dos particulares também se apresentam como inadequados.*

*A singularidade do objeto consiste na existência de peculiaridade no interesse público que exige **solução não padronizada**, específica para o caso concreto. **Verifica-se a necessidade de produzir, para cada caso, a solução adequada a satisfazer interesse público peculiar.** Isso se passará em todas as hipóteses de produção de um objeto diferenciado daqueles fornecidos por uma pluralidade de agentes no mercado.*

A singularidade se relaciona com a necessidade de solução original, que contenha resposta às exigências incomuns que o interesse público apresenta. A

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo intitulado “Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados”. Disponível em <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf61.pdf> acesso em 22/08/2023

singularidade do interesse público acarreta espécie de “infungibilidade” entre as prestações imagináveis para sua satisfação. Não é possível supor que qualquer prestação, integrante de uma categoria, atenderia ao interesse público, em termos equivalentes. Apenas as prestações que apresentem alguma característica especial, correspondente à peculiaridade do interesse público, é que servem para o Estado. (g.n.)

Outro fato que chama atenção é a utilização do preço ofertado como fator de caracterização da natureza singular dos serviços prestados pelo SESC AARJ, conforme se verifica no Doc. 58063843²⁰:

“Ainda que todas as refeições servidas no restaurante sejam gratuitas, em parceria com o Sesc, servindo os mesmos 3.500 (três mil e quinhentos) almoços/dia, o Estado teria o gasto mensal de R\$231.000,00 (duzentos e trinta e um mil reais), valor muito inferior ao valor orçado na licitação. Diante do exposto, é possível verificar que trata-se de um serviço singular, considerando a vantajosidade da parceria e a expertise da instituição para cumprimento do objeto.” G.n.

A escolha pelo menor preço é, por si só, um critério objetivo de julgamento, já a muito utilizado nos procedimentos licitatórios públicos, nos termos do art. 45, §1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93 e art. 4º, inc. X, da Lei nº 10.520/02.

Ademais, a possibilidade de competição entre agentes econômicos e a existência de critérios objetivos de julgamento das propostas já afastam, do caso em exame, a alegação de singularidade dos serviços para a contratação direta pela via da inexigibilidade de licitação.

Na falta de comprovação da inviabilidade de competição e considerando que não emerge dos autos qualquer evidência de que se trata de um serviço singular (art. 25, caput e inciso II, da Lei de Licitações), de forma que persiste a irregularidade no sentido da ausência de motivação idônea para o afastamento da licitação (SEI-310003/001301/2023) e a contratação, por inexigibilidade de licitação (SEI-310003/003132/2023), do SESC ARRJ, ante a descaracterização dos requisitos de sustentação da aludida contratação direta.

Portanto, diante de tais circunstâncias, compete-nos sugerir que o jurisdicionado encaminhe as devidas justificativas frente aos apontamentos presentes neste tópico.

1.3 – Da ausência de razão da escolha do executante, não observando o artigo 26, parágrafo único, II, da Lei nº 8.666/93

²⁰ Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOosdRDgKOTtYkpTOQj2AgHphmtmcVOsnACsXU1eXY9DirCgxS3Dd1XGiXrhQoZuTemSq84hnmwQfx_o6IQX_3mvFE5QbvmX_h_iH8ylYo5 acesso em 22/08/2023

No caso de contratação direta, a SEDSODH não poderá, discricionariamente, optar por qualquer executante sem mostrar os motivos determinantes desta escolha.

Além disso, o Tribunal de Contas da União entende que a Administração deve comprovar que a empresa selecionada diretamente possui capacidade técnico-operacional para cumprir as cláusulas contratuais, conforme depreende do Acórdão 4051/2020-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES.

Dessa forma, inexistente, no proc. SEI-310003/003132/2023, documentação que fundamente a contratação do SESC ARRJ, com base em elementos técnicos, tampouco há documento tratando da verificação da capacidade operacional do contratado, em ofensa ao disposto no art. 26, parágrafo único, II c/c art. 30, inciso II, ambos da Lei 8.666/93.

