



12/09/2023

Número: **0808255-89.2023.8.19.0037**

Classe: **TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE**

Órgão julgador: **3ª Vara Cível da Comarca de Nova Friburgo**

Última distribuição : **11/09/2023**

Valor da causa: **R\$ 10.000,00**

Assuntos: **Nulidade de Ato Administrativo**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
RIOCARD TECNOLOGIA DA INFORMACAO S A (AUTOR)		FELIX COHEN (ADVOGADO) ANTONIO CESAR ROCHA ANTUNES DE SIQUEIRA (ADVOGADO) LUISA CRISTINA BOTTREL SOUZA (ADVOGADO) MARIANA RIBEIRO SIQUEIRA (ADVOGADO) FRANCISCO DE ALMEIDA E SILVA (ADVOGADO) PEDRO PEDROSA DE ANDRADE FIGUEIRA (ADVOGADO) FELLIPHE PEREIRA DOS SANTOS (ADVOGADO) ISABELLA CORREA MELO LIMA (ADVOGADO)	
Município de Nova Friburgo (RÉU)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
76688 897	11/09/2023 17:22	<u>Decisão</u>	Decisão

27

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Comarca de Nova Friburgo

3ª Vara Cível da Comarca de Nova Friburgo

Avenida Euterpe Friburguense, 201, Centro, NOVA FRIBURGO - RJ - CEP: 28605-130

DECISÃO

Processo: 0808255-89.2023.8.19.0037

Classe: TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE (12135)

AUTOR: RIOCARD TECNOLOGIA DA INFORMACAO S A

RÉU: MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO

1 - Tratam-se os autos de *“ação pelo procedimento comum com pedido de concessão de tutela de urgência”* proposta por **RIOCARD TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S/A (“RioCard TI”)** em face de **MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO**.

A inicial preenche os requisitos essenciais da inicial e não se trata de caso de improcedência liminar do pedido, tampouco hipótese que desautoriza autocomposição.

2 – Considerando que, diante dos interesse em disputa a autocomposição mostra-se inviável, **DEIXO DE DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO**.



3 – Cite-se o Município Réu para ofertar Contestação no prazo legal, sob pena de ser considerado revel e presumirem-se verdadeiras as alegações de fato formuladas pela parte autora (art. 344, CPC).

4 – Com relação ao requerimento de concessão de tutela de urgência requerida, mister fazer breves apontamentos.

Consoante se depreende dos autos, a parte Autora pretende obter a concessão da tutela de urgência para determinar a suspensão dos efeitos da Cláusula 7.4.6, do Edital de Licitação nº 157/2023 do Município de Nova Friburgo, com sessão pública marcada para o dia 14 de setembro do corrente ano, com o objetivo primordial de autorizar a empresa **RIOCARD TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S/A (“RioCard TI”)** a participar da indicada licitação.

Segundo narrado na exordial, a já citada cláusula 7.4.6 do instrumento convocatório prevê restrição indevida à participação da parte autora no indicado certame licitatório, uma vez que impede a participação de empresas integrantes de mesmo grupo econômico de operadora do sistema de transporte por ônibus.

Vejamos a indicada previsão do Edital Licitatório:

7.4 - Não poderá participar da presente licitação as empresas



29

que:

(...)

7.4.6 - Participem de sociedades empresárias operadoras do sistema de bilhetagem eletrônica e monitoramento de frota pertencentes a um grupo econômico, de fato ou de direito, assim entendidas aquelas que possuam, no todo ou em parte, identidade de sócios, dirigentes ou membros de conselho, bem como de empresas das quais estas ou seus sócios tenham participação societária ou sejam controladores que operem o sistema de transporte público (...).

Assim, convém registrar que, passo a apreciar diretamente o pedido de concessão de tutela de urgência, sem a previa oitiva do ente público municipal, em decorrência do curto prazo para realização do procedimento licitatório (14/09/2023).

Em sede de cognição sumária, com fundamento no artigo 300 do Código de Processo Civil, impõe-se, neste momento processual, a concessão da tutela antecipada requerida, conforme passa-se a fundamentar.

Impõe-se consignar, em tal diapasão, que o artigo 300 do CPC dispõe que:

"A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou



risco ao resultado útil do processo.”

No que concerne ao requisito da probabilidade do direito, como cediço, o art. 9º da Lei Federal 8.666/93 proíbe a participação de algumas pessoas em casos específicos – autor do projeto (inc. I), empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo (inc. II), servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (inc. III).

Uma vez que este rol é taxativo, não se pode concluir que exista impedimentos além desses e, portanto, qualquer proibição na participação de empresa que tenha em seu quadro societário outra empresa não se justifica.

Com efeito, o Egrégio Tribunal de Contas da União, nos autos do Acórdão nº 010.468/2008-8, se manifestou no seguinte sentido:

“Hoje, diante do texto legal, tal como se encontra redigido há mais de vinte anos, uma mesma empresa não pode apresentar duas propostas, mas nada impede que empresas distintas, embora vinculadas a um mesmo grupo econômico, apresentem diferentes propostas.

À luz do quanto foi acima exposto, pode-se afirmar, com segurança, que a simples participação, nos mesmos



procedimentos licitatórios, de duas empresas cujas ações ou cotas pertencem ao mesmo grupo de pessoas, não configura violação ao sigilo da licitação nem fraude comprometedora da competitividade do certame." (grifo nosso).

Não há na legislação vigente expressa vedação na participação de empresa com ações ou cotas pertencentes à outra empresa ou grupo em processos de licitação pública.

O que há nessa seara é a vedação da participação de empresas consorciadas (art. 33, Lei nº 8.666/93), que não se confundem com empresas de um mesmo grupo econômico.

No mesmo sentido é o entendimento pacífico nos tribunais pátrios, *in verbis*:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO LICITAÇÃO REGISTRO DE PREÇOS PREGÃO ELETRÔNICO LICITANTES EMPRESAS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO DESCLASSIFICAÇÃO ILEGALIDADE. 1. Inexiste vedação legal à participação de empresas de um mesmo grupo econômico em procedimento licitatório. Inadmissibilidade de interpretação ampliativa a normas legais restritivas de direitos dos administrados. 2. Não podem ser impedidas de participar individualmente em licitação empresas



pertencentes a um mesmo grupo econômico, presentes elementos comprobatórios de sua plena qualificação pessoal (personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira próprias), ausente prova de fraude ou conluio para frustrar o caráter competitivo do certame. Desclassificação considerada ilegal. Pedido procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido". (TJ-SP - APL: 00224835020098260053 SP 0022483-50.2009.8.26.0053, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 13/08/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 13/08/2014)

Noutro giro, como sabido, não é lícito à Administração dar interpretação ampliativa a normas legais restritivas de direitos dos administrados. A Constituição Federal apenas permite exigências indispensáveis à garantia de cumprimento das obrigações (art. 37, XXI) e a legislação específica apenas autoriza a vedação de participação de empresas consorciadas, nada tratando acerca de empresas de um mesmo grupo econômico. Ademais, há proteção constitucional ao direito de propriedade, de livre associação, de livre concorrência e de liberdade de exercício de atividade econômica.

Nesse ponto, a respeito da extensão do conceito de probabilidade do direito invocado, para fins de concessão da tutela provisória, impende transcrever a abalizada lição do mestre Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra Instituições de Direito Processual Civil, volume III, 2017, Malheiros Editores, página 857:

"A probabilidade de existência do direito à tutela, a que



tradicionalmente se atribui a denominação de fumus boni iuris, será resultante dos fatos narrados e dos documentos que os apoiam, em associação às razões jurídicas convergentes à existência do direito. Probabilidade é mais que mera possibilidade e menos que a certeza para decidir em caráter definitivo. Conceitua-se como a preponderância de elementos convergentes à aceitação de uma proposição, sobre os elementos divergentes.”

Com a presente medida, busca-se forrar a parte autora dos efeitos deletérios do denominado “*tempo-inimigo*” na célebre expressão cunhada pelo insigne mestre Cândido Rangel Dinamarco.

Quanto ao *periculum in mora*, este resulta evidente nos autos. Inútil será a prestação jurisdicional se a licitação efetivar-se sem a participação da autora, trazendo prejuízos a ambas as partes.

Neste sentido, se for acolhido, ao final, o pedido formulado pela parte autora com a consequente nulidade do processo licitatório, novo edital teria que ser lançado com eventual rompimento do contrato firmado com a empresa vencedora, gerando insegurança jurídica ao negócio, ao tempo em que impede o início da prestação do serviço.

Nesse ponto, há de se destacar que, atualmente (desde o ano de



2018), o serviço de transporte público vem sendo prestado através de liminar proferida nos autos do processo nº 0002891-43.2021.8.19.0037, sendo certo que, em recentes 06 de setembro de 2023, foi proferida nova decisão por esta Magistrada prorrogando o contrato vigente entre o Município de Nova Friburgo e a empresa Friburgo Auto Ônibus Ltda (FAOL) por mais 120 (cento e vinte) dias, com o intuito de possibilitar o término do procedimento licitatório necessário para o firmamento de novo contrato.

Nesse contexto, ainda que possível a reversibilidade fática com retorno das partes ao *status quo ante* - porquanto viável a declaração de nulidade do contrato que viesse a ser estabelecido com a empresa vencedora - deve o julgador agir com prudência sendo certo que, garantida a participação da autora, ainda que venha a ser vitoriosa no certame, se não for acolhido, ao final da instrução, o pedido, bastará a Administração Pública convocar o segundo colocado para celebração do contrato.

