

ACÓRDÃO Nº 078033/2024-PLENV

1 PROCESSO: 255659-0/2023

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO

3 INTERESSADO: VERDE MAIS SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA

4 ÓRGÃO JURISDICIONADO/ENTIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS

5 RELATOR: MARCELO VERDINI MAIA

6 REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HENRIQUE CUNHA DE LIMA

7 ÓRGÃO DECISÓRIO: PLENÁRIO VIRTUAL

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 VIRTUAL**, por unanimidade, por **PERDA DO OBJETO** com **PROCEDÊNCIA, COMUNICAÇÃO, DETERMINAÇÃO** e **ARQUIVAMENTO**, nos exatos termos do voto do Relator.

9 ATA Nº: 36

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: 21 de Outubro de 2024

Marcelo Verdini Maia

Relator

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

PLENÁRIO

PROCESSO: TCE-RJ 255.659-0/23
ORIGEM: PREFEITURA PETRÓPOLIS
NATUREZA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO
ASSUNTO: EM FACE DO PREGÃO PRESENCIAL Nº: 93/2023, PROMOVIDO PELO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. REPRESENTAÇÃO COM NARRATIVA DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES CONTIDAS NO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 93/2023 (PROCESSO Nº 47.346/2023). CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO ADMINISTRATIVO, MEDIANTE TERCEIRIZAÇÃO, COMPREENDENDO SERVIÇOS DE AUXILIAR DE SECRETARIA, AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS, COZINHEIRO, CUIDADOR, INTÉRPRETE DE LIBRAS, INSPETOR DE DISCIPLINA, MONITOR DE ÔNIBUS, MOTORISTA, NUTRICIONISTA E VIGIA, DE FORMA CONTÍNUA, PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO.

CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO JUDICIAL (MANDADO DE SEGURANÇA n.º 0802436-25.2024.8.19.0042) DIVERSA DAS CAUSA DE PEDIR DAS REPRESENTAÇÕES APRESENTADAS NESTE TRIBUNAL DE CONTAS. INEXISTÊNCIA DE RISCO DE SOBREPOSIÇÃO DE INSTÂNCIAS NO CASO CONCRETO. ATUAÇÃO CONJUNTA E COLABORATIVA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE ESTATAIS.

ANÁLISE DO CORPO TÉCNICO QUE APONTA PARA A OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO EDITAL QUANTO AO NÃO PARCELAMENTO DO OBJETO E À EXIGÊNCIA RELATIVA AO PISO SALARIAL MÍNIMO.

**PERDA DO OBJETO DA TUTELA PROVISÓRIA (CERTAME
SUSPENSO JUDICIALMENTE). PROCEDÊNCIA.
COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO.**

Trata-se de Representação apresentada pela pessoa jurídica VERDE MAIS SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA., qualificada nos autos, em face de possíveis irregularidades contidas no Edital de Pregão Presencial n.º 93/2023 (processo n.º 47.346/2023), deflagrado pelo Município de Petrópolis, cujo objeto é “a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de apoio administrativo, mediante terceirização, compreendendo serviços de auxiliar de secretaria, auxiliar de serviços gerais, cozinheiro, cuidador, intérprete de libras, inspetor de disciplina, monitor de ônibus, motorista, nutricionista e vigia, de forma contínua, para atender às necessidades da Secretaria de Educação”, no valor estimado de R\$ 64.021.189,20 (sessenta e quatro milhões, vinte e um mil, cento e oitenta e nove reais e vinte centavos), agendado inicialmente para o dia 09.11.2023.

Registra-se que tramita em apenso o processo **TCE-RJ n.º 203.477-8/24**, que trata de Representação apresentada pela pessoa jurídica LEFE EMERGÊNCIAS MÉDICAS LTDA. em face de irregularidades contidas no Edital de Pregão Presencial nº 93/2023, também questionado no presente processo, que receberá voto diverso, nesta mesma sessão.

A interessada alegou que apresentou impugnação administrativa em face do Edital e sustentou, no âmbito da presente Representação, irregularidades relativas, em síntese, (1) à necessidade de parcelamento do objeto, (2) à limitação do local no atestado de capacidade técnica, (3) à dupla exigência de registro em Conselhos de Classe (4) às limitações relativas à ausência de registro no atestado de capacidade técnica e (5) à exigência de piso salarial mínimo. Ao final, requereu:

Postas estas premissas, expostas as razões, postula a Recorrida nesta oportunidade:

- a) Seja recebido de forma tempestiva a presente REPRESENTAÇÃO, com seu regular efeito, determinando se o seu imediato processamento;
- b) Que o presente certame seja suspenso cautelarmente, até ulterior julgamento desta representação.
- c) Por todo o exposto, requer-se seja julgado como PROCEDENTE a REPRESENTAÇÃO apresentada, em todos seus itens, modificando o texto editalício.

Em 14/11/2023, proferi decisão monocrática por perda do objeto da tutela provisória pleiteada, tendo em vista o adiamento voluntário do Pregão Presencial n.º 93/2023 pela Administração municipal, bem como por determinação da prévia oitiva do titular da Prefeitura do Município de Petrópolis, com posterior encaminhamento para pronunciamento das instâncias instrutivas¹.

