

ACÓRDÃO Nº 063366/2024-PLEN

1 PROCESSO: 255836-0/2023

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO

3 INTERESSADO: PRISCILLA TEXEIRA PITTA MUNIZ, MARCIO JOSE CORREA ALVES, MAICON DO NASCIMENTO QUEIROZ

4 ÓRGÃO JURISDICIONADO/ENTIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA FRIBURGO

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 **PROCEDÊNCIA PARCIAL** com **NÃO ACOLHIMENTO**, **NOTIFICAÇÃO PESSOAL** e **COMUNICAÇÃO**, nos exatos termos do voto da Relatora.

9 ATA Nº: 26

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: 31 de Julho de 2024

Andrea Siqueira Martins

Relatora

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

PROCESSO: TCE-RJ Nº 255.836-0/2023

ORIGEM: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO

INTERESSADOS: MARCIO JOSE CORREA ALVES, PRISCILLA TEIXEIRA PITTA MUNIZ E MAICON DO NASCIMENTO QUEIROZ

REPRESENTAÇÃO EM FACE DE SUPOSTAS IMPROPRIEDADES NA TOMADA DE PREÇOS PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS NA CONFEÇÃO DE 06 (SEIS) CARROS ALEGÓRICOS, COM 06 (SEIS) APRESENTAÇÕES EM FORMA DE DESFILE. PARTICIPAÇÃO INDEVIDA DE SERVIDOR NO CERTAME. RETORNO DE NOTIFICAÇÃO E COMUNICAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE DEFESA APRESENTADAS PELOS RESPONSÁVEIS NOTIFICADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUSÊNCIA DE PLANILHA ORÇAMENTÁRIA DETALHADA. NECESSIDADE DE NOVA NOTIFICAÇÃO. COMUNICAÇÃO.

Trata-se de **representação, com pedido de medida cautelar**, formulada pelo Sr. Marcio Jose Correa Alves, pela Sra. Priscilla Teixeira Pitta Muniz e pelo Sr. Maicon do Nascimento Queiroz, vereadores devidamente qualificados nos autos, em face de possíveis impropriedades atinentes à Tomada de Preços nº 015/2023, deflagrada pela Prefeitura de Nova Friburgo, cujo objeto é a contratação de serviços especializados na confecção de 06 (seis) carros alegóricos para compor o projeto “Um Encanto de Natal - Fábrica de Sonhos”, com 06 (seis) apresentações em forma de desfile, no valor estimado de R\$ 960.000,00.

Sagrou-se vencedora do certame o Grêmio Recreativo Escola de Samba Unidos da Saudade, pelo valor global de R\$ 950.000,00.

Em síntese, os representantes suscitam as seguintes impropriedades:

(i) O sócio proprietário da empresa vencedora, presidente da agremiação, seria servidor da Prefeitura de Nova Friburgo, lotado na Secretaria Municipal de Serviços Públicos, o que violaria o item 5.3 do instrumento convocatório; e

(ii) Segundo ofício encaminhado pela Liga Independente das Escolas de Samba de Nova Friburgo à respectiva Câmara de Vereadores, o valor licitado é “excessivo”.

Desse modo, solicitam liminarmente a “suspensão do contrato” e, no mérito, que sejam adotadas as “providências cabíveis”, incluindo a realização de auditoria nos procedimentos licitatórios relacionados ao mencionado projeto.

Cumprir informar que os autos do processo foram distribuídos à minha relatoria por prevenção decorrente do processo TCE-RJ nº 255.808-3/2023, que se refere à representação, sem pedido de tutela, formulada pelos mesmos representantes, em face de infrações ao decreto de contingenciamento do orçamento anual para o exercício de 2023, materializadas por meio de execução de ações que não se coadunam com o interesse público predominante, tais como a abertura de certames licitatórios concernentes ao projeto “Um Encanto de Natal - Fábrica de Sonhos”.

Relevante, ainda, informar a existência da Ação Popular nº 0809897-97.2023.8.19.0037, em curso na 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Friburgo, proposta pelos representantes, questionando a legitimidade das despesas oriundas de licitações para as contratações de ornamentação e festividades natalinas em face dos decretos municipais que haviam baixado normas a respeito das medidas de ajuste fiscal no âmbito do município.

Na referida ação, os autores, ora representantes, em caráter liminar, solicitaram a suspensão dos gastos vinculados aos processos licitatórios referentes ao projeto “Um Encanto de Natal - Fábrica de Sonhos”, e quanto ao mérito, a procedência dos pedidos para que a Administração Pública de Nova Friburgo seja compelida a respeitar o decreto municipal de contingenciamento de gastos. O juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Friburgo indeferiu a suspensão liminar pleiteada, em 09/11/2023.