1.4 - Da ausência de plausibilidade na justificativa de preços descumprindo o determinado pelo inciso III, do parágrafo único, do artigo 26 dada Lei nº 8.666/93

Pelo que consta do SEI-310003/003132/2023, limitou-se o SESC ARRJ juntar aos autos da contratação o plano de trabalho (Doc. 55410451²¹), contudo o referido documento sequer consignou o valor mensal ou global proposto pela execução dos serviços de implantação, operacionalização, gerenciamento e manutenção do denominado “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho”. Além disso, no proc. SEI-310003/003132/2023, inexistente documentação discriminando os custos unitários.

Mesmo sem a composição dos custos unitários ou o conhecimento do valor mensal ou global proposto pelo SESC AARJ, o processo de contratação seguiu o seu trâmite normal até a celebração do termo de cessão em 15/08/2023 (Doc. 57784365²² c/c publicação DOERJ, edição de 17/08/23).

Cabe lembrar que, por meio do referido termo, a SEDSODH se obrigou a reembolsar o SESC, mensalmente, mediante a apresentação do respectivo relatório mensal, os valores referentes: (i) à diferença entre o valor cobrado do usuário e o custo da refeição definido pelo SESC AARJ no Plano de Trabalho, de conhecimento da SEDSODH e (ii) valor integral referente às gratuidades previstas pela Lei Estadual nº 8.504/2019, conforme prevista na cláusula décima do termo de cessão.

Ademais, é cediço que a validade desse tipo de contratação, dentre outros aspectos, depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública. Nas palavras do doutrinador Marçal Justen Filho:

²¹ Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOsdRDgKOTtYkpTOQj1z1krezvwGmQD8v2gLry4HWZnSCI-aUmlPAqPBshCGbwz1A-XEP6y0FdA0zc8IgZmXym5SONjHS3IR2ogn0ujf acesso em 22/08/2023

²² Documento disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOsdRDgKOTtYkpTOQj1Ea740eOz6J06xLQiKvzGZvLVUQMryZAY5yit0PmmT3o0DBPir-uhKB1SqLin2T4pFAv-kbcx5IllMldOcAiOa acesso em 22/08/2023

“Diante da ausência de competição, amplia-se o risco de elevação dos controles contratuais. Bem por isso, o art. 25, § 2º, alude à figura do ‘superfaturamento’ como causa de vício da contratação. Eventualmente, a conduta dos envolvidos poderia caracterizar inclusive figura de natureza penal. A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional.” (In: Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2004. P. 295) Grifamos.

Nessa linha, o Tribunal de Contas da União se manifestou:

Cabe lembrar que a elaboração da justificativa de preço - prevista no art. 26, parágrafo único, III, da Lei nº 8.666/93 - compete à Administração, devendo o gestor responsável cuidar para que fique evidenciada a razoabilidade do preço a ser desembolsado. Assim, a utilização da permissão legal para a contratação direta exige o cumprimento de formalidades que visam proteger o interesse público, daí a necessidade da Administração demonstrar a razoabilidade do preço e a adequação do fornecedor escolhido (Plenário - Sessão 11/10/2006) g.n.

No Doc. 58063843²³ (Justificativa), a Superintendência de Segurança Alimentar e Nutricional consignou que “as refeições servidas no restaurante sejam gratuitas, em parceria com o Sesc, servindo os mesmos 3.500 (três mil e quinhentos) almoços/dia, o Estado teria o gasto mensal de R\$231.000,00 (duzentos e trinta e um mil reais), valor muito inferior ao valor orçado na licitação”.

Em que pese não constar dos autos do SEI-310003/003132/2023 documentação que fundamente tal informação, a pesquisa de mercado (Doc. 53254874²⁴) realizada nos autos do SEI-310003/001301/2023²⁵ aponta para preço mensal de R\$ 196.425,00 (cento e noventa e seis mil reais e quatrocentos e vinte e cinco reais), ou seja, 15% inferior ao preço supostamente ofertado pelo SESC AARJ.