Após encaminhamento de resposta por parte do Prefeito do Município de Petrópolis (Doc. TCE-RJ n.º 28.219-5/2023) e exame das Instâncias Instrutivas, foi juntado aos autos, em 23/02/2024, o Doc. TCE-RJ n.º 3123-3/24, “em complemento ao Ofício nº. 031/23, protocolado nessa Corte de Contas, através do sistema e-TCERJ, em 21/12/2023”, motivo pelo qual o Plenário deliberou, em sessão de 11/03/2024, por conhecimento da Representação e por diligência interna, com a remessa dos autos à(s) Coordenadoria(s) competente(s) da Secretaria Geral de Controle Externo para fins de análise dos novos documentos juntados aos autos em 23/02/2024 (3123-3/24), com posterior encaminhamento ao Ministério Público de Contas.

Após nova manifestação das instâncias instrutivas, foi proferida decisão plenária, em 05/06/2024, por comunicação ao Prefeito do Município de Petrópolis para esclarecimentos quanto ao cumprimento de decisão judicial relacionada ao certame:

1. Por **COMUNICAÇÃO** ao atual Prefeito do Município de Petrópolis, nos termos regimentais, para que tome ciência da presente decisão plenária, bem como para que, no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias:

1.1. Esclareça as medidas tomadas em relação ao cumprimento da decisão judicial do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis, quanto à adequação do procedimento de licitação ao sistema normativo vigente (Lei n.º 14.133/21), bem como outros esclarecimentos que entenda pertinente, considerados os fatos representados nestes autos.

2. Por **COMUNICAÇÃO** à parte representante e ao seu procurador habilitado nos autos, para ciência acerca da presente decisão plenária.

¹ 1. Por **PERDA DE OBJETO DA TUTELA PROVISÓRIA** pleiteada, considerando o adiamento voluntário do Pregão Presencial n.º 93/2023 pela Administração municipal;

2. Por **DETERMINAÇÃO À SSE** para que providencie, nos termos regimentais, a oitiva do titular da Prefeitura do Município de Petrópolis, franqueando-lhe o prazo de até 15 (quinze) dias, para que:

2.1. Se manifeste a respeito das irregularidades veiculadas na presente Representação;

2.2. Esclareça se já houve manifestação formal da Administração a respeito das impugnações administrativas apresentadas em face do Edital de Pregão Presencial n.º 93/2023;

2.3. Diligencie para que todas as informações relativas ao Pregão Presencial n.º 93/2023 estejam disponíveis para acesso *online*, incluindo eventuais pedidos de esclarecimentos e/ou impugnações e/ou recursos, em atenção ao princípio da publicidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) e às disposições da Lei de Acesso à Informação;

3. Por **ENCAMINHAMENTO** à Secretaria-Geral de Controle Externo deste Tribunal, com vistas à sua distribuição à coordenadoria competente, para que, findo o prazo, com ou sem resposta do Jurisdicionado, manifeste-se nos presentes autos, com posterior remessa ao duto Ministério Público de Contas.

Em atenção à decisão desta Corte, o Sr. Rubens José França Bomtempo, Prefeito do Município de Petrópolis, encaminhou resposta consubstanciada no Doc. TCE-RJ n.º 15.940-5/2024 e, posteriormente, o Doc. TCE-RJ n.º 16.795-5/24, em complemento.

Remetidos os autos à Coordenadoria de Auditoria em Admissão e Gestão de Pessoal - 1ª CAP, a especializada formulou a seguinte proposta de encaminhamento (Informação de 22/07/2024):

I – A **CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA**, nos termos do art. 149 do Regimento Interno do TCE-RJ, determinando à Prefeitura Municipal de Petrópolis que suspenda o Pregão Presencial nº 93/2023 (processo nº 47.346/2023) no estado em que se encontra, abstendo-se de realizar a sessão pública de lances, bem como de adjudicar o objeto, homologar o resultado e assinar o contrato decorrente do certame;

II – A **COMUNICAÇÃO** ao atual Prefeito de Petrópolis, nos termos do art. 15, I, do Regimento Interno do TCE-RJ, para que atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES**, antes da realização do Pregão Presencial nº 93/2023, comprovando o cumprimento documentalmente a esta Corte:

a) Proceda às alterações necessárias no Edital de Pregão Presencial nº 93/2023, a fim de que o objeto do certame seja dividido em lotes, de modo a possibilitar o aumento do universo de concorrentes;

b) Retifique o Edital de Pregão Presencial nº 93/2023, de modo a excluir a exigência de apresentação de propostas com o patamar salarial mínimo indicado no item 2.10 do Termo de Referência;

III – A **COMUNICAÇÃO** à representante, nos termos do art. 110 do Regimento Interno do TCE-RJ, para ciência desta decisão.

O Ministério Público de Contas, devidamente representado por seu Procurador-Geral, se manifestou de acordo com as medidas propostas pelo Corpo Técnico (Informação de 26/08/2024).

É O RELATÓRIO.