Cabe destacar que a última apreciação do feito data de **28/02/2024**, ocasião em que o plenário desta Corte proferiu decisão nos seguintes termos:

I. Pelo **CONHECIMENTO** desta Representação, uma vez que presentes os requisitos necessários à sua admissibilidade, nos termos do artigo 109 do RITCERJ;

II. Pela **PERDA DO OBJETO DA TUTELA** pleiteada;

III. Pela **NOTIFICAÇÃO** do Sr. Renan da Silva Alves, Secretário Municipal de Turismo e Marketing do Município, responsável pela homologação da Tomada de Preços nº 015/22 –, com fundamento no artigo 15, II do Regimento Interno, para que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, apresente razões de defesa pela participação indevida de servidor no certame, dado o impedimento previsto no item 5.3 do termo de referência e no artigo 9º, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93;

IV. Pela **NOTIFICAÇÃO** do Sr. Kassius Marcellus Fersura Sampaio, presidente da agremiação Grêmio Recreativo Escola de Samba Unidos da Saudade, bem como servidor ocupante do cargo em comissão de Coordenador II da Secretaria Municipal de Serviços Públicos, com fundamento no artigo 15, II do Regimento Interno, para que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, apresente razões de defesa por sua participação indevida no certame, dado o impedimento previsto no item 5.3 do termo de referência e no artigo 9º, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93;

V. Pela **COMUNICAÇÃO** do atual Secretário Municipal de Turismo e Marketing do Município, com fundamento no artigo 15, I do Regimento Interno, para que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, cumpra a seguinte **DETERMINAÇÃO**:

- Encaminhe o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários referentes aos itens envolvidos na confecção dos carros alegóricos, conforme o art. 7º, §2º, II da Lei Federal n.º 8.666/93.

VII. Pela **COMUNICAÇÃO** ao Grêmio Recreativo Escola de Samba Unidos da Saudade, particular interessada, na pessoa de seu representante legal, com fundamento no artigo 15, I do Regimento Interno, a fim de que, caso queira, se pronuncie no presente processo, tendo em vista que sua esfera de interesses poderá ser atingida em futura decisão do plenário desta Corte;

VIII. Pela **COMUNICAÇÃO** aos representantes, com fundamento no artigo 15, I do Regimento Interno, para que tomem ciência da decisão.

Em resposta à supracitada decisão, o Sr. Renan da Silva Alves e o Sr. Kassius Marcellus Fersura Sampaio encaminharam, respectivamente, os elementos constantes dos Documentos TCE-RJ nºs 5460-3/24 e 7193-6/24. Em complemento às informações fornecidas pelo Sr. Renan da Silva Alves, a Controladoria Geral do Município de Nova Friburgo encaminhou os elementos constantes do Documento TCE-RJ nº 7186-3/2024.

Diante da documentação anexada aos autos, o Corpo Instrutivo, em arquivo datado de **24/06/2024**, assim se manifestou conclusivamente:

Considerando que as irregularidades apontadas na última decisão plenária não lograram ser afastadas pelos argumentos e documentos aduzidos aos autos,

Considerando o fato de que as apurações das mesmas se encontram em estágios distintos,

Considerando que, em face do costume de se equalizar as fases processuais das providências determinadas pela Corte aos seus jurisdicionados, as sugestões de aplicação de multas deverão ser postergadas até o deslinde da nova notificação direcionada ao Secretário Municipal de Turismo e Marketing à época dos fatos, Sugere-se:

4.1. A PROCEDÊNCIA da representação em tela, a fim de que seja declarada a ilegalidade da Tomada de Preços nº 015/23 e dos atos dela decorrentes;

4.2. A NOTIFICAÇÃO do **Sr. Renan da Silva Alves, Secretário Municipal de Turismo e Marketing do Município à época dos procedimentos preparatórios para a tomada de preços nº 015/23**, com fundamento no artigo 15, II, do Regimento Interno (aprovado pela Deliberação TCE-RJ nº 338/2023), para que, no prazo a ser fixado pelo Plenário, apresente razões de defesa quanto à ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressassem a composição de todos os custos unitários referentes aos itens que integraram o objeto contratual, em desconformidade com o artigo 7º, §2º, II da extinta Lei Federal nº 8.666/93, que à época do planejamento do certame era a lei de normas gerais que regia o tema;

4.3. A COMUNICAÇÃO ao titular do Órgão de Controle Interno, com fundamento no artigo 15, I, do Regimento Interno (aprovado pela Deliberação TCE-RJ nº 338/2023), para que tenha ciência da deliberação desta Corte de Contas;

4.4. A COMUNICAÇÃO aos representantes para ciência da decisão;

4.5. A COMUNICAÇÃO ao Grêmio Recreativo Escola de Samba Unidos da Saudade, particular interessada, na pessoa de seu representante legal, para ciência da decisão.

O Ministério Público de Contas acolheu integralmente as medidas sugeridas pelo Corpo Instrutivo.

É o relatório.

Passo ao exame dos elementos encaminhados pelos jurisdicionados em resposta à decisão plenária datada de 28/02/2024.

- I -

DA NOTIFICAÇÃO DIRIGIDA AO SR. RENAN DA SILVA ALVES

Como exposto no relatório deste voto, o Sr. Renan da Silva Alves, Secretário Municipal de Turismo e Marketing de Nova Friburgo, foi notificado, conforme o item III da decisão plenária de 28/02/2024, para apresentar defesa quanto à homologação do

certame ora em exame, no qual se permitiu a participação de servidor de órgão vinculado ao município, desrespeitando a proibição estipulada no item 5.3 do termo de referência e no art. 9º da Lei Federal nº 8.666/93.