Além do mais, a SEDSODH deixou de juntar prova acerca dos custos cobrados pelo SESC em contratos correlatos, em contrariedade ao Enunciado nº 26-PGE, in verbis:

²³ Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj2AgHptmcVOsnACsXU1eXY9DirCgxS3Dd1XGiXrhQoZuTemSq84hnmQfx_o6IQX_3mvFE5QbvmX_h_iH8yIYo5 acesso em 22/08/2023

²⁴ Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj1XIPfIYecbmPdKpMQZZGL2pp9OmU80tSsFP0qJWkOMflwT9Piyntfyj8kZJWXkpWtFaDGT3lqZyD-q-w-SzN3I acesso em 22/08/2023

²⁵ Versa sobre o processo licitatório visando a contratação do serviço de preparo, fornecimento e distribuição de refeições transportadas, a preço acessível e subsidiado, nos Restaurantes do Povo da Central do Brasil e do Município de Barra Mansa.

Enunciado nº 26-PGE: É obrigatória a justificativa de preço nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, que poderá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com os preços de mercado praticados pela futura Contratada em outros contratos cujo objeto seja semelhante ao que se pretende contratar. (ref. Pareceres FAG nº 22/2005 e 08/2008, ARSJ, SMG nº 27/2009 e JLFOL nº 06/2000). G.n.

Neste contexto, aponta-se a ausência de justificativa de preço, contrariando o disposto nos art. 26, parágrafo único, III, da Lei nº 8.666/93.

Portanto, diante de tais circunstâncias, compete-nos sugerir que o jurisdicionado encaminhe as devidas justificativas frente aos apontamentos presentes neste tópico.

1.5 Da ausência de estudo técnico preliminar e dos quantitativos demandados

Nos termos do Decreto Estadual n.º 46.642/2019, que regulamenta a fase preparatória das contratações no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o objeto será requisitado pelo setor ou unidade administrativa interessada que constate a necessidade da contratação, devendo conter a solicitação da compra, serviço ou obra, com a apresentação da devida justificativa, dos quantitativos da demanda, dos estudos técnicos preliminares e do mapa de riscos, os dois últimos sempre que aplicáveis (artigo 12, caput do Decreto Estadual 46.642/2019).

Além disso, o projeto básico ou termo de referência deverão ser elaborados preferencialmente por técnico com qualificação profissional pertinente às especificidades do objeto a ser contratado (artigo 11, caput do Decreto Estadual 46.642/2019), devendo conter variados elementos, dentre eles, a descrição detalhada do objeto e a demanda/quantidade a serem contratadas (artigo 11, III) e os critérios objetivos que serão utilizados para avaliar a capacidade da empresa a ser contratada e os documentos que deverão ser apresentados para comprovar o atendimento aos critérios estabelecidos (artigo 11, VII).

Nessa perspectiva, esta Coordenadoria não encontrou nos autos do SEI-310003/003132/2023 documento versando sobre o interesse público a ser atendido, a análise das alternativas possíveis, as razões de escolha da solução e a descrição técnica da solução eleita, em dissonância à que dispõe o art. 7º, §§ 2º, inciso I, e 4º da Lei 8.666/1993 c/c art. 6º, inciso IX, da mesma Lei.

Além disso, também não encontramos nos autos documento ou justificativa que tenha servido de subsídio para a determinação dos quantitativos estimados.

É válido mencionar o que estipula o art. 12, §2º, do Decreto Estadual nº 46.642/19:

“Art. 12 - O objeto será requisitado pelo setor ou unidade administrativa interessada que constate a necessidade da contratação, devendo conter a solicitação da compra, serviço ou obra, com a apresentação da devida justificativa, dos

quantitativos da demanda, dos estudos técnicos preliminares e do mapa de riscos, os dois últimos sempre que aplicáveis.

§ 2º - A estimativa das quantidades, inclusive na manifestação de interesse de participação em Planos de Suprimentos para Atas de Registros de Preços, deverá ser acompanhada das memórias de cálculo e de outros documentos que demonstrem a formação do quantitativo da demanda.

Ao que nos parece, as quantidades a serem adquiridas não foram estimadas mediante adequadas técnicas de estimação, em ofensa ao disposto nos arts. 7º, §§2º e 9º c/c art. 6º, IX c/c art. 26, parágrafo único, II, todos da Lei Federal nº 8.666/93, assim como ao art. 12, §2º, do Decreto Estadual 46.642/2019.

Portanto, diante de tais circunstâncias, compete-nos sugerir que o jurisdicionado encaminhe as devidas justificativas frente aos apontamentos presentes neste tópico.