1. Da resposta enviada pelo jurisdicionado

Em atenção à decisão pretérita que comunicou o Jurisdicionado para que esclarecesse as medidas tomadas em relação ao cumprimento da decisão judicial proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis, o Sr. Rubens José França Bomtempo, Prefeito do Município de Petrópolis, enviou resposta consubstanciada no Doc. TCE-RJ n.º 15.940-5/2024 e, posteriormente, Doc. TCE-RJ n.º 16.795-5/24, em complemento.

Por meio do Doc. TCE-RJ n.º 15.940-5/2024, o Prefeito encaminhou os esclarecimentos prestados pela Secretaria de Administração e Recursos Humanos – SADRH. A resposta inicialmente aponta que “o juízo da 4ª vara Cível de Petrópolis - Vara de Fazenda Pública - deferiu, em sede

liminar, que a Autoridade Impetrada suspenda o curso do Pregão nº 93/2023, ou promova sua readequação ao novo sistema licitatório trazido pela Lei 14.133/2021, renovando-se os atos necessários à sua readequação”.

No documento, a Administração assevera “que o dispositivo da liminar permitiu ao município a escolha entre a suspensão do certame ou a readequação ao novo sistema licitatório trazido pela Lei n.º 14.133/21”. Desse modo, afirma que a decisão estava sendo cumprida na medida em que o certame foi suspenso.

Sustenta, ainda, a regularidade na eleição das Leis n.º 8.666/93 e 10.520/02 como aplicáveis à licitação, uma vez que “ao estabelecer um novo regramento para as contratações públicas, a Lei nº 14.133/21 fixou um regime de transição, de forma que, até o dia 30/12/23, a Administração Pública poderia optar por utilizar as novas regras ou aquelas fixadas pelas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02” e “tendo o procedimento se iniciado dentro do período em que a lei permitia a utilização das normas anteriores de contratação pública, não faria sentido que, no meio do processo, a Administração passasse a empregar a lei nova, causando forte insegurança jurídica”.

Posteriormente, encaminhou o Doc. TCE-RJ n.º 16.795-5/24, por meio do qual informou “o teor da sentença relativa ao Mandado de Segurança n.º 0802436-25.2024.8.19.0042, datada de 10/07/24, com decisão de mérito pela improcedência do pedido e pela denegação da segurança”. O juízo da 4ª Vara Cível proferiu decisão por improcedência do pedido e revogação da tutela anteriormente deferida, nos seguintes termos:

(...)

A controvérsia do presente mandamus é para verificar a necessidade de utilização obrigatória do procedimento licitatório regulado pela Lei 14.133/21 ao Pregão Presencial nº 93/2023.

Não assiste razão o impetrante.

O procedimento licitatório, seja aquele regido pela Lei 8.666/93 quanto pela Lei 14.133/21, é composto por diversas fases, iniciando-se pela abertura do procedimento administrativo (Lei 8.666/93) e pela fase preparatória (Lei 14.133/21) e não pela publicação do edital.

Tem-se que o procedimento licitatório impugnado teve seu início em 30/09/2022 com a abertura do procedimento administrativo nº 47.346/2022, publicado em 23/10/2023.

Assim, não há que se falar em ilegalidade do procedimento posto que este se iniciou ainda na vigência da Lei 8.666/93 uma vez que seu edital foi publicado antes de 30/12/2023, nos termos do art. 191 c/c 193, II ambos da Lei 14.133/21, eis que a

publicação de edital de retificação não tem o condão de alterar a legislação a ser aplicada.

Pelo exposto, JULGO EXTINTO O FEITO, sem resolução do mérito, na forma do art. 485, IV do CPC em face de ALINE DA CUNHA DIAS e, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, na forma do art. 487, I do CPC e, por conseguinte, DENEGO A SEGURANÇA ao impetrante, revogando a tutela anteriormente deferida.

(...)

2. Da análise efetuada pelo Corpo Técnico

Cumpre rememorar que, em instrução datada de 12/04/2024, a Coordenadoria especializada reforçou que as irregularidades listadas nos itens (2) limitação do local no atestado de capacidade técnica, (3) dupla exigência de registro em Conselhos de Classe e (4) limitações relativas à ausência de registro no atestado de capacidade técnica havia sido saneadas pelo Jurisdicionado, na medida em que promoveu ajustes no edital. Por outro lado, segundo a 1ª CAP, as irregularidades referentes aos itens (1) necessidade de parcelamento do objeto e (5) exigência de piso salarial mínimo restariam pendentes de saneamento. Ao analisar os pontos pendentes, formulou proposta de encaminhamento, naquela oportunidade, por procedência da Representação e comunicação ao Jurisdicionado para retificações no Edital, com posterior comprovação à esta Corte.

Com relação ao agrupamento dos itens em um único lote, a ser licitado por preço global, a unidade técnica analisou os esclarecimentos prestados pelo Jurisdicionado e entendeu que não deveriam prosperar. Isso porque, tanto o regramento atinente à matéria quanto a Súmula n.º 247 do TCU apontam que o parcelamento do objeto é a regra, e a adjudicação por lote único exceção, que se justifica apenas por questões técnicas e/ou econômicas, que não estão presentes no caso concreto. Nesse sentido, cabe colacionar o seguinte excerto da instrução datada de 12/01/2024:

O jurisdicionado traz aos autos os seguintes argumentos:

há necessidade – por razões econômicas- da adjudicação conjunta vez que ao se estabelecer lotes licitados separadamente existe um considerável risco do desinteresse dos concorrentes pelos lotes de valores menores, priorizando aquele monetariamente expressivo, com a possibilidade real do fracasso da licitação, além da brecha para cartelização e conluio de participantes para eliminar ou restringir a concorrência pública.