Em resposta à notificação desta Corte, o jurisdicionado encaminhou as razões de defesa constantes do Documento TCE-RJ nº 5460-3/24, apresentando os seguintes argumentos:

Nesta perspectiva a participação do Sr. Kassius Marcellus Fersura Sampaio, que atualmente está como presidente do Grêmio vencedor do certame, não foi indevida, visto que ele ocupa apenas um cargo em comissão de Coordenador II da Secretaria Municipal de Serviços Público, função subalterna dentro da estrutura do município, lotado no cemitério municipal da cidade, desde 22 de agosto de 2022, restando claro que a função que ele ocupa não é vinculado à Secretaria Requisitante, tampouco a quaisquer Secretarias ou Departamentos que atuaram direta ou indiretamente nos trâmites processuais do certame em questão.

Assim não há quaisquer evidências/provas, e nem poderiam existir, que demonstre vantagem ou interferência do Sr. Kassius no curso do processo, tampouco no resultado deste. Sendo importante ressaltar que o Grêmio Recreativo vencedor não participou sequer da cotação e nem de qualquer procedimento afeto a pesquisa de preço, mas tão somente participou da sessão do certame público, em que foi o único a comparecer na sessão, consagrando-se por vencedor, não havendo nenhuma mácula na contratação.

Este entendimento coaduna com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), se posicionando de forma menos restritiva, de modo a permitir a participação de servidores públicos em determinadas situações, principalmente quando não há nenhum tipo de interferência junto ao órgão responsável pela realização do certame tampouco obtenha informação privilegiada visando vantagem e/ou influenciar o resultado da licitação em benefício próprio.

Senão vejamos:

“REPRESENTAÇÃO. SUPOSTA IRREGULARIDADE EM CONTRATO PARA A PRESTAÇÃO DE PERÍCIAS MÉDICAS EM PSIQUIATRIA E PERÍCIAS MÉDICAS EM ESPECIALIDADES DIVERSAS. SUPOSTA PARTICIPAÇÃO INDIRETA DE SERVIDOR DO ÓRGÃO CONTRATANTE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 9º, CAPUT C/C O III, DA LEI 8.666/1993. SERVIDOR COM SÓCIO COTISTA DE EMPRESA CONTRATADA VINCULADO A OUTRA UNIDADE ADMINISTRATIVA DO ÓRGÃO. AUSÊNCIA DE PODER DE INFLUÊNCIA E NÃO EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÕES RELACIONADAS À FISCALIZAÇÃO E À GESTÃO DO CONTRATO. NÃO INCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO DE CONFLITO DE INTERESSES. EXEGESE COMPATÍVEL COM A NOVA LEI DE LICITAÇÕES. NÃO MAIS SUBSISTÊNCIA DO ESTADO DE ILEGALIDADE, AINDA QUE FOSSE DADA INTERPRETAÇÃO MAIS AMPLA DA ORDEM JURÍDICA. FALTA DE INTERESSE PÚBLICO NA INVALIDAÇÃO OU NÃO PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. CONHECIMENTO E IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.” (Grifo nosso)

Em relação ao Item 5.3 do Termo de Referência, o sentido do vocábulo “empresa” foi utilizada no sentido de “sociedade empresarial” propriamente dita, aquela reconhecida pelo Direito Comercial, atual Direito Empresarial, ou seja, as empresas que possuem representantes (sócios, dirigentes ou responsáveis técnicos) que objetivam em primeiro plano o lucro e benefícios pessoais.

Como observado, a descrição do objeto da licitação é CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM CONFECÇÃO DE 06 CARROS ALEGÓRICOS PARA COMPOR O PROJETO UM ENCANTO DE NATAL – FÁBRICA DE SONHOS, COM 06 APRESENTAÇÕES EM FORMA DE DESFILE, independente da tipificação da natureza jurídica dos interessados em participar do certame, desde que preenchessem os requisitos e tivessem a documentação necessário para tanto. De tal forma, em concordância com o apurado no Estudo Técnico Preliminar, Item 6 – Levantamento de Mercado, esta especializada observou que existe no mercado uma gama de instituições que possuem expertise e competência para executar o serviço, que fogem o conceito de “empresa” utilizado no Item 5.3, objetivando a ampliar a concorrência.

Neste sentido, **o mencionado Item 5.3 foi assim concebido para ordenar as empresas, ou seja, as sociedades empresariais que objetivam em primeiro plano o lucro e benefícios pessoais, e não as demais instituições que fogem a essa regra, como é o caso do Grêmio Recreativo Escola de Samba Unidos da Saudade.**

(Grifos nossos)

A Unidade Técnica, em cotejo aos elementos dos autos, constatou que os argumentos de defesa apresentados pelo jurisdicionado são similares ao conteúdo dos esclarecimentos anteriormente prestados, não tendo sido acrescentadas novas informações que possibilitem a descaracterização da irregularidade praticada, a saber, a contratação de pessoa jurídica cujo dirigente à época mantinha simultaneamente vínculo funcional com a Prefeitura Municipal de Nova Friburgo.