Noutro giro, sem adentrar na conveniência e oportunidade da atual administração pública municipal de Nova Friburgo ao incluir tal exigência no edital licitatório, certo é que permitir a participação da autora, que possui inegável expertise para prestação dos serviços licitados, no citado procedimento licitatório contribuirá para o alcance da melhor proposta, ampliando a competitividade e garantindo, dessa forma, a prevalência do interesse público.



Pelo exposto, a fim, mormente, de evitar perecimento de eventual direito da parte Autora, forte no disposto no artigo 300 do CPC, DEFIRO a tutela de urgência postulada na inicial para suspender, por ora, a cláusula 7.4.6, do Edital de Licitação nº 157/2023 do Município de Nova Friburgo, e, ainda, com isso, garantir à autora sua participação no certame. Fica valendo a presente decisão como ofício, sendo facultado à parte autora a adoção de medidas necessárias para garantir o seu cumprimento, por meio de sua apresentação ao setor respectivo da Prefeitura Municipal de Nova Friburgo.

Sem prejuízo, DETERMINO ao Município demandado seja afixado no quadro de avisos, bem como publicado nos meios oficiais de publicação da Prefeitura Municipal de Nova Friburgo, a íntegra da presente Decisão, com o intuito de possibilitar a participação de demais empresas que se enquadram na hipótese dos autos.

P.R.I. Dê-se ciência da presente ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

NOVA FRIBURGO, 11 de setembro de 2023.

BEATRIZ TORRES DE OLIVEIRA
Juiz Substituto





Processo n.: 24.221/2023

Requerente: Humberto Alvarez de Souza

Assunto: Impugnação - Edital de Licitação - Pregão Eletrônico n. 157 de 2023 - Processo Licitatório n. 5561/2023

Ao Ilmo. Sr. Subprocurador de Processos Administrativos;

I - DO RELATÓRIO

Trata-se de impugnação apresentada pelo requerente como pessoa física, não sendo possível identificar seu vínculo com eventual participante no certame, em 11/09/2023 acerca do Edital do Pregão Eletrônico n. 157 de 2023 - Processo Licitatório n. 5561/2023, que tem por objeto licitar a melhor proposta para contratação de empresa especializada para prestação de serviços de Bilhetagem Eletrônica e Monitoramento do serviço de transporte coletivo do Município de Nova Friburgo.

Inicialmente, é importante destacar que o procedimento foi recepcionado por esta assessoria jurídica em 12 de setembro de 2023, às 17hrs13min.

Em suma, o requerente alega em sua peça de impugnação, acostada às fls. 03/12, a existência de diversas irregularidades, a saber: **1)** direcionamento indireto em razão da vedação de participação no certame na forma do item 7.4 do Edital vinculado ao Pregão Eletrônico n. 157 de 2023 pontuando o art. 9º da Lei 8.666/93; **2)** ilegalidade quanto à qualificação técnica de quantitativos significativamente superiores aos previstos na jurisprudência.

A Comissão de Pregão I, em manifestação de fls. 15, acolheu a impugnação, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade, encaminhando o procedimento à Secretaria Municipal de Governo para pronunciamentos de ordem técnica, na forma do item 5.1.1 do edital.

A Secretaria Municipal de Governo, em parecer de fls. 16/25, procedeu com as análises iniciais, ofertando sua contribuição sobre o tema objeto das impugnações em comento. Ato contínuo, encaminhou os autos à esta Procuradoria-Geral para emissão de parecer jurídico sobre a legalidade dos pontos impugnados.

É o relatório.

II - DO MÉRITO

Preliminarmente, verifica-se que a impugnação apresentada em **11/09/2023** é tempestiva, em conformidade com o subitem 6.5 do edital vinculado ao Pregão mencionado e art. 24 do Decreto Federal n. 10.024/2019, tendo em vista que a realização do Pregão está agendada para **14/09/2023**.

No mérito, passa-se às seguintes considerações.

Pois bem. Conforme disposição legal, cabe ao Pregoeiro a análise e decisão das impugnações, podendo requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, além



de pronunciamentos de ordem técnica junto ao setor requisitante do objeto licitado.

Nesse sentido dispõe o art. 24 do Decreto Federal n. 10.024/2019:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento da impugnação.

Como sabido, as especificações técnicas contidas no processo licitatório, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos, escolha da modalidade licitatória, critério de julgamento e pesquisa de mercado são de inteira responsabilidade da secretaria requisitante, eis que detém o conhecimento técnico necessário para definir as exigências essenciais ao objeto licitado, bastando que esteja dentro da legalidade.

Por se tratar de matéria **estritamente técnica** referente ao objeto a ser licitado, cabe à Secretaria Municipal de Governo sua análise, que é a secretaria requisitante, considerando que a Procuradoria não possui expertise sobre a matéria, não podendo opinar sobre qualquer questão técnica referente ao objeto do certame.

Portanto, a presente manifestação se restringirá tão somente aos aspectos jurídicos impugnados, a seguir abordados.

II.I) Direcionamento indireto em razão de suposta intenção de privilegiar determinada licitante, em razão da alegada ilegalidade do disposto nos itens 7.4.6; 7.4.7 e 7.4.8 do Pregão Eletrônico n. 157/2023, pontuando o art. 9º da Lei 8.666/93

Afirma o Impugnante que a redação dos itens cujo teor traz vedação à participação no processo licitatório, fere o caráter competitivo do certame e afronta o art. 9º, da Lei n. 8.666/1993.

A Secretaria Requisitante se manifestou às fls. 17 indicando que *o art. 9º do referido ordenamento estabelece regra referente ao agente público nos certames licitatórios, não existindo a alegada vedação, posto que a regra incerta no item 7.4.6. e segs. não tem nenhuma pertinência nem tampouco conflito com o referido ordenamento.*

Confirmando o entendimento, foram apresentadas ainda diversas exemplificações doutrinárias e jurisprudenciais às fls. 17/24, razão pela qual, considera-se que a aplicação do art. 9º da Lei n. 8.666/93 tem reflexo em outra seara, não sendo caso de ilegalidade como alegou o Impugnante.

No mais, indica que a vedação apresentada nos itens em questão, *representa mecanismo para mitigar os efeitos nefastos do conflito de interesses representado pela eventual participação em*



licitação de parte diretamente relacionada aos operadores do transporte coletivo.

Afirma, ainda, que resta evidente necessidade peremptória de afastar qualquer ato ilegal, sem sequer olvidar que a vedação não tem a pretensão de alijar do certame os interessados, contudo, pretende sim alijar os conflitos de interesses dos atos que posteriormente serão praticados pelas empresas que atuem no ramo de bilhetagem eletrônica e ao mesmo tempo tenham relação societária/comercial com as empresas operadoras do transporte e vice-versa, com arrimo nos princípios da eficiência, da moralidade e transparência.

Alega que a legítima pretensão do Município ao incluir a impugnada vedação no Edital já foi objeto de discussão no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quando da realização da licitação de empresa de bilhetagem eletrônica na cidade do Rio de Janeiro, onde a impugnante era a empresa Riocard, que obteve liminar do M.M. Juízo da 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital (Processo n.º 0265827-34.2021.8.19.0001) suspendendo a tramitação do certame, cuja decisão foi revertida pela 13ª Câmara Cível do TJRJ ao analisar o Agravo de Instrumento apresentado pelo Município, que concedeu efeito suspensivo da liminar deferida.

Não obstante, informa que sobreveio decisão liminar para que o item 7.4.6 e subitens e subitens 7.4.7 e 7.4.8 sejam suspensos, anexando a decisão da 3ª Vara Cível da Comarca de Nova Friburgo em favor da Riocard Tecnologia da Informação S/A às fls. fls. 33/41.

Por fim, conclui que não há ilegalidade na vedação inserida nos itens 7.4.6 a 7.4.8, bem como que *“com fundamento nos princípios que norteiam a Administração Pública, refutar conflito de interesse entre aqueles que operam SBE e/ou o transporte público é fundamental para lisura da licitação e posteriormente a eficiência e a transparência da prestação de serviço do bilhetagem - Pregão 157/23 e a prestação de serviço de transporte público que será outorgada através de concessão”*.

Com efeito, questão de idêntico teor foi apreciada pela 13ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos do Processo n. 0265827-34.2021.8.19.0001, em que o Município do Rio de Janeiro interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão que concedeu a tutela de urgência à empresa Riocard Tecnologia da Informação S.A. para afastar a proibição da cláusula 11.3.1 do Edital da Concorrência CO SMTR n.º 001/2021 e autorizar sua participação no referido processo licitatório.

Na r. decisão, o Relator concedeu o efeito suspensivo ao agravo, com os seguintes fundamentos:

Como se vê, não há qualquer limitação à instituição de vedações que objetivem impedir a participação de determinados entes que acarretariam a desigualdade entre os licitantes.

Note-se que o rol do art. 9º da Lei 8.666/93 não é exaustivo, tendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça considerado o elastecimento de sua interpretação, quanto à regra do Inciso III. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIDOR INTEGRANTE DA ENTIDADE CONTRATANTE. PARTICIPAÇÃO NO CERTAME COMO



RESPONSÁVEL TÉCNICO. VEDAÇÃO LEGAL. CESSÃO. PROIBIÇÃO. MANUTENÇÃO. 1. O Plenário do STJ

decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Segundo o art. 9º, III, da Lei n. 8.666/1993, não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários "servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pelo certame." 3. Tal vedação visa assegurar a garantia de tratamento isonômico entre os licitantes, permitindo-lhes participar da disputa em igualdade de condições. 4. Caso em que, a despeito de expressa vedação no edital, a Corte de origem assegurou a participação de empresa, ora recorrida, em licitação, da qual fora excluída por possuir em seu quadro de funcionários, como responsável técnica, servidora do Município responsável pela instauração do certame, haja vista achar-se cedida. 5. A cessão do servidor municipal para atuar em órgão federal não tem o condão afastar aquela regra proibitiva, pois a cessão conserva o vínculo do servidor com o órgão cedente, cuja natureza definitiva é mantida, havendo apenas o desdobramento da lotação e do exercício do servidor. 6. Em situação similar, este Tribunal já entendeu que "O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença" (REsp 1607715/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 20/04/2017). 7. A Corte de Contas, tal como a doutrina especializada, tem feito uma interpretação sistemática e analógica do art. 9º, III e §§ 3º e 4º da Lei de Licitações para "elastecer a hipótese de vedação da participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador de serviço". 8. A vinculação da servidora com Secretaria Municipal diversa daquela que deflagrou a disputa não esvazia o vínculo funcional apto a, em tese, restringir o caráter competitivo da disputa. 9. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (REsp 1629541/MA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020).