Relevante acrescer que o mercado oferece preços menores quando a contratação é realizada conjuntamente, pois os custos administrativos/logísticos tendem a ser minorados.

Outro permissivo é o aspecto técnico, que torna patente a contratação em conjunto, a fim de suprir a crescente carência/demanda administrativa e afastar a iminente probabilidade de um colapso, ante a ausência desses profissionais nas Unidades Escolares da Rede Municipal de Ensino de

Petrópolis, sem esquecer que o agrupamento por lotes pode resultar em custos de fiscalização e acompanhamento dos diversos contratos.

Análise:

À peça 08, págs. 02 a 03 e 06, o representante aponta que a municipalidade prevê a contratação de 1.223 funcionários para prestar serviços em diversas funções e que o edital do certame correspondente agrupou tudo em um único lote a ser licitado por preço global. Prossegue, citando a Súmula nº 247 do TCU, a seguir mostrada, alegando que a junção de objetos de naturezas distintas restringe o universo de participantes, vilipendiando o princípio da competitividade.

Súmula nº 247 do TCU – “**É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade**”.

Por fim, tece as seguintes conclusões:

Portanto, é pertinente à obrigatoriedade de parcelamento do objeto sempre que possível, para assegurar a competitividade do processo licitatório, justificando a excepcional condição de lote único e preço global.

Tal separação do Objeto em Lotes distintos iria viabilizar a efetiva competição no certame e economia na seleção da melhor oferta, sem que fosse condicionado que uma empresa para prestar um dos serviços, tenha necessariamente que atender às demais modalidades descritas no Instrumento Convocatório. Manter, pois, tal determinação significa restringir as possibilidades de oferta no certame licitatório, o que é vedado pelos Princípios Constitucionais da Moralidade, Impessoalidade, Isonomia e Ampla Competitividade.

Primeiramente, cabe destacar que o arcabouço legal vigente à época do procedimento - art. 23, § 1º da Lei nº. 8666/93 e a Súmula nº 247 do TCU, acima destacada, somado agora a nova lei de licitações e contratos - Lei nº. 14.133/2021, art. 40, inc. V, alínea “b”, vigente a partir de 31/12/2023, colocam o parcelamento do objeto das licitações como a regra obrigatória a ser seguida pelas Administrações Públicas; constituindo exceção a adjudicação por lote único/preço global, que se justifica apenas quando isso for técnica e economicamente justificável.

Nesse tocante, entende-se que as alegações colocadas pelo jurisdicionado, de que optou pela adjudicação por lote único e preço global devido a razões econômicas e por receio do considerável risco de desinteresse dos concorrentes pelos lotes menores levarem a uma possível licitação fracassada e, ainda, de conluio e cartelização, não se sustentam em vista do seguinte:

- O risco de cartelização e conluio é inversamente proporcional à ampliação do número de concorrente;
- Existe uma contradição, como se pode depreender do documento posto à peça 03, pág. 01. O próprio jurisdicionado confeccionou o edital do certame abrindo,

por meio da Lei Federal nº 123/2006 - que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte - a possibilidade de participação para esses tipos de empresas; o quê, dado o vultoso valor estimado global da licitação, R\$ 64.021.189,20, só poderia se dar via lances por lote.

- Quanto à possibilidade de fracasso atinente à licitação, esse é um risco inerente a qualquer uma e pode até ocorrer como, por exemplo, no caso do item – “*talvez menos interessante*” - interprete de libras, tendo em vista a previsão de apenas dois funcionários a serem contratados. Porém, isso não exclui a chance de o lote ser arrematado junto a outros por uma mesma empresa de qualquer tipo.

- Detalhando um pouco mais, considerando os pisos salariais estabelecidos na tabela a seguir, constante do edital (peça 03, pág. 32), o segundo e o terceiro lote “*talvez menos interessantes*”, Vigia e Nutricionista, respectivamente, chega-se aos valores totais, abaixo apresentados, para o prazo de um ano previsto no edital.

(...)

Isso posto e lembrando que, tendo a Lei Federal nº 123/2006 estabelecido o faturamento anual para micro e pequenas empresas, respectivamente, em até R\$ 360 mil e R\$ 4,8 milhões, não se pode afirmar com absoluta certeza que tais valores não são interessantes para essas a ponto de nenhuma querer participar do certame.

Outro ponto colocado pelo jurisdicionado, trata do menor custo para se administrar um contrato no lugar de dez - na pior hipótese. Quanto a essa alegação, entende-se que, embora seja mais confortável e conveniente administrar apenas um contrato, não se pode, principalmente dado o enorme valor estimado, relevar que a possível economia, para o município, a ser obtida com a ampliação da competitividade, será mais vantajosa do que o aumento desse custo.