A respeito da interpretação dada ao aludido entendimento do TCU sobre a flexibilização do dispositivo legal, destacou que embora não seja possível afirmar a existência de poder de influência do Sr. Kassius Marcellus para auferir vantagens, essa possibilidade não pode ser descartada, visto que ele é um servidor comissionado que pode ter uma ampla rede de contatos dentro da Prefeitura, e que a qualquer momento poderia ter sido designado para ocupar uma função de confiança na Secretaria de Turismo e Marketing.

Ressaltou que independentemente de o vínculo ser efetivo ou comissionado, e de o serviço ser prestado por uma sociedade empresária ou pessoa jurídica em sentido amplo, a conduta praticada configura uma **violação tanto ao artigo 9º, inciso III, da Lei**

Federal nº 8.666/93, ainda vigente à época da contratação, quanto ao dispositivo do edital que corretamente reproduziu essa regra.

Além disso, a Unidade Técnica afastou a alegação de que a regra contida no item 5.3 do termo de referência se aplica apenas a sociedades empresárias que buscam lucro, pois a referida alegação desconsidera os princípios que regem os procedimentos licitatórios para todos os participantes, a saber, legalidade, impessoalidade e vinculação ao instrumento convocatório.

Advertiu, ainda, que tais princípios não podem ser limitados a apenas certos segmentos econômicos, pois, assim, haveria o risco de direcionamento e prejuízos na obtenção de propostas mais vantajosas.

Destaco que as supracitadas alegações ofertadas pelo jurisdicionado foram tratadas na decisão plenária datada de 28/02/2024, oportunidade em que examinei os esclarecimentos prestados pelo Prefeito do Município de Nova Friburgo, nos seguintes termos:

No presente caso, é preciso pontuar que o referido servidor ocupa cargo em comissão de município do interior, com estrutura administrativa habitualmente mais enxuta, e que não raro conta com um quantitativo pequeno de servidores concursados, o que torna comum a rotatividade de profissionais nos cargos existentes para suprir a carência de pessoal.

Além disso, conforme destacou a Unidade Técnica, há vedação expressa da participação de organizações nas quais servidores sejam sócios, dirigentes ou responsáveis no item 5.3 do termo de referência do edital:

5.3. Não poderão participar ainda os servidores de qualquer órgão ou entidade vinculados ao Município de Nova Friburgo, bem assim **as empresas das quais tais servidores sejam sócios, dirigentes ou responsáveis técnicos.**

Como bem ressaltou o Corpo Técnico, o termo “empresas”, dentro do contexto de uma licitação apta a contratar, não se limita apenas a sociedades empresárias, como foi o caso em questão, mas abrange qualquer pessoa jurídica de direito privado capaz de fornecer o serviço contratado. Acerca do assunto, relevante destacar trecho extraído do parecer técnico sobre a questão:

(...) Sobre a questão o insigne doutrinador Marçal Justen Filho preleciona¹:

O vocábulo “empresa” possui diversas acepções, o que tem acarretado intermináveis disputas entre os comercialistas. No inc. II, a expressão foi utilizada como sinônimo de “pessoa jurídica”. Deve-se reputar que a regra se aplica ainda nos casos em que não exista “empresa” no sentido próprio da expressão. Por exemplo, pessoas jurídicas de direito civil voltadas à prestação de serviço não são reconhecidas pelo Direito Comercial como empresas (salvo

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 267.

raras hipóteses). Isso é irrelevante para a regra interpretada. A vedação se destina a evitar que a distinção entre Pessoas físicas e jurídicas possibilite resultado reprovável.

Como já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, o disposto no art. 9º da Lei Federal n.º 8.666/1993 é uma derivação dos princípios da Moralidade Pública e da Isonomia, tão caros no Estado Democrático de Direito. Não outro foi o entendimento da Suprema Corte em decisão nem sede de Ação direta de inconstitucionalidade:

O art. 9º da Lei n. 8.666/93 é dotado de caráter geral, visto que confere concreção aos princípios da moralidade e da isonomia. Logo, como norma geral que é, vincula os órgãos da Administração Direta e Indireta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

ADI 3158 / SP, Rel. Min. Eros Grau, julgamento 14/04/2005, publicação 20/04/2005, DJ20/04/2005, pp 00059

Portanto, a aplicação da interpretação conferida pelo julgado do TCU a esta realidade no âmbito dos municípios também deve ser relativizada, visto que tem o potencial de gerar riscos ao princípio da impessoalidade caso não seja observado estritamente o teor da regra prescrita na lei e, ainda, expressa termo de referência, documento este integrante do próprio edital.

(Grifos nossos)

Nesse contexto, em conformidade com a sugestão instrutiva, compreendo que a justificativa apresentada pelo jurisdicionado não é capaz de afastar, de plano, a irregularidade apontada pelos representantes.