Ora, se é possível elastecer a hipótese do Inciso III do art. 9 da Lei 8666/93, para proibir a participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador de serviço, obviamente garantindo a igualdade entre os licitantes e com isso restringindo o caráter competitivo da disputa, com a mesma razão afigura-se viável proibir a participação de empresas associadas e entidades ligadas ao setor de transporte, relativamente ao serviço de bilhetagem eletrônica, ante a evidente possibilidade de obtenção de informações privilegiadas, em prejuízo aos demais licitantes, como ocorreu.

Ora, ao vedar a participação de sociedades empresárias operadoras dos serviços urbanos de transporte coletivo e suas subsidiárias, além de confederações, federações, sindicatos e associações ligadas ao referido ramo (prestador de serviço de transporte), o Município não vedou apenas a participação da recorrida, mas de todas as empresas e entidades que se enquadrassem em referido conceito. Assim, não se verifica uma vedação em particular, mas abstrata, apontando a direção que a Administração pretende seguir a partir do referido Certame.



[...]

Portanto, a inexistência de previsão expressa no art. 9º da Lei 8666/93, quanto à vedação elencada no certame, não a torna ilegal.

Sequer vislumbra-se ofensa a princípios constitucionais, já que, ao estabelecer a vedação em testilha, a Municipalidade aponta, de maneira abstrata e sem atingir especificamente a esfera de interesse de uma ou outra empresa, a necessidade de se conferir maior transparência e eficiência ao serviço, em benefício dos usuários e do interesse público. Sendo os princípios ponderáveis, e não excludentes, conclui-se pela prevalência do interesse público no caso concreto. (grifos no original).

Nos mesmos autos, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro também interpôs agravo contra a decisão decisória interlocutória prolatada pelo Juízo da 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, em Ação de Obrigação de Fazer deflagrada por Riocard Tecnologia da Informação S/A em face do Município do Rio de Janeiro, trazendo argumentos sólidos a fim de afastar a participação da empresa:

“Mas onde está o conflito de interesses a ser afastado?”

A resposta é clara e salta aos olhos: as concessionárias que devem ser monitoradas através de dados extraídos do sistema de bilhetagem não podem ser as mesmas a gerenciá-lo. É, no dizer popular, “deixar a raposa tomar conta do galinheiro”.

Como já foi dito e redito, a FETRANSPOR é composta pelas concessionárias que atuam no transporte municipal. Por sua vez, ela também é a principal controladora da Riopar, subsidiária controladora da agravada, empresa responsável pelo sistema de bilhetagem.

Conforme apontado acima, um dos objetivos primordiais da concessão do serviço de bilhetagem eletrônica consiste na instituição de mecanismos transparentes e eficientes para o monitoramento do serviço de transporte público coletivo, seja no que diz respeito ao serviço prestado (p.ex., volume da frota de ônibus em operação) quanto à arrecadação tarifária (p.ex., quantidade de passageiros embarcados em cada linha). As informações colhidas através do sistema de bilhetagem eletrônica constituem fatores determinantes para a revisão das tarifas cobradas pelas operadoras de transporte, que tem sido inviabilizada em razão da ausência de transparência e confiabilidade das informações prestadas pela FETRANSPOR (a denominada “caixa-preta”).

O conflito de interesses se coloca, portanto, em cenários nos quais os incentivos econômicos da concessionária de um serviço estejam desalinhados com os interesses do Poder Concedente, ou seja: quanto o inadimplemento dos deveres assumidos pelo concessionário puder lhe ser economicamente mais vantajoso do que o fiel cumprimento das obrigações assumidas perante o Poder Concedente.

Especificamente no caso em tela, conceder a uma empresa controlada pelos



*próprios operadores do sistema de transporte a função de monitorar os serviços prestados e a arrecadação auferida por esses mesmos operadores gera um **incentivo econômico para a ocultação ou manipulação de informações** que sejam potencialmente desvantajosas para as empresas de ônibus (p.ex., que permitissem a revisão tarifária em termos mais favoráveis para os usuários). Fulminar-se-ia, assim, um dos objetivos primordiais da licitação de bilhetagem eletrônica, no que diz respeito aos ganhos de transparência e confiabilidade no monitoramento e fiscalização do serviço de transporte público.*

Dado que o princípio da isonomia consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”, nos termos do art. 5º da Constituição Federal, resta claro que as empresas cujos controladores pudessem obter vantagens econômicas ocultando ou manipulando informações relevantes para o Município se encontram em situação inteiramente distinta das empresas que não possuem os mesmos incentivos perversos (ou seja, que não se encontram em situação de conflito de interesses), a justificar o seu tratamento diferenciado no edital de licitação, em conformidade com o art. 37, XXI da Constituição Federal e ao art. 3º da Lei n. 8666/93.

Como se vê, não seria a cláusula editalícia impugnada que atenta contra os princípios da isonomia, legalidade, moralidade, eficiência e competitividade do certame, previstos no art. 37 da Constituição Federal, mas sim a manutenção do atual status quo, em que o Poder Concedente se encontra à mercê das próprias operadoras de transporte, e privado de mecanismos para aferir a veracidade das informações que lhe são repassadas. (grifos no original).

De fato, como muito bem elucidado pelo *Parquet*, conceder a uma empresa controlada pelos próprios operadores do sistema de transporte a função de monitorar os serviços prestados e a arrecadação auferida por esses mesmos operadores gera um incentivo econômico para a ocultação ou manipulação de informações que sejam potencialmente desvantajosas para as empresas de ônibus

Portanto, no entender desta pasta jurídica, não assiste razão ao impugnante, devendo ser mantido o Edital em seus termos originais.

Alerte-se, todavia, que deve ser observada a decisão exarada pela 3ª Vara Cível da Comarca de Nova Friburgo em favor da Riocard Tecnologia da Informação S/A, que concedeu a tutela de urgência para suspender o item 7.4.6 e subitens 7.4.7 e 7.4.8 e permitir a sua participação no Pregão Eletrônico n. 157/2023, anexada às fls. 26/35, assim a decisão deverá ser observada até que sobrevenha decisão diversa.

II.II) Ilegalidade quanto à qualificação técnica de quantitativos significativamente superiores aos previstos na jurisprudência

Sobre a alegação de suposta exigência técnica abusiva, em manifestação da Secretaria Requerente, às fls. 24, verifica-se contradição no conteúdo da Impugnação, conforme se depreende a seguir.

A Lei de Licitações autoriza a Administração a exigir a comprovação da capacitação técnico-operacional, nos termos de seu art. 30, inc. II, e a comprovação da capacitação técnico-profissional, de acordo com seu art. 30, § 1º, inc. I.



No primeiro caso (capacitação técnico-operacional), a experiência a ser verificada é a da empresa licitante, devendo comprovar, enquanto organização empresarial, sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

O TCU reconheceu, por meio da publicação da Súmula n. 263¹, que:

“Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

Quanto à capacitação técnico-profissional, o foco da exigência é a demonstração da experiência do profissional indicado pelo licitante para atuar como seu responsável técnico. Considerando o teor do art. 30, § 1º, inc. I. em sua literalidade, a compreensão seria pela impossibilidade de a Administração estabelecer quantitativos mínimos para fins de aferição e comprovação da qualificação técnica profissional. Contudo, essa conclusão baseada na simples literalidade da Lei n. 8.666/93 vem sendo relativizada pelo Tribunal de Contas da União.

No Acórdão n. 3.070/2013 – Plenário, essa questão foi objeto de análise, tendo sido fixada a seguinte tese:

“Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação”.

Na forma do voto do Relator, “(...) a respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraindo-lhe sua verdadeira mens legis e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto (...)”.

Do voto proferido no referido Acórdão n. 3.070/2013, ainda se extrai a seguinte passagem fazendo remissão à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

72. O grupo de estudos fez constar de seu relatório

¹ https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/sumula/*/NUMERO%253A263/sinonimos%253Dtrue



entendimento do STJ nessa mesma linha (REsp 466.286/SP, Relator Ministro João Otávio Noronha, Segunda Turma, DJ de 20/10/2003):

‘a melhor inteligência da norma insita no art. 30, § 1º, inc. I (parte final) da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis’.

Em alinhamento a esse entendimento, concluiu o TCU que a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo é a que permite a exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos relativamente à comprovação de qualificação técnico-profissional, advertindo que cumpre ao administrador, diante de cada caso, examinar a natureza do objeto a ser contratado e avaliar se a fixação dessa condição se mostra necessária para aferição da qualificação técnico-profissional.

No Acórdão 3356/2015 – Plenário, relatado pelo Ministro André Luís de Carvalho, o Tribunal entendeu que exigências relativas ao tempo de formação acadêmica e de experiência profissional somente são aceitáveis como requisito de habilitação em licitações se acompanhadas de justificativa expressa, no instrumento convocatório, que demonstre a imprescindibilidade de tais condições à execução do objeto.