De igual modo, no que diz respeito à previsão de valor de remuneração superior ao piso salarial mínimo, a unidade técnica deste Tribunal analisou os esclarecimentos prestados pelo Jurisdicionado e entendeu que não deveriam prosperar. Isso porque, no caso sob análise, não se verificou a necessidade de qualificação dos empregados da contratada superior à daqueles que são remunerados, no mercado, pelo piso salarial da categoria, tendo em vista a terceirização de atividades sem maior complexidade da Secretaria Municipal de Educação de Petrópolis. As disposições contidas no Edital violariam, portanto, a Instrução Normativa nº 05/17, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Nesse sentido, transcrevo excerto da instrução datada de 12/04/2024:

Quanto à irregularidade constante do item 5, verifica-se uma alteração da redação do item 2.10 do Termo de Referência em comparação à prevista no edital original (peça 3), tendo sido retirada a vinculação à remuneração paga por empresa contratada emergencialmente pela municipalidade. Contudo, os valores mínimos exigidos para validação das propostas dos licitantes continuam superiores aos pisos salariais das categorias constantes da tabela incluída na redação original do item.

Dessa forma, permanece íntegra a irresignação do representante quanto à consideração de valor mínimo superior ao previsto nas convenções coletivas de trabalho.

A Instrução Normativa nº 05/17, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, veda que a administração defina a remuneração dos trabalhadores da contratada, salvo quando houver necessidade de profissionais com habilitação/experiência superior à daqueles que são remunerados, no mercado, pelo piso salarial da categoria.

No presente caso, não se verifica, a princípio, a necessidade de qualificação superior dos empregados da contratada, tendo em vista a terceirização de atividades sem maior complexidade da Secretaria Municipal de Educação de Petrópolis.

Na resposta anterior, o jurisdicionado apontou que os valores foram apontados com base em pesquisa de preços do mercado feita pelo Setor de Compras da Secretaria de Educação. A estimativa detalhada dos preços, com a realização de ampla pesquisa de mercado, é exigida pelo art. 30, X, da IN nº 05/17. Entretanto, o gestor não poderia definir que os valores apurados seriam os mínimos a serem observados pela futura contratada sem a apresentação de justificativa adequada.

Nesse sentido, colaciona-se decisão plenária proferida no curso do Processo TCE-RJ nº 235.851-6/23, referente a pregão conduzido pela Prefeitura de Maricá em que foi estipulado valor mínimo de remuneração:

A imposição de valor mínimo de remuneração no bojo do Pregão Presencial nº 19/2023, portanto, nos termos previstos no termo de referência, não se enquadra à jurisprudência e à legislação suscitada pelo próprio jurisdicionado. Da mesma maneira, ao apreciar as análises dos pedidos de esclarecimentos e de impugnações submetidos no âmbito do respectivo processo administrativo, bem como o pronunciamento elaborado em atendimento à decisão prolatada em 11.12.2023, **observe a municipalidade não logrou êxito em demonstrar que os serviços ora licitados demandam a contratação de profissional com qualificação acima da média.**

Compulsando as informações disponíveis no sítio eletrônico da Prefeitura de Maricá relacionadas ao certame em apreço, verifico, inclusive, que o próprio parecer da PGM relacionado à impugnação interposta pela ora Representante, além de também reproduzir o citado dispositivo da IN nº 05/2017, ressalta que a estipulação de salário base mínimo depende da comprovação de preenchimento dos requisitos impostos pela Corte Nacional de Contas, impondo-se a apresentação de fundamentação “vinculada às condições concretas de mercado”, sendo “a regra a impossibilidade de fixação de salários mínimos superiores ao piso da categoria”.

(...)

Sendo assim, a presente Representação é parcialmente procedente neste espectro, impondo-se que a limitação mínima prevista no item 13 do instrumento convocatório seja excluída.

Isso posto, será sugerido o envio de determinação para que o atual titular da Prefeitura de Petrópolis exclua tal exigência do item 2.10 do Termo de Referência do Edital de Pregão Presencial nº 93/2023.

Outrossim, considerando que o jurisdicionado foi comunicado para prestar esclarecimentos, os quais não foram suficientes para dissipar as ilicitudes, tendo ainda voluntariamente atuado para dissipar algumas delas, entende-se haver elementos suficientes para propor a procedência desta representação.

A partir da análise das instruções pretéritas, e considerando que a “retomada da licitação pode ocorrer a qualquer momento, tendo em vista a decisão de mérito do mandado de segurança”, a especializada formulou, em 22/07/2024, proposta de encaminhamento por concessão de tutela provisória para suspensão do Pregão Presencial n.º 93/2023, bem como determinação ao jurisdicionado para que (a) procedesse às alterações necessárias no Edital de Pregão Presencial nº 93/2023, a fim de que o objeto do certame seja dividido em lotes, de modo a possibilitar o aumento do universo de concorrentes e (b) retificasse o Edital de Pregão Presencial nº 93/2023, de modo a excluir a exigência de apresentação de propostas com o patamar salarial mínimo indicado no item 2.10 do Termo de Referência.

3. Da análise do mérito da Representação

3.1. Considerações acerca do processo judicial em curso – Mandado de Segurança n.º 0802436-25.2024.8.19.0042. Inocorrência do fenômeno conhecido como *accountability overload*.