Diante do exposto, em conformidade com a manifestação técnica, entendo que **as razões de defesa apresentadas pelo Sr. Renan da Silva Alves não merecem prosperar**, encontrando-se o responsável desde já sujeito à aplicação de multa pela irregularidade imputada.

– II –

DA NOTIFICAÇÃO DIRIGIDA AO SR. KASSIUS MARCELLUS FERSURA SAMPAIO

O Sr. Kassius Marcellus Fersura Sampaio, Presidente do Grêmio Recreativo Escola de Samba Unidos da Saudade, e servidor ocupante do cargo em comissão de Coordenador II da Secretaria Municipal de Serviços Públicos, foi notificado, nos termos do item IV da decisão plenária de 28/02/2024, para apresentar razões de defesa por sua participação indevida no certame, em virtude do impedimento previsto no item 5.3 do termo de referência e no artigo 9º, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93.

O defendente encaminhou os elementos constantes do Documento TCE-RJ nº 7193-6/24, e em sua manifestação trouxe os seguintes argumentos:

Desse modo, o texto legal não é claro sobre se um servidor que não seja membro da comissão de licitação, mas que possua vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista com empresa contratada incida na vedação disposta pela Lei Nacional Federal nº 8.666/93, art. 9º, caput, III. A definição de participação indireta almejou evitar situações caracterizadoras de conflito de interesses em contratação pública.

Convém menção ao Acórdão TC 012.160/2022-9, do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

Dito de outra forma, ele buscou do certame e da execução do contrato todos os licitantes que tivessem alguma vinculação com alguém capaz de influenciar o resultado da licitação ou com atribuições ligadas à gestão ou à fiscalização do ajuste. Em suma, o dispositivo almejou atender aos princípios da isonomia, da competitividade, da moralidade e da impessoalidade.

(Tribunal de Contas da União, Acórdão TC 012.160/2022-9. Relator: Ministro Benjamin Zymler)

(...)

Seguiu esta toada o entendimento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro quando da análise deste caso em concreto. Seguem trechos do procedimento preparatório instaurado e concluído:

Desta feita, não obstante o indicativo de possível ilegalidade cometida na contratação da agremiação ligada a ocupante de cargo comissionado no município contratante (...) não é possível comprovar a prática do ilícito, haja vista que **não há indícios de que o referido servidor público possuísse qualquer tipo de função que intervisse no resultado da licitação.** (*grifo nosso*)

Pelo contrário, o acervo probatório indica que além de estar vinculado à secretaria responsável pela tomada de preços, **o servidor declarou, expressamente que era detentor de cargo em comissão e, também, presidente eleito da agremiação participante do procedimento licitatório.** (*grifo nosso*)

Todos estes fatos corroboram a ausência de provas que demonstrem que o servidor tenha se valido de cargo em comissão para interferir no procedimento licitatório, objetivando direcionar a tomada de preços àquela agremiação da qual faz parte. (*grifo nosso*)

(Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Procedimento Preparatório n. 2023.01076703)

O Ministério Público seguiu o entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido de não se incorrer em influência sobre procedimento licitatório caso o agente público não esteja lotado no órgão licitante.

Do exame empreendido aos argumentos apresentados, a Unidade Técnica, inicialmente, advertiu que contrariamente ao informado pelo Sr. Kassius Marcellus, a regra contida na lei é clara e objetiva, não permitindo interpretações divergentes.

Nesse sentido, destacou que apesar da informação do Ministério Público Estadual de que a apuração realizada pela Unidade Técnica desta Corte não encontrou

indícios de direcionamento do resultado da licitação, é fato que apenas a agremiação carnavalesca da qual o Sr. Kassius Marcellus era dirigente compareceu à sessão de julgamento do certame.

Ressaltou que tal conjuntura sugere uma possível restrição à competitividade, uma vez que o objeto a ser contratado, apesar de suas especificidades, não faz parte de um mercado restrito, considerando a existência de várias pessoas jurídicas no setor aptas a realizar a execução do serviço, como agremiações de escolas de samba, para as quais haviam sido endereçadas solicitações de cotações de preços.

Assinalou, ainda, ser oportuno contestar a ponderação feita pelo Sr. Kassius Marcellus em resposta ao comentário da instrução anterior, de que Nova Friburgo não é um município pequeno. Destacou que em municípios do interior do Estado, distantes da capital, o contingente de servidores do Poder Executivo costuma ser pequeno e, por ser formado em grande parte por comissionados, frequentemente ocorrem remanejamentos e/ou acúmulo de cargos e funções para cobrir déficits de pessoal. Esta circunstância eleva o risco de rotatividade dentro da própria estrutura administrativa da Prefeitura e de trocas que afetem os postos de tomada de decisão.

À vista disso, ressaltou que a ilegalidade mencionada no item da notificação decorre do fato de um servidor comissionado da Prefeitura ter vínculo com uma pessoa jurídica participante do certame, o que contraria o artigo 9º, inciso III, da extinta Lei Federal nº 8.666/93 e o item 5.3 do termo de referência.