1.6 Da celebração do termo de cessão e gestão sem comprovação da regularidade fiscal, em dissonância com os artigos 27, IV, e 29 da lei n. 8.666/93

Referente à comprovação da regularidade fiscal, assim dispõe os artigos acima referidos:

Art. 27. Para habilitação das licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
(omissis)

IV – regularidade fiscal

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá:

I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro de Contribuintes (CGC);

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV – prova da regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Cabe salientar a obrigatoriedade do preenchimento dos requisitos de habilitação, também, nas contratações diretas, sob pena invalidação do instrumento contratual firmado pela Administração Pública.

Neste sentido, Marçal Justen Filho afirma²⁶:

²⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 369.

A configuração de contratação direta, sem licitação, não autoriza o não-preenchimento dos requisitos de habilitação e contratação (ressalvadas hipóteses excepcionais, tais como aquelas referidas no art. 32, §2º). O sujeito que não satisfizer os requisitos de habilitação deve ser excluído não apenas da licitação. Também será vedada a sua contratação direta.

Não foram encontrados nos autos do SEI-310003/003132/2023 documentos referentes à regularidade fiscal e trabalhista do SESC AARJ. Logo, as evidências apontam para a celebração do termo sem a prévia verificação da regularidade do contratado, em afronta aos artigos 27, IV, 29, ambos da Lei n. 8.666/93.

Portanto, diante de tais circunstâncias, compete-nos sugerir que o jurisdicionado encaminhe as devidas justificativas frente aos apontamentos presentes neste tópico.

1.7 - Da realização, exclusivamente pela contratada, da medição do serviço prestado, contrariando o disposto no artigo 73 da lei 8.666/93

Convém transcrever texto da cláusula décima do termo de cessão:

CLÁUSULA DÉCIMA – DO RESSARCIMENTO

Obriga-se a SEDSODH a reembolsar, mensalmente, mediante a apresentação do respectivo relatório mensal, os valores referentes: (i) à diferença entre o valor cobrado do usuário e o custo da refeição definido pelo SESC AARJ no Plano de Trabalho, de conhecimento da SEDSODH e (ii) valor integral referente às gratuidades previstas pela Lei Estadual nº 8.504/2019.

PARÁGRAFO ÚNICO: Satisfeita a obrigação prevista acima, o prazo para reembolso será de 30 (trinta) dias, a contar da data de recebimento do referido relatório pelo Superintendente de Segurança Alimentar da SEDSOH.

In casu, a medição dos serviços por servidor da SEDSODH, inexistente, ficando a cargo da contratada o encaminhamento do respectivo relatório mensal, os valores referentes: (i) à diferença entre o valor cobrado do usuário e o custo da refeição definido pelo SESC AARJ no Plano de Trabalho, de conhecimento da SEDSODH e (ii) valor integral referente às gratuidades previstas pela Lei Estadual nº 8.504/2019.

Assim, vislumbra-se que todas as informações referentes à execução contratual serão fornecidas pela contratada, inexistindo previsão acerca da medição por parte de servidor responsável ou comissão de fiscalização. Além disso, o conteúdo estabelecido na mencionada cláusula é genérico e não explicita os dados essenciais do dito relatório.

Conclui-se que a realização, exclusivamente pela contratada, da medição do serviço efetivamente prestado, viola o disposto nos artigos 67 e 73, I, “a” e “b”, da Lei n. 8.666/93.

Portanto, diante de tais circunstâncias, compete-nos sugerir que o jurisdicionado encaminhe as devidas justificativas frente aos apontamentos presentes neste tópico.

1.8 - Da restrição de acesso ao Parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

Ao analisarmos o SEI-310003/003132/2023, constatamos que o Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Estado (Documento 57644901) encontra-se com o acesso restrito, fato que impede uma análise abrangente de todos documentos que constam nos autos do processo administrativo.

Desse modo, considerando que a regra é a ampla publicidade dos atos administrativos, acreditamos ser imperativo instruir o jurisdicionado a remover a confidencialidade do documento em questão. Ou, caso isso não seja viável, que apresente justificativa pela adoção de tal medida.