No Acórdão n. 534/2016 – Plenário, o Tribunal de Contas da União voltou a decidir ser lícito à Administração exigir quantitativos para comprovação da capacidade técnico-profissional, inclusive em nível superior aos quantitativos exigidos para a demonstração da capacidade técnico-operacional, sob a justificativa de que “(...) *embora a experiência da empresa, sua capacidade gerencial e seus equipamentos sejam* fatores relevantes, profissionais qualificados são determinantes para o desempenho da contratada”.

Ainda do referido Acórdão, extrai-se do voto da Min. Relatora que não há “(...) *problemas em exigir do profissional mais do que se exigiu da firma, consoante apontado pela unidade técnica. A experiência da empresa na execução de obra é importante, mas não determinante. Sem profissional qualificado, a contratada não tem o mesmo desempenho, mesmo que tenha capacidade gerencial e equipamentos*”, concluindo, assim, que “(...) *é compatível com o interesse público contratar empresas e profissionais com experiência comprovada na execução da obra que se irá executar. A questão não é a exigência da comprovação de experiência anterior, mas a razoabilidade dos parâmetros estipulados*”.

Portanto, embora a jurisprudência do TCU não seja pacífica sobre o tema, entende-se possível exigir quantitativos mínimos para fins de qualificação técnica profissional, **cumprindo à Administração apresentar motivação capaz de evidenciar que essa exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame**, o que foi confirmado pela própria Secretaria Requisitante no item 04 do Edital aqui descrito conforme fls. 24/25.

III - DA CONCLUSÃO



Em face do exposto, **opina-se pela remessa dos autos à Secretaria Municipal de Governo para ciência** e após pela remessa dos autos à Comissão de Pregão I para ciência e decisão de sua competência, na forma do art. 24 do Decreto Municipal n. 599/2020 e art. 24 do Decreto Federal n. 10.024/2019.

Ressalta-se que o opinamento desta Procuradoria Geral, órgão com atribuição de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Municipal, na forma do art. 206, da Lei Orgânica do Município de Nova Friburgo, Lei Municipal n. 4.637/18, restringe-se apenas à análise das questões jurídicas relacionadas à legalidade, à medida em que a análise de questões de ordem técnica ou decisões inerentes à discricionariedade do administrador público, incumbe, exclusivamente, à área técnica e à secretaria requisitante, com fiscalização pelo órgão de controle interno.

É o parecer, meramente opinativo e não vinculativo, que se submete à consideração superior, *sub censura*, podendo ser acolhido ou rejeitado liminarmente.

Nova Friburgo, 13 de setembro de 2023.

Carlos Eduardo V. N. da Veiga
Subprocurador de Processos
Administrativos
Matricula 63347

Ciente
A Comissão de Pregão
NF, 13/19/23



Rodrigo Lima Carvalho
Subsecretário de
Serviços Concedidos
Mat.: 62.771

**MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO**

Prefeitura Municipal de Nova Friburgo

Nova Friburgo - RJ

NR: 24221/23
6 FLS: 2**Relatório de Histórico de Andamento de Atividades****PROTOCOLO**

Identificador: fb28eb71-f362-49df-b596-e98fb1e32b30

Protocolo: Processo Requerimento Nº 024221/2023

Data: 11/09/2023 14:44:16

Origem: HUMBERTO ALVAREZ DE SOUZA

*** contatos indisponíveis ***

Contato: HUMBERTO ALVAREZ DE SOUZA

*** contatos indisponíveis ***

Protocolador: MATEUS DE CASTRO

Assunto: IMPUGNAÇÃO - LICITAÇÃO

Detalhamento: IMPUGNAÇÃO

HISTÓRICO DAS ATIVIDADES

por ordem das atividades mais recentes

[versão completa](#)

Nº	Origem	Destino	Movimentação	Situação
1	Prefeitura Municipal de Nova Friburgo MATEUS DE CASTRO 11/09/2023 14:44:30	APOIO A COMISSAO DE PREGAO	Segue protocolo para as devidas providências.	Enviada

Gerado por: mateusprotocolo@hotmail.com

Página 1 de 1

11/09/2023 14:44

Ao
Ilustríssimo Senhor
Pregoeiro
Prefeitura Municipal de Nova Friburgo
Secretaria de Governo
Nova Friburgo - RJ

Referente ao Pregão Eletrônico 157/2023

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

HUMBERTO ALVAREZ DE SOUZA, brasileiro, casado, advogado, regularmente inscrito na OAB-RJ sob o nº 119.625, portador do CPF/MF sob o nº 028.838.887-95, residente e domiciliado na rua Manoel Ilariano Ferreira Rodrigues, nº 42, Olaria, Nova Friburgo, RJ, endereço eletrônico h.alvarez@adv.oabrj.org.br vem apresentar impugnação do Pregão em epígrafe a fim de corrigir vícios contidos no ato convocatório que comprometem a competitividade e legalidade do procedimento licitatório em tela, amparada no disposto na Lei n. 8.666/21, conforme entendimento pacífico de que:

"Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto pretendido para um determinado processo de licitação." - conforme entendimento do TCU no Acórdão 641/2004 – Plenário."

A presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório, exigências relativas a impedimento de participar e qualificação técnica feitas em extrapolação ao disposto na jurisprudência e no estatuto que disciplina as licitações, com intuito inclusive,

de evitar que ocorra restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores, obstando a BUSCA DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA, senão vejamos:

PREÂMBULO – EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A bem da verdade, esta empresa atuante no mercado cuja atividade é compatível com o objeto da presente licitação não poderia permitir que esse órgão público continue a cometer verdadeiras ilegalidades neste processo licitatório, cujo edital já foi objeto de contestação, seja por meio de proibir a participação direta das empresas em decorrência de sua composição societária ou ainda, inserindo exigências de qualificação técnica em atestados com exigência de comprovação de quantitativos superiores a 50%.

Sendo assim, este impugnante, no exercício do legítimo interesse público vem por meio desta oferecer a presente impugnação, ao passo que no presente certame traz consigo cláusulas que comprometem a objetiva apresentação da proposta, servindo como instrumento de restrição indevida à disputa, ficando a Administração inviabilizada de analisar uma oferta extremamente vantajosa em sua técnica e preço, impossibilitando até mesmo que empresas mais capacitadas para esta contratação possam ser selecionadas.

Com efeito, o exame acurado do edital revela estas situações que merecem urgente reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois cria óbice à própria realização da disputa, limitando o leque da licitação com inclusão de cláusulas destinadas a retirar determinadas empresas deste processo, correspondendo em um verdadeiro e claro DIRECIONAMENTO INDIRETO no objeto licitado, através da falta de isonomia, contrariando todo dispositivo legal em total dissonância com os princípios basilares da administração pública.

Torna-se, assim, necessário impedir a perpetuação desta ilegalidade, impende também salientar à queima-roupa que as matérias objeto da presente impugnação são questões pacificadas no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Sob esse enfoque, oportuno destacar que o direcionamento em certames licitatórios (direta ou indiretamente) é assunto diuturnamente tratado pelo Tribunal de Contas da União, que



em sua função maior de fiscalizador da atividade administrativa, já decidiu reiteradas vezes a respeito do assunto. Nesse sentido, vale trazer à baila um de seus julgados sobre a matéria, in verbis:

"(...) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o fumus boni iuris nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento à empresa Politec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 (oito milhões, seiscentos e setenta mil reais)." (Decisão 819/2000 – Plenário)

Assim, os fundamentos jurídicos que serão aqui expendidos são fonte de valia universal perante a sociedade brasileira, operadores do direito, e PRINCIPALMENTE AGENTES PÚBLICOS, pois constituem proteção ao sagrado interesse público maior – razão esta suficiente a proclamar a retificação do edital no tocante às exigências que extrapolam os comandos legais, como será demonstrado a seguir:

DOS MOTIVOS AO REFAZIMENTO DO EDITAL

O exame acurado do edital revela que, não obstante o órgão licitante tenha se apoiado em premissas de utilizadas em outros processos licitatórios similares, existem divergências nas disposições relativas aos impedimentos existentes para a participação na licitação que não estão previstos na legislação, denotando a intenção direta de privilegiar determinada licitante que detenha conhecimento de informações privilegiadas e que esteja, s.m.j, auxiliando a inserção destas informações no instrumento convocatório sejam privilegiadas em detrimento das demais.

E aqui caberá ainda apontar que os itens 7.4.6 a 7.4.8 possuem demasiada distinção que impedem empresas licitantes de participarem sem que haja o devido amparo da legislação, existindo ainda a incerteza, diante da inexistência no edital, dos fundamentos jurídicos quanto à possibilidade de tal conduta, correspondendo a um vício grave à legalidade do processo. Com base em tais fatos, inexistindo estas proibições na legislação, especificamente no art. 9º da Lei n. 8666/93, cabe então a esta empresa impugnar o edital para coibir a adoção de situações contrárias à lei e aos princípios administração pública, requisitos essenciais para um gestor público.

Desta feita, mesmo que se queira argumentar que "não estar direcionado" pelo fato de não estar estarem expressamente indicadas as informações, incorre em grave falta quanto princípio da isonomia, princípio basilar no ordenamento jurídico que rege os processos administrativos e licitatórios, tendo em vista que impedir a licitante de participar em virtude de sua configuração societária visa direcionar a licitação a determinados licitantes. Portanto, deve-se considerar que o processo esteja direcionado, de maneira indireta, ferindo a isonomia e a impessoalidade do certame.