Em desfecho, a Unidade Técnica concluiu não ser relevante para o caso em questão determinar se, na época em que a licitação estava em andamento, o servidor ocupava ou não um cargo diretamente relacionado à área de planejamento e formalização de procedimentos de contratação, uma vez que o foco no presente caso são os riscos mencionados, os quais as regras restritivas estabelecidas na lei e no edital visavam justamente evitar.

Diante dos fatos expostos, entendo que a irregularidade apontada não foi afastada pela defesa, de modo que **as razões apresentadas pelo Sr. Kassius Marcellus não merecem ser acolhidas**, estando o responsável desde já passível de multa por violação ao disposto nos aludidos dispositivos da lei de regência à época e do instrumento convocatório.

– III –

**DA COMUNICAÇÃO DIRIGIDA AO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE TURISMO E
MARKETING DE NOVA FRIBURGO**

O Sr. Renan da Silva Alves, na qualidade de Secretário Municipal de Turismo e Marketing de Nova Friburgo, foi comunicado, nos termos do item V da decisão plenária de 28/02/2024, para encaminhar o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos itens envolvidos na confecção dos carros alegóricos, tendo apresentado os esclarecimentos abaixo transcritos:

(...)

É necessário ressaltar que o serviço em questão possui características singulares e intrínsecas que fogem dos padrões comuns encontrados no mercado, pois trata-se de um serviço altamente personalizado, cuja execução requer um alto nível de especialização e customização para atender às necessidades específicas do projeto apresentado pela Administração. Diferentemente de produtos ou serviços padronizados, este serviço demanda uma abordagem única e adaptada às particularidades do nosso contexto, que é totalmente diferente da realidade das constatações realizadas por outras cidades, que possam, aparentemente, possuir similitude, mas que de fato não possui.

Devido a essa singularidade, de acordo com o Relatório de Pesquisa de Mercado, acostado no processo, não foi viável realizar uma consulta de preço e mercado de maneira convencional. Os fornecedores potenciais não possuem em sua “prateleira” exatamente o serviço que buscamos, e, portanto, não seria possível obter uma comparação justa e precisa dos valores praticados no mercado.

Nesse sentido, a pesquisa diretamente com os fornecedores se apresentou como a única alternativa viável. Somente através desse método se pode avaliar de forma adequada os custos envolvidos e as condições oferecidas, levando em consideração as particularidades e exigências específicas do serviço que necessitamos. Mesmo assim, após a ampla pesquisa, muitos dos possíveis fornecedores não contaram ou se quer responderam as solicitações.

De toda sorte, a pesquisa realizada pelo Corpo Técnico da R. Corte, apontou outras licitações de carros alegóricos pelo Brasil, como foram os casos de Pato Branco – PR e Nova Veneza – SC, porém não se pode ater apenas a uma visão holística e superficial nesta comparação. Precisa-se sim realizar uma análise mais minuciosa de modo a perceber as grandes diferenças existente entre os objetos das contratações, senão vejamos: (...)

(Grifos nossos)

De acordo com a análise técnica, os tipos de itens e serviços contratados realmente exigiram especificações que não são encontradas nas mesmas dimensões e detalhamentos em contratações semelhantes, públicas ou privadas, o que justifica a

dificuldade em utilizá-las como parâmetro de pesquisa de preços para estimar o preço de referência da licitação, levando à adoção exclusiva de cotações junto a potenciais fornecedores como base de referência.

No entanto, ao examinar o documento denominado “solicitação de preços para contratação de serviços”², a Unidade Técnica não encontrou nenhuma orientação aos potenciais fornecedores sobre a descrição detalhada dos itens e seus respectivos quantitativos.

Destacou que tal fato impediu a Administração de obter preços unitários que fossem os mais adequados às especificações desejadas, especialmente considerando que este era o único parâmetro adotado para a realização da pesquisa de mercado, conforme justificado no documento “relatório de pesquisa de mercado”³, anexado ao presente.

Conforme assinalou a Unidade Técnica, isso resultou na apresentação de apenas uma cotação, como indicado no documento de fls. 67 da peça 50, contendo o preço global, sem decomposição em itens unitários e seus respectivos custos, apesar de a solicitação ter sido enviada a outras empresas.

Rememoro que a referida questão foi tratada na decisão plenária datada de 28/02/2024, oportunidade em que, como já exposto, examinei os esclarecimentos prestados pelo Prefeito do Município de Nova Friburgo, nos seguintes termos:

Ocorre que o preço de referência do presente caso foi derivado de procedimentos relacionados à pesquisa de preços que não parecem ter sido realizados de maneira abrangente e diversificada, divergindo do entendimento fixado por esta Corte de Contas no enunciado nº 2 da súmula de sua jurisprudência (...)

Ao revisitar a justificativa apresentada pelo jurisdicionado, observo que, embora tenha sido fornecido um documento intitulado “relatório de pesquisa de mercado” indicando a impossibilidade de utilizar outros métodos de pesquisa, não foram incluídos elementos de prova que demonstrem a busca por outros preços, como capturas de tela das consultas em painéis e bancos de preços públicos. Vale ressaltar que o próprio jurisdicionado mencionou a existência de outras licitações no estudo técnico preliminar.