Diante do até aqui exposto e examinado, em reverência à *cláusula geral do devido processo legal* e, bem assim, ao enunciado de Súmula Vinculante 03 do Excelso Pretório²⁷, imperativo se me afigura:

a. **a audiência do Jurisdicionado**, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, se pronuncie acerca dos fatos representados, trazendo aos autos do processo os elementos de suporte que julgar pertinentes; e,

b. **ciência do Serviço Social do Comércio - Administração Regional no Estado do Rio de Janeiro – SESC ARRJ** para que, em idêntico prazo e caso queira, se manifeste nos autos, tendo em vista que eventual decisão de mérito neste processo poderá repercutir em sua esfera de interesses e direitos.

Ad ultimum, digno de nota que, mediante consulta ao **endereço eletrônico oficial da SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DIREITOS HUMANOS DO RIO DE JANEIRO**²⁸ na *internet*, pude constatar a ausência de disponibilidade de informações sobre o termo em apreço, o que denota inobservância aos princípios republicanos da transparência e publicidade dos atos administrativos, cristalizados nos arts. 7º e 8º da Lei de Acesso

²⁷ **Súmula Vinculante 03 do STF**: 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.

²⁸ Disponível em: < <https://sites.google.com/view/contratosaditivoseplanoanual/contratos> > Consultado em 27/09/2023.

à Informação (Lei 12.527/2011). A ausência de publicidade e transparência das informações sobre o termo em comento constitui irregularidade grave, pois impede a adequada compreensão dos administrados acerca do processo de contratação.

Na esteira do exposto, considero que os itens propostos pelo Corpo Instrutivo contemplam as providências necessárias à apuração dos fatos ora representados, de modo que me posiciono **parcialmente de acordo** com Corpo Instrutivo e com o Ministério Público de Contas, tão somente, porque acrescento item com vista à atualização da página oficial da SEDSODH na *internet*, de modo a disponibilizar todos os documentos relativos ao Termo de cessão de uso e gestão do IMÓVEL situado na Rua Barão de São Felix, nº 167/169, no Município do Rio de Janeiro.

Assim fundamentado,

VOTO:

I. Pelo **CONHECIMENTO** da Representação em tela;

II. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual **SECRETÁRIO DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DIREITOS HUMANOS**, na forma do artigo 15, inciso I, do RITCERJ, para que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, adote as providências descritas a seguir:

II.1 - providencie a atualização da página oficial da SEDSODH na *internet*, de modo a disponibilizar todos os documentos relativos ao Termo de cessão de uso e gestão do IMÓVEL situado na Rua Barão de São Felix, nº 167/169, no Município do Rio de Janeiro, denominado “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho”, em favor do SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SESC ARRJ, para a implantação, operacionalização, gerenciamento e manutenção do aludido Restaurante do Povo (SEI-310003/003132/2023), em irrestrita obediência aos princípios republicanos da

publicidade e transparência, cristalizados no art. 8º, §1º, IV e 2º, da Lei nº 12.527/11;

II.2 – Apresentar as devidas justificativas para contratação direta do SESC ARRJ em detrimento da realização de licitação para contratação dos serviços de implantação, operacionalização, gerenciamento e manutenção da unidade do “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho”, uma vez que já tramitava um processo administrativo licitatório (SEI-310003/001301/2023) para esse fim;

II.2.1 - Demonstrar, adicionalmente, que a solução eleita representa alternativa apta à realização dos fins buscados pela Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos em detrimento da realização do devido processo licitatório (artigo 37, XXI, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei nº 8.666/93, bem como dos princípios da legalidade, isonomia, impessoalidade e eficiência, basilares das contratações públicas, insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal);

II.3 - Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem a devida formalização de ato formal de afastamento da licitação (artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93) ante as evidências existentes nos autos do SEI-310003/003132/2023;

II.4 - Justificar a adjudicação direta de serviço não singular ao SESC ARRJ, sem a devida demonstração da inviabilidade de competição para utilização de inexigibilidade de licitação, em afronta ao disposto no art. 25, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.666/93 e ao princípio da Isonomia (Evidencia: docs. 58063843²⁹ e 58068984³⁰ do proc. SEI-310003/001301/2023);

II.5 - Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem o prévio estudo técnico preliminar, em dissonância com os arts. 7º, §§2º e 9º c/c art. 6º, IX c/c