Segue trechos do edital:

7.4.6 - Participem de sociedades empresárias operadoras do sistema de bilhetagem eletrônica e monitoramento de frota pertencentes a um grupo econômico,

de fato ou de direito, assim entendidas aquelas que possuam, no todo ou em parte, identidade de sócios, dirigentes ou membros de conselho, bem como de empresas das quais estas ou seus sócios tenham participação societária ou sejam controladores que operem o sistema de transporte público;

7.4.7 - De confederações, federações, sindicatos ou entidades e associações representativas de qualquer espécie que congreguem membros referidos no item 7.4.6;

7.4.8 - De novas empresas constituídas ou novos arranjos societários de qualquer espécie cujos sócios ou integrantes sob qualquer título se enquadrem no item 7.4.6;

Ora senhores, TCU tem proposto cautelares, tomada de contas especiais, com muito menos irregularidades das quais estamos observando no referido Edital.

É primordial que vossa senhoria submeta estas situações de tal licitação para as autoridades responsáveis pela referida contratação, pois é de suma importância para a sociedade e principalmente para a Prefeitura conhecer atuar em conformidade com disposições contidas pela jurisprudência.

Pois, ao tentar incluir exigência subjetiva, tendo em vista não existir previsão legal, há ofensa direta ao princípio da legalidade, impedindo-se que as empresas licitantes aptas a executar o objeto licitatório ofertem suas propostas. Com esta postura, esta administração impede a isonomia a todo mercado fornecedor, principalmente se esta decisão (de direcionamento indireto) não esteja devidamente justificada em seu estudo técnico preliminar, seu projeto básico, enfim, em um estudo aprofundado e fundamentado em

ampla pesquisa de preços com uma efetiva comparação com alternativas existentes no mercado.

Podemos verificar no mercado a existência de inúmeras empresas que possuem capacidade para executar o serviço objeto da presente licitação, todavia não se pode permitir que informações cruciais sejam ocultadas do projeto, ou seja, não há no processo qualquer fundamentação para a inclusão destas exigências.

Há a evidente falta de planejamento desta licitação, pois estas informações não estavam presentes na primeira versão publicada deste edital, demonstrando-se então que foram incluídas com o intuito de inviabilizar efetiva participação desta empresa impugnante, restringindo a competição e não atendendo ao interesse público. Deve a Administração cumprir com o seu poder dever de licitar sem direcionamentos, e cumprindo com os princípios fundamentais da Lei de Licitações, que o princípio da impessoalidade.

Ademais, os impedimentos à participação em licitações estão pautados apenas nos limites previstos no art. 9º da Lei n. 8666/93, vejamos:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

Medida que, s.m.j, os nobres elaboradores deste Edital não se desincumbiram de demonstrar o atendimento aos requisitos impostos pela jurisprudência do próprio tribunal, o que acarretará uma contratação antieconômica e ilegal, pois esta restrição sem justificativa ocasionará a redução da disputa e consequente elevação dos preços praticados.

Além disso, surge outro questionamento, qual seria a importância de se considerar, de forma específica, a comprovação de atestados na qualificação técnica de quantitativos significativamente superiores aos previstos na jurisprudência?

Como amplamente será demonstrado o edital contém exigências técnicas abusivas, sendo que muitas delas, pelas suas características, se mantidas, impedem a participação de empresas de renome mercado de forma irregular.

Deve-se lembrar ao gestor público, que ele está sujeito à legislação e decisões prolatadas por intermédio de acórdãos e resoluções dos órgãos maiores de controle, visto estar utilizando recursos públicos para a contratação. Ressalte-se que tais órgãos foram dotados de competência para avaliar os atos praticados em toda a sua extensão, com possibilidade de questionar a decisão sob o aspecto da eficiência, da economicidade, da legalidade e da legitimidade.

As exigências abaixo descritas comprometem a ampliação da disputa e por consequência a seleção da proposta mais vantajosa. Reza a Constituição Federal, de forma peremptória, em seu artigo 37, inciso XXI:

"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".

O trecho do edital que se contesta a qualificação é o seguinte:

e) Comprovar qualificação técnica do licitante, ou, no caso de CONSÓRCIO, de pelo menos um membro do CONSÓRCIO, com experiência no monitoramento de frota e controle de quilometragem rodada em sistema com, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) veículos.

Esta licitação tem no seu objeto a previsão de custos de monitoramento de 138 veículos, tornando-se importante argumentar que seria possível exigir a comprovação de monitoramento de quantitativo máximo de 69 veículos que corresponde a 50% da quantidade contratada conforme jurisprudência do Tribunal de Contas de União: "Acórdão 2924/2019: Plenário, relator: Benjamim Zymler, É irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório.

Conforme esclarece o autor Marçal Justen Filho, a Lei nº 8.666/93 buscou "evitar que as exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica se constituam em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. (...) A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas."

Não há no edital qualquer fundamentação para a exigência de comprovação de quantitativo superior a 50%, correspondendo esta exigência como medida desarrazoada que não pode ser legitimada com a permanência do edital da forma como se apresenta, sob o argumento de que a Administração necessita de segurança maior do que a efetivamente necessária à execução do objeto a ser contratado. Esta situação caracteriza ofensa ao texto constitucional, que autoriza apenas o mínimo de exigências, sempre alicerçadas em critérios razoáveis. Conforme citado acima, o amplo espectro da ação do controle pelos Tribunais de Conta, extrapola o até então inquestionável mérito do ato administrativo, para

verificar não só a sua conformidade com o interesse público, mas também quanto a ser a prática a melhor forma de satisfazê-lo ou não.

Nesse mesmo diapasão, encontramos mais uma vez a manifestação de Marçal Justen Filho:

"(...) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição. Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnico- operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer." (in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", dialética, 7ª edição, p. 337).

Aliás, os Tribunais de Contas têm jurisprudência uníssona no sentido de que as exigências do edital devem estar voltadas à seleção da proposta mais vantajosa, sem, no entanto, restringir injustificadamente a competitividade:

"o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame.

Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação

em licitações, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis.

Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos."

TCU - AC-0423- 11/07-P Sessão: 21/03/07 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO - <https://contas.tcu.gov.br>, acesso em 01 março de 2010.

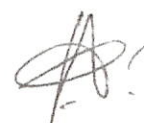
Resta evidente que o Edital merece revisão a fim de se evitar a restrição ao caráter competitivo no caso em tela, com a exclusão dos impedimentos a participação de empresas desprovidos de qualquer legalidade e fundamentos de fato e de direito. Deve ainda ser corrigido o quantitativo de veículos previsto para monitoramento, através de um claro e evidente quantitativo correto e, caso se opte por manter esta quantidade, incluir no processo os fundamentos técnicos necessários. Caso não opte por fazer estas alterações, e o pior, manter, um EDITAL DIRECIONADO e VICIADO poderá estar servindo a fins escusos do mercado.

Ademais, resta evidente e flagrante a desconformidade do mesmo para com as recentes decisões deste próprio tribunal, pois o TCU nos seus últimos acórdãos tem cristalizado a necessidade de tal observância, e caso este órgão não realize a imediata suspensão do Edital para a realização de ajustes cometerá grande irregularidade.

CONCLUSÃO

Conforme explicitado, os elementos técnicos e jurídicos que fundamentam a presente peça têm a musculatura necessária para direcionar esta r. autoridade retome da lisura do processo, com o restabelecimento da isonomia, suspendendo a licitação para ajustes no edital, escoimando o processo destas irregularidades.


Assim, cabe à Administração ir de encontro das determinações da jurisprudência do Tribunal de Contas, que detém determinado feixe de competências e atribuições para examinar todos os editais lançados pela Administração, inclusive da vossa própria casa.



Desta forma, impõe que, antes de realizado o referido certame, o Pregoeiro suspenda esta licitação e submeta o referido edital a equipe técnica para excluir este requisito, evitando-se a interposição de representação junto ao Tribunal de Contas do Estado – TCE-RJ.

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 2023.

Atenciosamente,


HUMBERTO ALVAREZ DE SOUZA
CPF/MF: 028.838.887-95

TEM FÉ PÚBLICA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL 03567435

USO OBRIGATÓRIO
IDENTIDADE CIVIL PARA TODOS OS FINS LEGAIS
(Art. 13 da Lei nº 8.900/94)



ASSINATURA DO PORTADOR

Romário M. de Souza

OBSERVAÇÕES



Processo Nº: 24221/23
Rubrica: h Ps 13

**ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL**
CONSELHO SECCIONAL DO RIO DE JANEIRO
IDENTIDADE DE ADVOGADO

INSCRIÇÃO
119625

NOME
HUMBERTO ALVAREZ DE SOUZA

FILIAÇÃO
**HUMBERTO DE SOUZA
MARINA ALVAREZ DE SOUZA**

NATURALIDADE
NOVA FRIBURGO-RJ

DATA DE NASCIMENTO
12/07/1974

RG
094528577 - JFP

CPF
028.838.887-95

DOADOR DE ORGAOS E TECIDOS
NÃO

VIA
02

EXPEDIDO EM
14/10/2015


FELIPE DE SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETSKY
PRESIDENTE

Processo Nº: **24.221/23**
Rubrica **B** P: **14**

Comissão de Pregão I

Nova Friburgo, 12 de setembro de 2023.

À Secretaria Municipal de Governo

Assunto: **Impugnação Pregão Eletrônico nº 157/2023**

Encaminho o presente processo, na forma que dispõe o **item 5.1.1 do edital**, com as razões da impugnante para pronunciamento de ordem técnica junto ao setor requisitante do objeto licitado, conforme Processo Administrativo Apenso nº 05.561/2023, pois este pregoeiro não possui a expertise para tal.