Do mesmo modo, no procedimento licitatório, não há registro da composição dos custos unitários relacionados à licitação, os quais poderiam fornecer um valor de referência para a contratação.

Em cotejo às informações presentes nos documentos citados, percebe-se que o jurisdicionado estava ciente da existência de licitações com objetos similares realizadas por outros municípios.

² (RESPOSTA A OFÍCIO: 5460-3/2024) - Outros Documentos (PDF) #4633279, fls. 61 da peça 50.

³ (RESPOSTA A OFÍCIO: 5460-3/2024) - Outros Documentos (PDF) #4633279, fls. 72 da peça 50.

No entanto, não há demonstração nestes autos de que foram empregados esforços para garantir cotações obtidas de fontes diversificadas, a fim de alcançar preço de referência mais próximo dos praticados por fornecedores privados e entidades públicas. Diante do exposto, entendo que a explicação fornecida pelo jurisdicionado não elimina o indício de irregularidade apontado pelos representantes, visto que a falta de detalhamento na descrição do termo de referência prejudica a análise de economicidade.

Além disso, como bem pontuou a Unidade Técnica, a informação⁴ fornecida pelo Presidente da agremiação contratada à época, Sr. Kassius Marcellus, de que o critério adotado para a definição do preço estimado foi o percentual repassado às escolas de samba do município a título de subvenção, reforça a ideia de que o cálculo daquele montante não levou em conta a estimativa dos custos unitários correspondentes aos itens do objeto.

Dessa forma, como apontado no parecer técnico, abriu-se uma brecha para que o montante global de R\$ 960.000,00, estabelecido no documento⁵ elaborado pelo Grêmio Recreativo Vilage no Samba em resposta à cotação solicitada, se tornasse imediatamente a referência adotada como critério de aceitabilidade da licitação.

Como bem assinalou o Corpo Técnico, a Administração não tomou os cuidados necessários para elaborar o orçamento estimativo da licitação, de forma que refletisse a composição de todos os custos unitários, especialmente considerando que o objeto é divisível. Registre-se que o Corpo Técnico apontou ainda que há dúvidas se o orçamento chegou a ser formalizado pelo setor competente da Prefeitura.

Nessa linha de raciocínio, a ausência do instrumento de planejamento essencial para a contratação demonstra que a Administração descumpriu o art. 7º, §2º, II da antiga Lei Federal nº 8.666/93, que exigia a formalização do orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários referentes aos itens que integram o objeto contratual. A referida irregularidade é atribuída ao Sr. Renan Alves na condição de Secretário de Turismo e Marketing à época da formalização do procedimento licitatório, e será objeto de notificação.

⁴ (RESPOSTA DE RESPONSÁVEL A NOTIFICAÇÃO: 7193-6/2024) - Protocolo Eletrônico #4698089, fls. 02/04 da peça 68.

⁵ (RESPOSTA A OFÍCIO: 5460-3/2024) - Outros Documentos (PDF) #4633279, fls. 67 da peça 50.

– IV –
DA CONCLUSÃO

Bem examinados os autos, no tocante ao mérito da presente representação, verifico que procede a alegação de participação indevida de servidor comissionado no certame licitatório, em afronta ao item 5.3 do termo de referência e ao art. 9º, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93, vigente à época, de modo que a Tomada de Preços nº 015/23 e os atos dela decorrentes padecem de ilegalidade.

No que se refere à alegação dos representantes de que o valor licitado é excessivo, conforme exposto no bojo do presente voto, bem como na decisão plenária de 28/02/2024, necessário ressaltar que o preço de referência do certame em questão derivou de procedimento relativo à pesquisa de preços que não demonstrou ter sido executado de forma ampla e diversificada. Tal fato afronta o entendimento fixado por esta Corte de Contas no enunciado nº 2 da súmula de sua jurisprudência, denotando fragilidades na busca por parâmetro que melhor se aproximasse da realidade do mercado.

Oportuno destacar que embora falhas contidas na pesquisa de preços em decorrência de inobservância dos preceitos legais possam configurar ilegalidade, sendo indicativo de risco de sobrepreço e consequente dano ao erário, tal fato não é suficiente para a presunção deles. Destaque-se jurisprudência desta Corte de Contas, *in verbis*:

Conforme aduzido no voto anteriormente proferido, “**reputo haver diferença entre a existência de deficiência na pesquisa de mercado e a verificação de efetivo sobrepreço na contratação.** Até o presente momento, foi apurada falha (grave) de cunho procedimental: a utilização de pesquisa de mercado restrita a 6 (seis) fornecedores, resultando em apenas 1 ou 2 cotações para alguns itens. Perceba-se que a ritualística da pesquisa de mercado não é um fim em si mesma, mas, pelo oposto, destinada à concreção do princípio da economicidade”.