Conforme já destacado, o Jurisdicionado encaminhou o Doc. TCE-RJ n.º 16.795-5/24, por meio do qual informou “o teor da sentença relativa ao Mandado de Segurança n.º 0802436-25.2024.8.19.0042, datada de 10/07/24, com decisão de mérito pela improcedência do pedido e pela denegação da segurança”. O juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis proferiu decisão por improcedência do pedido e revogação da tutela anteriormente deferida.

Em nova consulta ao portal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro², foi possível verificar que LEFE EMERGENCIAS MÉDICAS LTDA. interpôs apelação com requerimento de efeito suspensivo em face da referida decisão (Processo n.º 0062135-09.2024.8.19.0000), tendo a 4ª Câmara de Direito Público decidido, em 17/09/2024, pela concessão de efeito suspensivo à apelação, nos seguintes termos:

(...)

Como se sabe, o relator poderá conceder efeito suspensivo à apelação ou antecipar a pretensão recursal, total ou parcial, quando estiverem presentes os requisitos relativos ao perigo de dano grave, de difícil ou de impossível reparação, bem como a demonstração da probabilidade de provimento do recurso (art. 1.012, § 4º, CPC).

² Disponível em: <https://trj.pje.jus.br/1g/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em 30/09/2024.

No caso, a realidade dos autos indica a presença do *fumus boni iuris*, na medida em que há alegação de ilegalidade/irregularidade no respectivo edital, a comprometer a lisura do procedimento licitatório.

A verossimilhança estaria, então, na data da publicação do Edital, trazendo a fase externa da licitação, que, segundo entendimento do T.C.U., é aquela que indica a legislação a ser seguida

O perigo de dano está em que, não concedido o efeito suspensivo, provavelmente não mais estaria com objeto o recurso, pois o contrato já estaria assinado.

Pelos motivos expostos, defere-se o efeito suspensivo à Apelação interposta pela requerente, nos moldes do no §4º, do art. 1.012, do CPC.

Dessa forma, no atual momento processual, estão suspensos os efeitos da decisão proferida pelo juízo *a quo* pela improcedência do Mandado de Segurança e revogação da tutela provisória para suspensão do certame.

De todo modo, nota-se que, no caso em tela, a causa de pedir da ação judicial - controvérsia acerca da necessidade de utilização da Lei n.º 14.133/21 ao Pregão Presencial nº 93/2023 - é diversa das questões suscitadas na presente Representação, bem como na Representação que se encontra apensada. Reforça-se, ainda, que em decisão pretérita proferida nestes autos buscou-se entender os possíveis efeitos da decisão liminar proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis sobre eventual decisão desta Corte. Isso porque, caso o Jurisdicionado tivesse promovido a alteração de todo o Edital, poderia haver modificações de tal sorte que impactassem a decisão de mérito.

Não obstante, a resposta do Jurisdicionado de que manteve o certame suspenso, sem ter promovido alterações no Edital, reforça que não há risco de sobrecarga/superposição de instâncias de controle sobre a ação administrativa (*accountability overload*)³ no presente caso.

³ Nesse contexto, cabe destacar o entendimento preconizado pela Conselheira Marianna Montebello Willeman, no voto proferido em 27.09.2018 no bojo do processo TCE-RJ n.º 220.684-3/14, em que a relatora ressalta a importância de se privilegiar e fomentar as ações concertadas e colaborativas entre as várias esferas de controle, com o intuito de minimizar os efeitos adversos inerentes à sobrecarga de controle. Eis o excerto do aludido voto:

Ademais, a meu ver o tratamento da questão na seara judicial suscita outros contornos ao caso. Assiste-se atualmente um fenômeno que pode ser caracterizado como **accountability overload**, ou seja, à sobrecarga e à superposição de instâncias de controle sobre a ação administrativa que, não raro, chega a comprometer a própria eficiência da gestão pública em decorrência de seus excessos e de suas patologias. Em outros termos, o culto à cultura do controle não pode ignorar suas externalidades negativas e seus efeitos indesejados. A tomada de decisão pública submete-se a tantas instâncias de controle hoje em dia que o administrador público chega a ser desencorajado a pensar em soluções criativas e heterodoxas para os problemas enfrentados, tantos são os riscos que acaba por assumir.

Precisamente para minimizar os efeitos adversos inerentes à sobrecarga de controle é que ações concertadas e colaborativas entre as suas várias esferas merecem ser privilegiadas e fomentadas, promovendo-se uma espécie de “aprendizado interinstitucional”⁴. Perceba-se que a perspectiva aqui perfilhada não incide sobre as relações entre órgão de controle e administração fiscalizada – até porque essa vertente do problema já foi anteriormente enfrentada. O que se pretende reforçar com a presente abordagem é a necessidade de as próprias instâncias de **accountability** dialogarem entre si, de forma a minimizar as contradições e incoerências inevitavelmente produzidas quando múltiplos órgãos possuem autoridade para exercer controle sobre um mesmo campo de ação.

Com efeito, este Plenário assentou, nos autos do processo TCE-RJ nº 113.644-8/05, entendimento no sentido de que a mera existência de ação perante o Poder Judiciário não impede a atuação desta Corte, inclusive apuração de eventual dano ao erário, em razão do princípio da independência entre as instâncias judicial e de controle externo, bem como em decorrência da salutar atuação conjunta e colaborativa dos órgãos de controle estatais.