Atenciosamente,



LEONARDO GABRIG PEIXOTO
Pregoeiro – Comissão de Pregão I



Prefeitura Municipal de Nova Friburgo
Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Governo

PROCESSO Nº _____
DATA AUTUAÇÃO: ____ / ____ / ____
Fls Nº _____ Rubrica _____

Processo: 24.221/23
Requerente: Humberto Alvarez de Souza
Assunto: impugnação

16

À Procuradoria-Geral;

O novo edital de licitação correlato ao Pregão Eletrônico 157/23 - "Bilhetagem Eletrônica", foi publicizado na forma e no prazo legal, decorrente da análise dos pedidos de esclarecimentos e impugnações ofertadas naquela oportunidade, sendo cogente afirmar que fora interposta em desfavor do edital impugnação da empresa requerente.

Neste sentido, em virtude da prestação de serviço contratualizada perante a Fundação Copptec – com interveniência do programa de engenharia da Coppe/UFRJ, a referida impugnação foi discutida com a contratada, porém cingindo-se as impugnações as questões de ordem jurídica, as mesmas foram analisadas à luz das questões jurídico/legais, para a submissão a esta especializada jurídica para manifestação final.

A peça de impugnação do Sr Humberto está alicerçada em dois fundamentos a saber: suposta intenção de privilegiar determinada licitante, contudo, sem apontar qual a empresa seria a favorecida... numa clara acusação de disponibilização de informações privilegiadas à determinada empresa... Noutro ponto, afirma que o Poder Público realiza exigência descabida ao passo que estabelece o critério de avaliação da capacidade técnica das licitantes.

Destarte, ainda que referida acusação infundada mereça análise na seara criminal, onde o acusador deverá apresentar denúncia formal da prática de crime, bem como as provas que entender pertinentes para corroborar sua versão dos fatos, cabe consignar que em caso de não restar provada as infundadas ilações, sofrerá as consequências de seus irresponsáveis atos.

Ademais, antes de adentrarmos à análise do mérito da presente impugnação, necessário consignar que o impugnante não consegue estabelecer quem de fato está impugnando o presente edital.

Tal dúvida surge no fato de que se apresente na qualidade de pessoa física como impugnante, todavia, no corpo do texto em diversas oportunidades argumenta como se empresa fosse. Sem inclusive identificar de qual empresa está se referindo.

Muito provavelmente este fato está inserido no contexto de que é empregado da concessionária Nova Faol, empresa que detém o domínio do serviço de transporte público municipal há mais de 40 anos, e em razão disto conundi-se sobre a personalidade de quem de fato está impugnando.

DOS FUNDAMENTOS

Impugnação ao item 7.4.6 do Edital nº 157/23

Alega o Impugnante/Empresa *"que os itens 7.4.6 e 7.4.8 possuem demasiada distinção que impedem empresas licitantes de participarem sem que haja o devido amparo na legislação"*. Alegam que tais itens do edital afrontariam especificamente o art. 9º da Lei 8.666/93.



Prefeitura Municipal de Nova Friburgo
Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Governo

PROCESSO Nº _____
DATA AUTUAÇÃO: ____ / ____ / ____
Fls Nº _____ Rubrica _____

Destarte, quanto a suposta ilegalidade em dissonância com o artigo 9º da Lei 8.666/93, necessário pontuar que o referido artigo estabelece regra referente ao agente público nos certames licitatórios, portanto, com o devido acatamento o Município não afrontou legislação licitatória ao incluir a vedação ora discutida, posto que a regra incerta no item 7.4.6. e segs. não tem nenhuma pertinência nem tampouco conflito com o artigo 9º da Lei 8.666/93.

Com o desiderato de demonstrar que a norma do artigo 9º em nada se amolda ao que pretende o Impugnante/Empresa ver deferido, qual seja, a ilegalidade do ato, veja o que fora preconizado no Acórdão 607/2011-Plenário do TCU:

“mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações ..., vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas...”

Em artigo do blog da Zênite restou claramente definido qual é a verdadeira razão da vedação do art. 9º, em especial no Inciso III da Lei 8666/93:

A finalidade da norma é impedir que o sujeito se beneficie da posição que ocupa na Administração Pública para obter informações privilegiadas em detrimento dos demais interessados no certame, interferindo de modo negativo na lisura do procedimento. A Lei pretende, mediante tal vedação, resguardar os princípios da moralidade e da igualdade previstos no seu art. 3º, fundamentais para a regularidade do procedimento licitatório. (https://zenite.blog.br/?gclid=Cj0KCQjwmlICoBhDxARIsABXkXIL-qf0uIkp5ARCKv_zdFLO3PHXwCxN8xF2G7lyDTV2pHAKKjtMGrHYaAtDHEALw_wcB&doing_wp_cron=1694526183.6901860237121582031250)

Da mesma forma o Acórdão 1941/2013-Plenário do TCU:

“a despeito de não haver, na Lei nº 8.666/1993, vedação expressa de contratação, pela Administração, de empresas pertencentes a parentes de gestores públicos envolvidos no processo, a jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de considerar que há um evidente e indesejado conflito de interesses e que há violação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.”

O Tribunal de Conta do Estado de São Paulo analisando o artigo 9º da Lei 8.666/93 assim se posicionou:

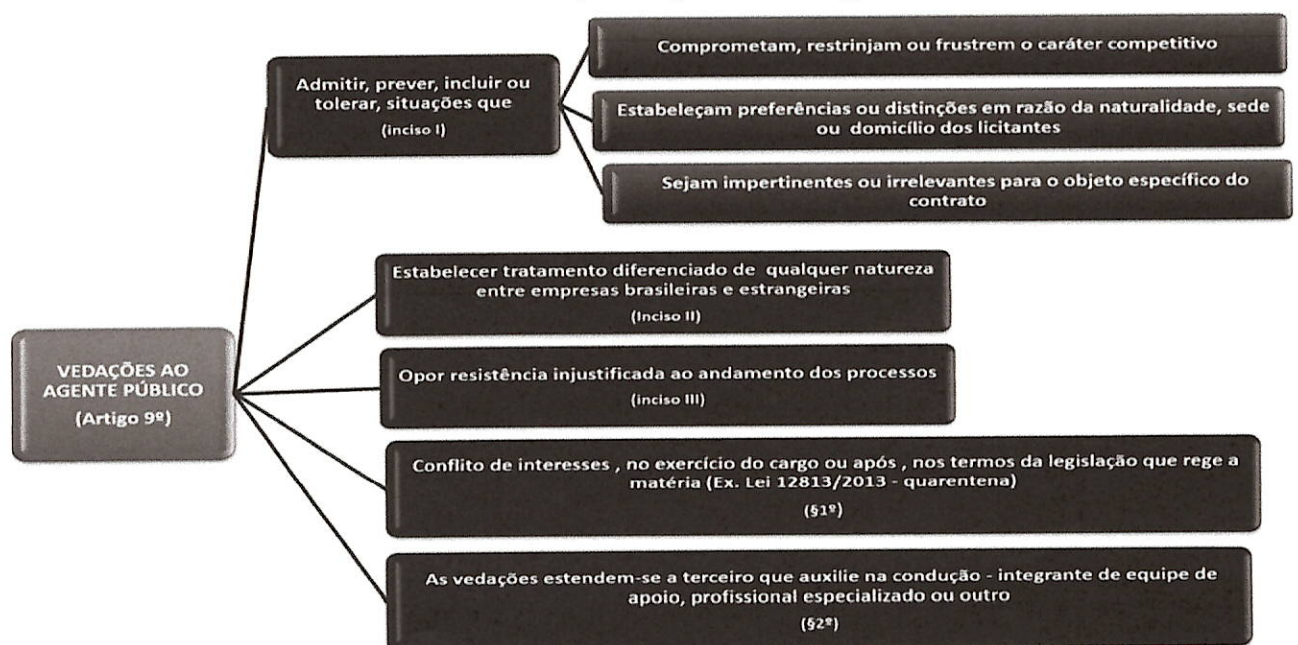


“artigo 9º estabelece as vedações ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei. O inciso I estabelece a impossibilidade de se admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, as situações estabelecidas nas letras “a” a “c”. O inciso II visa vedar o estabelecimento de tratamento diferenciado de qualquer espécie e o inciso III visa dar atendimento aos princípios da celeridade, da eficiência, do interesse público e da legalidade, entre outros, ao vedar a oposição de resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei.

O §1º trata da obrigatoriedade de se observar situações que possam configurar conflito de interesses, nos termos da legislação que disciplina a matéria, sendo tal matéria disciplinada, no âmbito do Poder Executivo Federal, através da Lei nº 12.813/2013.

O §2º estende as vedações do artigo em comento aos terceiros que auxiliem a condução da contratação na qualidade de equipe de apoio, profissional especializado ou funcionário ou representante de empresa que preste assessoria técnica.

Elaboramos o diagrama que segue visando uma melhor visualização do presente artigo:”



No mesmo sentido tem-se a doutrina do brilhante Marçal Justen Filho, ao comentar o artigo 9º da lei 8.666/93:



Prefeitura Municipal de Nova Friburgo
Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Governo

PROCESSO Nº _____
DATA AUTUAÇÃO: ____/____/____
Fls Nº _____ Rubrica _____

“1) Impedimento do Direito de licitar

As vedações do art. 9º retratam derivação dos princípios da moralidade pública e isonomia. A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do direito processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento a priori. O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia.

O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si ou terceiro. (JUSTEN FILHO. Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, São Paulo: Editora Dialética, 2002, pág. 131).”