Em outras palavras: restou comprovado nos presentes autos que o procedimento adotado pelo jurisdicionado foi inadequado, considerando as falhas encontradas na fase de pesquisa de mercado. Por outro lado, após a realização da diligência interna solicitada, não foi possível concluir se as contratações decorrentes do ato de dispensa revelaram-se, de fato, antieconômicas, considerando, em especial, o decurso de tempo decorrido e a especificidade do objeto contratado.

(Grifos nossos)

(Processo TCE-RJ nº 106.710-1/2013, decisão de 07/02/2018, Relatora Conselheira Marianna Montebello Willeman)

A respeito do tema, relevante ressaltar que esta Corte de Contas tem entendimento que, nesses casos, o ônus de comprovar a ausência de economicidade é do órgão de controle, o qual deve evidenciar a incompatibilidade entre o valor estimado/contratado e os preços de mercado, como se vê:

(...) **discordo da tese de que compete ao gestor comprovar a boa aplicação dos recursos ante facto**. Entendo que o devido processo legal, a que se submetem também as Cortes de Contas, exige que os órgãos de controle apontem mínima, porém categoricamente, a existência de preços fora de mercado, submetendo a questão ao gestor. A exigência, de cunho extremamente genérico e sem aparato legal, aliás, pode redundar em prejuízo à defesa, razão por que não acompanho o corpo técnico em sua conclusão.

(Grifei)

(Processo TCE-RJ nº 113.386-9/2014, decisão de 31/08/2022, Relatora Conselheira Marianna Montebello Willemann)

Ressalto que embora tenha sido solicitado o encaminhamento do orçamento detalhado objetivando apurar a questão, o referido documento não foi apresentado, e sua ausência configura irregularidade que será objeto de notificação.

Portanto, a realização da análise de economicidade do certame em questão restou prejudicada, não sendo possível afirmar com fundamento nas informações presentes nos autos que o valor do licitado é excessivo, motivo pelo qual **julgo esta representação parcialmente procedente**.

Dito isso, acolho a proposta de encaminhamento sugerida pela Instância Instrutiva, e ratificada pelo *Parquet* de Contas, no sentido de determinar **a notificação do Sr. Renan da Silva Alves, Secretário Municipal de Turismo e Marketing do Município para que apresente razões de defesa quanto à ausência de orçamento detalhado em planilhas**.

De igual modo, entendo que **a aplicação de multa aos responsáveis necessita ser postergada para a fase seguinte deste processo**, a fim de se aguardar as razões de defesa eventualmente ofertadas pelo Secretário Municipal de Turismo e Marketing à época dos fatos, assim como de se equalizar as fases processuais das medidas determinadas por esta Corte de Contas.

Pelo exposto e examinado, posiciono-me **parcialmente de acordo** com a proposta de encaminhamento formulada pelo Corpo Instrutivo e com o parecer do douto Ministério Público de Contas, residindo minha parcial divergência em reconhecer a procedência parcial desta representação, e

VOTO:

I. Pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do mérito desta representação no que se refere à irregularidade de participação indevida de servidor no certame, dado o impedimento previsto no item 5.3 do termo de referência e no art. 9º, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93, vigente à época, com a declaração de ilegalidade da Tomada de Preços nº 015/23 e dos atos dela decorrentes;

II. Pela **NÃO ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE DEFESA** apresentadas pelo Sr. Renan da Silva Alves, Secretário Municipal de Turismo e Marketing do Município, responsável pela homologação da Tomada de Preços nº 015/22, por intermédio do Documentos TCE-RJ nº 5460-3/24;

III. Pela **NÃO ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE DEFESA** apresentadas pelo Sr. Kassius Marcellus Fersura Sampaio, Presidente do Grêmio Recreativo Escola de Samba Unidos da Saudade, bem como servidor ocupante do cargo em comissão de Coordenador II da Secretaria Municipal de Serviços Públicos, por intermédio do Documento TCE-RJ nº 7193-6/2024;

IV. Pela **NOTIFICAÇÃO** do Sr. Renan da Silva Alves, Secretário Municipal de Turismo e Marketing do Município, responsável pela homologação da Tomada de Preços nº 015/22, com fundamento no artigo 15, II do Regimento Interno, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente razões de defesa quanto à ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários referentes aos itens que integraram o objeto contratual, em desconformidade com o artigo 7º, §2º, II da extinta Lei Federal nº 8.666/93, vigente à época do planejamento do certame;

V. Pela **COMUNICAÇÃO** ao titular do Órgão de Controle Interno, com fundamento no artigo 15, I, do RITCERJ, para que tome ciência desta decisão;

VI. Pela **COMUNICAÇÃO** ao Grêmio Recreativo Escola de Samba Unidos da Saudade, particular interessada, na pessoa de seu representante legal, com fundamento no artigo 15, I do RITCERJ, para que tome ciência desta decisão;

VII. Pela **COMUNICAÇÃO** aos representantes, com fundamento no artigo 15, I do RITCERJ, para que tomem ciência da decisão.

GCS-2,

ANDREA SIQUEIRA MARTINS
Conselheira Substituta