Feitas essas considerações, passo a analisar os pontos representados em subtópicos apartados, com o registro de que, diante da decisão da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, superveniente à manifestação da 1ª CAP, perdeu o objeto a análise da tutela provisória sugerida pelo Corpo Técnico.

3.2. Irregularidades concernentes: (2) à limitação do local no atestado de capacidade técnica, restringindo a competitividade da licitação, (3) à dupla exigência de registro em Conselhos de Classe e (4) às limitações relativas à ausência de registro no atestado de capacidade técnica. Revisitação dos atos pela Administração. Procedência da Representação.

Cumprе rememorar que, em instrução datada de 12/04/2024, a Coordenadoria especializada reforçou que as irregularidades listadas nos itens (2) limitação do local no atestado de capacidade técnica, (3) dupla exigência de registro em Conselhos de Classe e (4) limitações relativas à ausência de registro no atestado de capacidade técnica haviam sido saneadas pelo Jurisdicionado, na medida em que promoveu ajustes no edital. Quanto ao ponto, cumpre transcrever o seguinte excerto da instrução:

Na instrução juntada nestes autos em 12/01/24, consignou-se que as erratas efetuadas pelo jurisdicionado no edital do pregão seriam aptas a sanar as irregularidades listadas nos itens 2, 3 e 4. Contudo, foi solicitada a comprovação da publicação das correções, medida que restou cumprida por meio da documentação ora analisada, consoante cópias inseridas na peça 32. O instrumento convocatório retificado consta ainda no sítio eletrônico oficial do órgão.

Analisando as alterações, verifica-se que as inconsistências trazidas pelo representante nos itens mencionados acima foram efetivamente corrigidas. Inicialmente, a exigência de comprovação de experiência no âmbito do Município de Petrópolis foi retirada, por meio da derrogação da alínea “c” do item 7.1.1.5 do

Em suma, a solução, ao que parece, não passa por enfraquecer o papel de qualquer instituição de controle, mas sim por robustecer a capacidade de articulação e cooperação entre elas, de forma que suas intervenções nas diversas áreas de atuação do poder público sejam coordenadas e dotadas de coerência entre si. A busca por esse equilíbrio entre os órgãos de controle só tem a favorecer a concretização das políticas necessárias para a efetivação de direitos fundamentais.

Creio que o exercício puro e simples da competência institucional – e constitucional - deste Tribunal de Contas no caso, sem considerar as demais instâncias que atuam sobre a matéria, traria mais inconvenientes do que resultados positivos, tomando-se por base a rede de controle em sua totalidade. (...) (grifos no original)

edital, assim como da retirada da expressão “no mesmo município e ao mesmo tempo” da alínea “e” (anterior alínea “f”).

Além disso, não remanesce a obrigatoriedade de registro dos atestados de capacidade técnica em dois conselhos de fiscalização profissional, considerando a exclusão da expressão “e CRN (Conselho Regional de Nutricionistas)” da alínea g (antiga alínea “i”) do item 7.1.1.5 do edital.

Por fim, a irregularidade mencionada no item 4 da decisão monocrática de 14/11/23 foi sanada pela revogação da alínea “h” do item 7.1.1.5 do instrumento convocatório, com a exclusão dos condicionamentos para a aceitação do atestado de capacidade técnica.

Sendo assim, constata-se o cumprimento voluntário pelo jurisdicionado de uma das propostas de encaminhamento da instrução elaborada por esta Coordenadoria de Auditoria em Admissão e Gestão de Pessoal (1ª CAP) em 12/01/24, razão pela qual esta não será replicada na presente peça.

Desse modo, considerando que o controle exercido por meio deste procedimento deu ensejo à revisitação dos atos pela Administração, que reconheceu as impropriedades do instrumento convocatório, **em exercício de autotutela, julgo procedente a Representação quanto ao ponto, na linha da análise efetuada pela 1ª CAP.**

3.3. Parcelamento do objeto

Conforme salientado pelo Corpo Técnico, diante do que prelecionam a doutrina e jurisprudência pátria, a regra geral é a divisão do objeto em tantos lotes quanto a técnica e a economicidade permitirem, em prol do melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, ampliando-se a competitividade, ao passo que a reunião de vários itens em lotes ou em lote único deve ser a exceção, permitida quando demonstrada a inviabilidade técnica e/ou a perda da economia de escala.

No presente caso, observa-se que as informações prestadas pelo Jurisdicionado em sede administrativa (para agrupamento de todos os serviços que serão contratados em um único lote) são genéricas, sem apresentar justificativas técnicas e contextualizadas com a realidade do ente que embasem as razões econômicas para agrupamento em um único lote e/ou o receio do risco de desinteresse dos concorrentes por lotes menores levarem a uma possível licitação fracassada e/ou conluio.

Dessa forma, corroboro o entendimento da 1ª CAP, integrando-o às razões de decidir e julgo procedente a Representação quanto ao ponto.