Os Tribunais ao se debruçarem sobre o assunto, assim decidiram;

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PRELIMINARES - LITISPENDÊNCIA, CONEXÃO, SUSPEIÇÃO E NULIDADE DO INQUÉRITO CIVIL - REJEITADAS - SENTENÇA ULTRA PETITA - ACOLHIDA - DECOTE DA PENA DE RESSARCIMENTO - PEDIDO FORMULADO EM AÇÃO POPULAR - MÉRITO - LICITAÇÃO PARA SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE VEÍCULO DE CÂMARA MUNICIPAL - EMPRESA VENCEDORA - SÓCIO-PROPRIETÁRIO - MARIDO DA EX-PRESIDENTE DA CÂMARA - SUPERFATURAMENTO DOS SERVIÇOS EM VALORES E QUANTIDADES - CONSTATADO - DIÁRIA DE VIAGEM - REEMBOLSO - AUSÊNCIA DE PROVAS DA REALIZAÇÃO DA VIAGEM - PAGAMENTO EFETUADO À PRIMEIRA RÉ - ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO - PRESENÇA DE PROVAS - RECURSO DESPROVIDO. - Inexistindo identidade de partes e pedidos entre a ação popular em curso e a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, (...) nas hipóteses do artigo 9º da Lei n. 8.666/1993, previsão legal que obste a participação de parentes de agentes políticos em licitação, deve ser reconhecida a prática de atos de improbidade administrativa que importaram enriquecimento ilícito, lesão ao erário e ofensa aos princípios que regem a administração, consubstanciados no superfaturamento dos serviços de manutenção de veículo de propriedade da Câmara Municipal, prestados pelo contratado. - Há ato de improbidade na conduta da Vereadora que recebe reembolso de diária de viagem, que deveria ter sido paga ao motorista da Câmara Municipal, sobretudo quando a prova presente nos autos indica que a viagem sequer foi realizada. (TJ-MG - Apelação Cível 1.0642.18.000578-6/001, Relator(a): Des.(a) Luís Carlos Gambogi, julgamento em 09/03/2023, publicação da súmula em 13/03/2023)”

“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO ATIVO. AÇÃO POPULAR COM PEDIDO DE LIMINAR. CONTRATO ADMINISTRATIVO FIRMADO COM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA CUJO SÓCIO-ADMINISTRADOR REPRESENTA INTERESSES PRIVADOS DE GESTOR DO ÓRGÃO CONTRATANTE. VEDAÇÃO CONSTANTE NO ART. 9º, §3º DA LEI Nº 8.666/93 E NO EDITAL DA LICITAÇÃO QUE DEU ORIGEM À



Prefeitura Municipal de Nova Friburgo
Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Governo

PROCESSO Nº _____
DATA AUTUAÇÃO: ____/____/____
Fls Nº _____ Rubrica

CONTRATAÇÃO. NECESSIDADE DE RESGUARDAR OS COFRES PÚBLICOS DE POSSÍVEL IRREGULARIDADE. REQUISITOS DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA PREENCHIDOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA (...) que o sócio-administrador do escritório contratado pela câmara de vereadores representou os interesses privados de dirigente do órgão contratante em vários processos judiciais, infringindo a Lei de Licitações e o edital do certame, restando, assim, evidenciada a probabilidade do direito. 5. Considerando já terem sido realizados, em favor do escritório de advocacia contratado, pagamentos que somam expressivo valor, além da possibilidade de continuarem sendo realizados novos pagamentos a cada mês, resta demonstrado o perigo da demora pela necessidade de resguardar os cofres públicos, requisito necessário à concessão da tutela de urgência pleiteada. 6. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido. Decisão interlocutória reformada. (TJ-CE; Agravo de Instrumento - 0640518-72.2022.8.06.0000, Rel. Desembargador(a) JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA, 1ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 15/05/2023, data da publicação: 16/05/2023)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM - SUSPENDER LICITAÇÃO - IMPEDIMENTO DA CONCORRENTE - SÓCIO DIRIGENTE DO ÓRGÃO LICITANTE - POSSIBILIDADE DE FRUSTAR LICITAÇÃO - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - INDEFERIMENTO DA LIMINAR - RECURSO PROVIDO - Não demonstrado, de plano, que os sócios da empresa concorrente ocupam cargo diretivo no órgão licitante, tampouco a existência de vínculo apto a frustrar a concorrência (art. 9º, da Lei 8.666/93), não está autorizada a suspensão do procedimento licitatório em caráter liminar. - Recurso provido. (TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.209761-0/001, Relator(a): Des.(a) Renan Chaves Carreira Machado (JD Convocado), julgamento em 15/02/2023, publicação da súmula em 17/02/2023):”

Disto isto, considerando, desta feita, que a vedação lastreada no item 7.4.6, 7.4.7 e 7.4.8 não estão coadunadas com a previsão legal do artigo 9º da Lei 8.666/93, resta evidente a necessidade peremptória de afastar qualquer ato ilegal, sem sequer olvidar de que a vedação não tem a pretensão de alijar do certame os interessados, contudo, **pretende sim alijar os conflitos de interesses dos atos que posteriormente serão praticados pelas empresas que atuem no ramo de bilhetagem eletrônica e ao mesmo tempo tenham relação societária/comercial com as empresas operadoras do transporte e vice-versa, com arrimo nos princípios da eficiência, da moralidade e transparência.**

Por outro lado, a previsão editalícia impugnada representa mecanismo para mitigar os efeitos nefastos do conflito de interesses representado pela eventual participação em licitação de parte diretamente relacionada aos operadores do transporte coletivo. No fim das contas, o que está sendo vedado é o efetivo conflito de interesses na licitação.

Aliás, é digno de nota que a legítima pretensão do Município de Nova Friburgo ao incluir a impugnada vedação no Edital nº 157/2023 já foi objeto de discussão no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quando da realização da licitação de empresa de bilhetagem eletrônica na cidade do Rio de Janeiro



Prefeitura Municipal de Nova Friburgo
Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Governo

PROCESSO Nº _____
DATA AUTUAÇÃO: ____/____/____
Fls Nº _____ Rubrica _____

Curiosamente, naquela oportunidade, a Impugnante era a empresa RIOCARD, que, s. m. julgamento, utilizou-se dos mesmos argumentos que o ora impugnante apresenta em nome próprio.

Naquela oportunidade, a RIOCARD conseguiu liminar do MM. Juízo da 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital (**processo nº 0265827-34.2021.8.19.0001**) suspendendo a tramitação do processo licitatório. Assim se manifestou o agravante:

“Para Felipe Henrique Braz Guilherme, a atividade de controle do sistema de bilhetagem eletrônica possui caráter nitidamente fiscalizatório e de organização do serviço público, por esse motivo não seria viável ficar a cargo do próprio concessionário do serviço público de transporte. Nas claras lições do autor: “Sabendo, por exemplo, que o sistema de bilhetagem eletrônica é o principal mecanismo responsável pelo cálculo tarifário, é que não nos parece apropriado o seu controle pelo concessionário. Há, notadamente, uma incompatibilidade entre o poder do sistema e os interesses do concessionário, de modo que o controle por esse possa se mostrar extremamente inseguro. Por esse motivo, é que o Direito Administrativo busca que atribuições e responsabilidades conflitantes sejam separadas entre pessoas distintas. Tal orientação observa o que chamamos de segregação de funções, que é definido pelo Tribunal de Contas da União como: ‘princípio básico de controle interno essencial para a sua efetividade. Consiste na separação de atribuições ou responsabilidades entre diferentes pessoas, especialmente as funções ou atividades-chave de autorização, execução, atesto/aprovação, registro e revisão ou auditoria’. O referido princípio consiste na própria garantia da independência da fiscalização, conforme também já assentou o TCU outra ocasião: ‘Não faz sentido que o órgão executor e fiscalizador sejam o mesmo. Com fundamento no princípio da segregação de funções, como garantia da independência da fiscalização, é fundamental que o agente fiscalizador não seja ao mesmo tempo executor. Mais ainda, é essencial que o agente que fiscaliza detenha independência e não tenha compromissos ou relações com o órgão executor. Atribuir a execução e fiscalização a um mesmo agente seria ir contra todos esses princípios’. A segregação de funções, ao nosso ver, impede que o controle do sistema de bilhetagem eletrônica seja atribuído ao concessionário, sob pena de se pôr em risco a segurança do serviço público de transporte coletivo”.

Mais adiante, a peça de agravo fixa outro viés importante na discussão, qual seja, *“Embora se reconheça que o princípio da competitividade imponha à Administração a busca pelo maior número de competidores, de modo a se afastar exigências que indevidamente restrinjam ou frustrem a participação (art. 37, XXI, CF/88), servindo como norte interpretativo, a moralidade pública, a impessoalidade, a economicidade e a eficiência autorizam a inclusão de dispositivos que visem mitigar o eventual conflito de interesses, a incompatibilidade da cumulação de serviços (bilhetagem e transporte) e a vedação à participação dos detentores de informações privilegiadas.”*

Outrossim, resta claro e evidente que o normatizado no artigo 9º da Lei 8.666/93 tem reflexo em outro seara, como citado acima, deve-se levar em conta a interpretação da norma (artigo 9º), nesta senda veja o que fora delineado no agravo de instrumento citado acima.

“Ao tratar do tema [interpretação e aplicação do artigo 9º da Lei 8.666/93], Marçal Justen Filho refuta essa interpretação restritiva, indicando a necessária observância dos objetivos e finalidades da norma:



Prefeitura Municipal de Nova Friburgo
Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Governo

PROCESSO Nº _____
DATA AUTUAÇÃO: ____/____/____
Fls Nº _____ Rubrica _____

“Nem se diga que as regras legais restritivas devem ser interpretadas restritivamente. Esse princípio de interpretação não é absoluto, mas é contemplado por outros princípios. O intérprete deve apurar a extensão da vontade legislativa. Mesmo quando a regra legal tem natureza restritiva, tem de reconhecer-se que abrange a todas as hipóteses a que se destina regular. A interpretação restritiva prevalece quando dúvida invencível se apresentar acerca da extensão da disciplina legal.” A configuração de um possível conflito de interesses demanda uma atuação preventiva, com o estabelecimento do impedimento em participar da licitação, em respeito ao princípio da moralidade. A interpretação teológica do artigo 9º da Lei 8.666/93 permite a estipulações de impedimentos que, conforme o objeto licitado, evitem uma potencial situação de conflito de interesses.”