²⁹Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsRDgKOTtYkpTOQj2AgHphtmcVOsnACsXU1eXY9DirC_gxS3Dd1XGiXrhQoZuTemSq84hnnwQfx_o6IQX_3mvFE5QbvmX_h_iH8ylYo5 acesso em 22/08/2023

³⁰Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsRDgKOTtYkpTOQj120mmAU1rNNW2S5YChr_07LF6_ciCPKRQFqXqdpknHTcuct0cL59Ccc-4PVduaIH0rUbtM9YWVkJqfeyq3g5dIc acesso em 22/08/2023

art. 26, parágrafo único, II, todos da Lei Federal nº 8.666/93, assim como ao art. 12, §2º, do Decreto Estadual 46.642/2019;

II.6 - Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem constar do processo administrativo a composição dos custos unitários, com a respetiva memória de cálculo, em dissonância com os artigos 7º, §2º, II e 9º, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c art. 22 do Decreto Estadual nº 46.642/2019;

II.7 - Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem a indispensável justificativa de preços, em dissonância com os artigos 26, III da Lei nº 8.666/93 c/c art. 24 do Decreto Estadual nº 46.642/2019;

II.8 - Demonstrar e comprovar que os preços pactuados com o SESC ARRJ são compatíveis com os de mercado, tendo em vista os valores divergentes contidos nos documentos 58063843³¹ do SEI-310003/003132/2023 e 53254874³² do SEI-310003/001301/2023³³;

II.9 - Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem a verificação formal da capacidade técnico-operacional do SESC ARRJ, em dissonância com os artigos 30, II c/c 26, II da Lei nº 8.666/93;

II.10 - Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão sem a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista do SESC ARRJ, em dissonância com os artigos 27, IV, e 29 da lei n. 8.666/93;

II.11 - Justificar a celebração do Termo de Cessão e Gestão com a realização, exclusivamente pela contratada, da medição do serviço prestado, contrariando o disposto nos artigos 67 e 73, I, “a” e “b”, da Lei n. 8.666/93.

³¹Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj2AgHphmtmcVOsnACsXU1eXY9DirCgxS3Dd1XGiXrhQoZuTemSq84hnwQfx_o6IQX_3mvFE5QbvmX_h_iH8ylYo5 acesso em 22/08/2023

³² Consulta disponível no https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?d-qBlq_KF4_2fdKMgucKGw2SOOsdRDgKOTtYkpTOQj1XIPfYecbmPdKpMQZZGL2pp9OmU80tSsFP0qJWkOMflwT9Piyntfyj8kZJWXkpWtFaDGT3lqZyD-q-w-SzN3I acesso em 22/08/2023

³³ Versa sobre o processo licitatório visando a contratação do serviço de preparo, fornecimento e distribuição de refeições transportadas, a preço acessível e subsidiado, nos Restaurantes do Povo da Central do Brasil e do Município de Barra Mansa.

II.12 - Comprovar que o Termo de Cessão e Gestão do IMÓVEL situado na Rua Barão de São Felix, nº 167/169, no Município do Rio de Janeiro, denominado “Restaurante do Povo Herbert de Souza – Betinho” foi celebrado após a devida aprovação da Assessoria Jurídica, em atenção ao que dispõe o artigo 38, VI e parágrafo único, da Lei n. 8.666/93;

II.13 - Considerando a importância do conhecimento do conteúdo do Parecer da PGE (doc. 57664901 do SEI-310003/003132/2023) para prosseguimento do exame do termo de cessão, juntar cópia do aludido parecer jurídico aos autos deste processo de representação, bem como justificar ou retirar a restrição de acesso ao referido documento ou, em não havendo habilitação sistêmica, envidar os esforços necessários para quem possua tal habilitação o faça, sob pena de multa diária (astreintes), em caso de não atendimento, com alerta de que o não atendimento injustificado pode sujeitar a responsável, além da multa diária, às sanções previstas no art. 63 da Lei Complementar Estadual nº 63/1990;

III. Pela **COMUNICAÇÃO** ao **SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SESC ARRJ**, na pessoa de seu representante legal, com arrimo no artigo 15, inciso I, do RITCERJ, para que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, caso queira, se manifeste nos autos, tendo em vista que eventual decisão de mérito neste processo poderá repercutir em sua esfera de interesses e direitos;

GC-3,

**JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO
CONSELHEIRO RELATOR**