3.4. Exigência de valor mínimo de remuneração (superior ao piso salarial da categoria)

Quanto ao tema, como destacado pelo Corpo Técnico, esta Corte possui precedente⁴ no sentido de que “a estipulação de valor mínimo de remuneração é possível quando for demonstrada a pertinência de fixação de montante superior ao piso salarial da categoria, diante da necessidade de profissionais com habilidade/experiência superior para a execução contratual”. Na mesma linha é o art. 5º, inciso VI, da Instrução Normativa nº 005/2017:

Art. 5º - É **vedado** à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

(...) VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, **salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente;**

Grifo acrescentado

Soma-se a isso o fato de que o art. 620 da CLT prevê que as condições estabelecidas em acordos coletivos de trabalho prevalecem sobre as estipuladas em convenções coletivas de trabalho. Por conseguinte, estipular em Edital um patamar remuneratório mínimo pode ter o potencial de obrigar indevidamente as empresas que tiverem pactuado acordos coletivos a observar piso salarial diverso.

Em outras palavras, a regra é a vedação de estipulação de valor mínimo de remuneração, que pode ser excepcionado quando for demonstrada a pertinência de fixação de montante superior ao piso salarial da categoria, diante da necessidade de profissionais com habilidade/experiência superior para a execução contratual.

Nesse sentido, o Corpo Técnico observou que houve “alteração da redação do item 2.10 do Termo de Referência em comparação à prevista no edital original (peça 3), tendo sido retirada a vinculação à remuneração paga por empresa contratada emergencialmente pela municipalidade. Contudo, os valores mínimos exigidos para validação das propostas dos licitantes continuam superiores aos pisos salariais das categorias constantes da tabela incluída na redação original do item”, de modo que “permanece íntegra a irresignação do representante quanto à consideração de valor mínimo superior ao previsto nas convenções coletivas de trabalho”.

Sendo assim, tendo em vista que o Jurisdicionado não logrou êxito em demonstrar que os serviços ora licitados demandam a contratação de profissionais com qualificação acima da média, mas, em verdade, destina-se a terceirização de atividades menos complexas, corroboro o

⁴ Processo TCE-RJ N.º 235.851-6/23 (Acórdão 5826/2024).

entendimento da 1ª CAP, integro-o às razões de decidir e julgo procedente a Representação quanto ao ponto.

4. Conclusões

Considerando (1) que a decisão judicial de 1ª instância - por meio da qual foi denegada a segurança do Mandado de Segurança e revogação da tutela anteriormente deferida para suspensão do certame - teve seus efeitos suspensos pela 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; que (2) a causa de pedir da ação judicial - controvérsia acerca da necessidade de utilização da Lei n.º 14.133/21 ao Pregão Presencial nº 93/2023 - é diversa do questionado na presente Representação, bem como na Representação que se encontra apensada, a afastar o fenômeno de sobrecarga das instâncias de controle e (3) a primazia da resolução de mérito, entendo prudente proceder com o exame de mérito das questões suscitadas na presente Representação, assim como na que se encontra apensada (TCE-RJ 203.477-8/24).

Tendo em vista que as conclusões alcançadas levaram à procedência da Representação, determinarei que sejam promovidas retificações no Edital, sem necessidade de que sejam posteriormente comprovadas nestes autos.

Por oportuno, considerando que a análise recai apenas em relação aos aspectos representados, destaca-se que o arquivamento que ora se promove não obsta eventual exame de conformidade dos atos em sede de futuras auditorias ou outras atividades fiscalizatórias, caso verificada a necessidade de atuação desta Corte de Contas para garantir a eficácia do controle em benefício da coletividade.

Isto posto, posiciono-me **PARCIALMENTE DE ACORDO** com o Corpo Técnico e **PARCIALMENTE DE ACORDO** com o Ministério Público de Contas, residindo a parcial divergência (i) em reconhecer a perda do objeto da tutela provisória; (ii) na desnecessidade de posterior comprovação nestes autos dos ajustes contidos na determinação dirigida ao Jurisdicionado; (iii) na inclusão de comunicação ao juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis, para ciência da presente decisão; bem como (iv) no arquivamento dos autos.

VOTO:

1. Por **PERDA DO OBJETO** da tutela provisória sugerida pela Coordenadoria de Auditoria em Admissão e Gestão de Pessoal - 1ª CAP, considerando que o certame se encontra suspenso por força de decisão judicial;

2. Por **PROCEDÊNCIA** da Representação.

3. Por **COMUNICAÇÃO** ao atual Prefeito do Município de Petrópolis, nos termos regimentais, para que cumpra as seguintes **DETERMINAÇÕES**, antes da realização do Pregão Presencial nº 93/2023:

3.1. Proceda às alterações necessárias no Edital de Pregão Presencial n.º 93/2023, a fim de que o objeto do certame seja dividido em lotes, de modo a possibilitar o aumento do universo de concorrentes;

3.2. Retifique o Edital de Pregão Presencial n.º 93/2023, de modo a excluir a exigência de apresentação de propostas com o patamar salarial mínimo indicado no item 2.10 do Termo de Referência.

4. Por **COMUNICAÇÃO** à representante, nos termos regimentais, para ciência da presente decisão plenária.

5. Por **COMUNICAÇÃO** ao juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis, para ciência da presente decisão.

6. Por posterior **ARQUIVAMENTO** do feito.

GCSMVM,

MARCELO VERDINI MAIA
Conselheiro Substituto