No entanto, a Exma. 13ª Câmara Cível do TJRJ, ao analisar o Agravo de Instrumento apresentado pelo Município do Rio de Janeiro, CONCEDEU EFEITO SUSPENSIVO da liminar deferida sob os seguintes argumentos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0088964-32.2021.8.19.0000

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: RIOCARD TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S/A

RELATOR: DES. JUAREZ FERNANDES FOLHES DECISÃO

(Deferimento de pedido de efeito suspensivo)

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, interposto pela parte ré – MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO – em face de decisão interlocutória prolatada pelo Juízo da 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, em Ação de Obrigação de Fazer deflagrada por RIOCARD TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S/A, nos seguintes termos

(...)

Ora, se é possível elastecer a hipótese do Inciso III do art. 9 da Lei 8666/93, para proibir a participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador de serviço, obviamente garantindo a igualdade entre os licitantes e com isso restringindo o caráter competitivo da disputa, com a mesma razão afigura-se viável proibir a participação de empresas associadas e entidades ligadas ao setor de transporte, relativamente ao serviço de bilhetagem eletrônica, ante a evidente possibilidade de obtenção de informações privilegiadas, em prejuízo aos demais licitantes, como ocorreu.

Ora, ao vedar a participação de sociedades empresárias operadoras dos serviços urbanos de transporte coletivo e suas subsidiárias, além de confederações, federações, sindicatos e associações ligadas ao referido ramo (prestador de serviço de transporte), o Município não vedou apenas a participação da recorrida, mas de todas as empresas e entidades que se enquadrassem em referido conceito. Assim, não se verifica uma vedação em particular, mas abstrata, apontando a direção que a Administração pretende seguir a partir do referido Certame.

7



A peça de agravo ainda colaciona o seguinte:

23

“É o que a doutrina denomina desconcentração societária:

“(…) por força da qual, mediante um controle das estruturas, o mesmo grupo econômico não pode concentrar mais de uma etapa do ciclo econômico do serviço público, evitando-se, por consequência, que empresas do mesmo grupo sejam geradoras, distribuidoras e comercializadoras de energia elétrica. Essa medida pode ser implementada tanto a posteriori, determinando a cisão ou a venda de participações societárias de concentrações já existentes, como a priori, através de normas que restringem ou sujeitam à aprovação administrativa a aquisição de capital acionário de empresas pertencentes ao mesmo setor, a participação em licitações ou a outorga de autorizações a empresas pertencentes a grupos econômicos que já atuam no setor.”⁸ Como visto, a experiência então existente de congregar em um único ator a prestação dos serviços de transporte e bilhetagem, representou manifesto prejuízo ao interesse público (caixa preta), inviabilizando o pleno exercício da política tarifária pelo gestor. Reconheceu-se, assim, a incompatibilidade da congregação das atividades de bilhetagem e de transporte em um mesmo prestador. Por consequência, aqueles que possuem relação com os atuais concessionários do serviço de transporte encontram-se impedidos de participar da licitação; havendo o claro propósito do Município, dentro de sua política regulatória, de que haja atores diversos na prestação do serviço de transporte e na prestação do serviço de bilhetagem, em respeito à moralidade e à eficiência administrativas.”

Inobstante ao acima exposto, no âmbito do Processo TCE/RJ n. 106.231-3/17 extrai-se o relatório de Auditoria Governamental Extraordinária, em que define o que sistema de bilhetagem eletrônica e fica demonstrado sua importância:

“O SBE é um sistema eletrônico e/ou informatizado que controla o acesso dos passageiros nos diferentes modos de transporte existentes através de dispositivos específicos. Várias regiões metropolitanas do mundo implementaram esse sistema, uma vez que ele possui características intrínsecas que proporcionam, dentre outras, diversas vantagens:

- .contabilizar transações financeiras relativas a viagens em meios de transportes públicos;***
- . geração de redes de integração, facilitando a implementação de políticas públicas para que o usuário utilize diversos modos de transporte com tarifas diferenciadas;***
- . flexibilidade tarifária para cobrança, possibilitando cobrança por trecho, horário, região, frequência, ou tipo de usuário(idosos, estudantes, baixa renda, pessoas com deficiência, etc);***
- .integração com outros sistemas de transporte inteligentes(GPS, gerenciamento de estacionamento, sinalização de trânsito e etc);***
- .melhoria do acesso dos usuários aos modos de transporte pelas catracas, devido à redução do uso de dinheiro para pagamento e de inerente necessidade de troco;***
- .aumento da segurança dos usuários, motoristas e cobradores em relação a roubos;***
- .redução dos índices de fraudes por falsificação ou uso indevido do vale-transporte em papel;***
- .ganhos com floating devido aos valores adquiridos antecipadamente e ainda não utilizados pelos usuários;***
- . centralização das informações, permitindo um melhor planejamento de demanda e oferta de transportes, além de se criar um poderoso banco de dados que serve como subsídio para a realização de procedimentos licitatórios.”***

4



Deste modo, com o devido acatamento dos que pensam em sentido contrário, entendo não haver nenhuma ilegalidade na vedação inserida nos itens 7.4.6, 7.4.7 e 7.4.8 do Edital e com fundamento nos princípios que norteiam a Administração Pública, refutar conflito de interesse entre aqueles que operam SBE e/ou o transporte público é fundamental para lisura da licitação e posteriormente a eficiência e a transparência da prestação de serviço de bilhetagem - Pregão 157/23 e a prestação de serviço de transporte público que será outorgada através de concessão. 24

Contudo, sobreveio decisão liminar (em anexo) para que o item 7.4.6 e os subitens 7.4.7 e 7.4.8 sejam suspensos, porém esta Procuradoria já interpôs Agravo de Instrumento em desfavor da decisão.

Quanto ao argumento de “*evidente falta de planejamento desta licitação*”, este não passa de mero descontentamento estando dissociado do real princípio basilar que norteiam os atos públicos que é o privilégio do interesse público.

Da suposta exigência técnica abusiva

A toda evidência, da leitura dos fundamentos que o Impugnante/Empresa apresenta em sua peça de impugnação, em mais uma oportunidade se coloca de forma, no mínimo, contraditória.

Uma vez que no tópico anterior, menciona que busca preservar o caráter competitivo da disputa e a preservação do interesse público com a possibilidade de participação de empresa realmente especializadas no serviço que se busca contratar.

Porém, neste tópico próprio, incia sua argumentação afirmando que a exigência técnica abusiva “*impede a participação de empresas de renome mercado de forma irregular*”.

Ora, salvo engano, quando o Poder Público apresente exigência técnica que o possibilite selecionar empresas com notável experiência de mercado vai ao encontro, não apenas do interesse público (nestes aspecto relativo ao Poder Público), mas sim, ao interesse de toda sociedade, inclusive da empresa que opera o serviço de transporte público municipal, na medida que evita a contratação de “aventureiros” que, sem experiência, vão trazer mais prejuízos que benefícios.

Como bem ressaltado pelo I. Impugnante/Empresa, o Acórdão 2924/2019 do Exmo. Relator Benjamin Zymler, há justificativa clara pela qual o Município de Nova Friburgo optou por estabelecer a exigência contida na alínea “e” do item 11.10.1.2, posto que, conforme descrito na decisão utilizada para fundamentar sua irresignação: “*a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados*”.

Neste sentido, da leitura atenta do item 4 do referido Edital – JUSTIFICATIVA DO OBJETO – está mais que evidenciado que a contratação de empresa especializada na gestão de bilhetagem eletrônica é serviço recentíssimo e que necessita de expertise aprofundada na tecnologia, ao passo que o Poder Público Municipal não dispõe de ferramentas, tempo, muito menos recursos para o desenvolvimento da tecnologia necessária para o serviço que se propões, sendo, assim, de suma importância efetivamente a contratação de empresas não apenas de renome no mercado, mas que tenha profunda experiência no que se busca contratar.

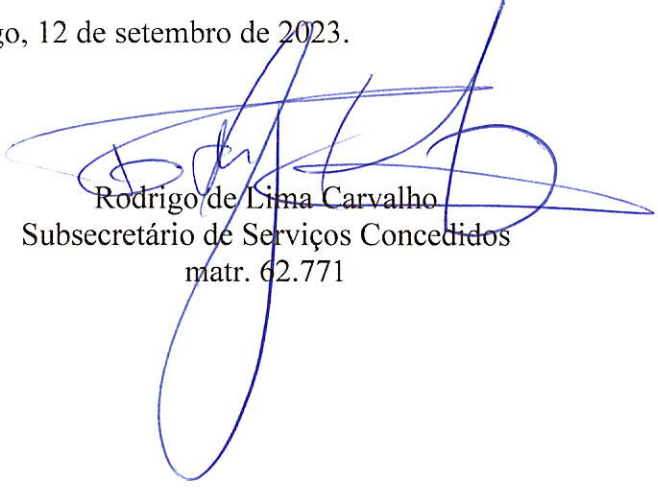


Prefeitura Municipal de Nova Friburgo
Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Governo

PROCESSO Nº _____
DATA AUTUAÇÃO: ____/____/____
Fls Nº _____ Rubrica _____

Com efeito, segue o procedimento para análise jurídica referente a impugnação juntada aos autos.

Nova Friburgo, 12 de setembro de 2023.


Rodrigo de Lima Carvalho
Subsecretário de Serviços Concedidos
matr. 62.771