



Acórdão 00428/2022-7 - Plenário

Processo: 07331/2021-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: SEMPLAPE - Secretaria Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: LEIDIANE CRUZ DA SILVA, MENARA RIBEIRO SANTOS MAGNAGO DE HOLLANDA CAVALCANTE

Representante: RM PERSONAL CHEF LTDA

Procuradores: LUCAS RODRIGUES LIMA (OAB: 26933-ES), MARIA CLARA CARDOSO CARNEIRO (OAB: 192971-MG), JESSICA DE OLIVEIRA GONCALVES (OAB: 34280-ES), MILENA SILVA RODRIGUES GIACOMELLI (OAB: 22801-ES), DRIELY DE JESUS LOPES (OAB: 32977-ES), JULIA MORGADO HORTA DEL CARO (OAB: 25728-ES), TATIANA DIAS CASTRO DE SOUZA SCHULTZ (OAB: 22396-ES), THALISSON RIBEIRO DA SILVA BRANA (OAB: 24540-ES), PATRICIA SILVA DA CRUZ (OAB: 30373-ES), FERNANDA BRAUN FONSECA (OAB: 30813-ES), ARTHUR TARDIN RODRIGUES (OAB: 29482-ES), FILIPE DIAS RIBEIRO (OAB: 26346-ES), MARIANA SIMON (OAB: 25750-ES), NELSON PADILHA NETO (OAB: 22139-ES), MARCIO ANDRE DE SOUSA KAO YIEN (OAB: 21588-ES), DANIEL BORGES MONTEIRO (OAB: 16544-ES, OAB: 236665-RJ), AUGUSTO CARLOS LAMEGO JUNIOR (OAB: 17514-ES, OAB: 188400-MG, OAB: 226981-RJ), PEDRO HENRIQUE DA COSTA DIAS (OAB: 17157-ES, OAB: 230197-RJ), GUILHERME FONSECA ALMEIDA (OAB: 17058-ES, OAB: 125360-MG, OAB: 230858-RJ), RODOLPHO PANDOLFI DAMICO (OAB: 16789-ES, OAB: 197846-MG, OAB: 57649A-SC, OAB: 230634-RJ, OAB: 69570-BA, OAB: 463528-SP)

REPRESENTAÇÃO – INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE - IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1 RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre **Representação** apresentada pela sociedade empresarial **RM Personal Chef Ltda.**, com pedido de medida cautelar *inaudita altera parte*, em face do **Município de Vila Velha**, por supostas irregularidades no **Edital do Pregão Eletrônico nº 117/2021**, lançado pela **Secretaria Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes – SEMPLAPE/Central de Compras Governamentais**.

O objeto do referido certame é *a contratação de empresa especializada no preparo e fornecimento de alimentação (bebidas, lanches e refeições), sob demanda, para atender a proteção social básica – PSB, proteção social especial – PSE e gabinete – GAB.*

Foi relatado pela representante que “no dia **02/09/2021**, a empresa RM PERSONAL CHEF LTDA participou do Pregão Eletrônico nº 117/2021, *apresentando toda sua documentação de habilitação, restando desclassificada sob argumento de “não ter apresentado Alvará de funcionamento da Empresa e Certificado Sanitário do Veículo, conforme item 6.1.2 e 6.1.3 respectivamente”.*

Alega ainda ter apresentado Recurso Administrativo sustentando *que, pela atividade preponderante de seu objeto social (CNAE 56.20-1-02), estaria dispensada, nos termos da Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), de apresentar a documentação exigida (Alvará de funcionamento da Empresa e Certificado Sanitário do Veículo);* de outra feita o Município de Vila Velha reconheceu erro no Anexo I do Edital (item 6.3.1) alterando a CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) exigida como atividade preponderante no objeto social da empresa fornecedora, de 56.20.1.02 para 56.20.1.01, *impedindo a Representante de participar do certame, pois sua atividade seria enquadrada de Alto Risco.*

Registra que *a referida alteração do CNAE nunca fora objeto de exigência pelo Município de Vila Velha, conforme já fora presenciado em licitações anteriores, não sendo critério qualificador técnico.*

Pugna pela ilegalidade da exigência de documentos dispensados pela lei de liberdade econômica e da apresentação de CNAE específico. Por fim, requereu a empresa Representante:

1 – o deferimento de liminar inaudita altera pars para que a Representante seja considerada habilitada e conseqüentemente possa iniciar o fornecimento para o Município de Vila Velha, pois dispensada legalmente de apresentar Alvará de funcionamento da Empresa e Certificado Sanitário do Veículo;

2 – Subsidiariamente, caso entenda não haver elementos suficientes para apreciar a habilitação técnica da Autora, requer seja deferida liminar determinando a suspensão do pregão ora combatido e, por conseqüência, do início da execução do Contrato até o julgamento do mérito da presente Representação

Recebida a representação, proferi a Decisão Monocrática 01007/2021-8 (evento 24) determinando a notificação das Sras. **Menara Ribeiro Santos Magnago de Hollanda Cavalcante** – Secretária Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes e **Leidiane Cruz da Silva** – Pregoeira, para que no prazo de 05 (cinco) dias apresentassem as justificativas e documentos que julgassem necessários.

Por meio da **Resposta de Comunicação 01472/2021-1** (evento 32) e da **Defesa/Justificativa 01419/2021-1** (evento 33) as agentes públicas notificadas apresentaram seus esclarecimentos e encaminharam a documentação requerida, cumpre informar que as duas justificativas acostadas no processo possuem conteúdo idênticos.

Em seguida, os autos foram encaminhados à unidade técnica para instrução, momento em que foi elaborada a **Manifestação Técnica de Cautelar 0186/2021-3** (evento 37) concluindo, em suma, por sugerir o indeferimento da medida cautelar pleiteada, diante da ausência do *fumus boni iuris*, com a conseqüente submissão dos presentes autos ao rito ordinário.

Tal posicionamento se fundamentou no entendimento de que restou cristalino que o que se queria contratar se enquadrava no conceito de fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas. Entendeu-se ainda que cabe razão à Administração quanto a alegação de que o ocorreu foi que **equivoco na digitação** no texto do Termo de Referência no que se refere ao item 6. DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, subitem 6.3.1. Comprovante de inscrição e situação cadastral na Receita Federal com descrição da atividade econômica principal onde está escrito 56.20.1.02, e deveria se ler 56.20.1.01.

Encampando a manifestação, proferiu-se a **Decisão Monocrática 01142/2021-2** (evento 39), o **Voto do Relator 0388/2022-6** (evento 47) e a **Decisão 0004/2022-1** (evento 48) que ratificou os termos da Decisão Monocrática retro, que por final assim deliberou:

III DECISÃO

Pelo exposto, acompanho o entendimento técnico e **DECIDO**:

III.1 por **INDEFERIR** a concessão da **MEDIDA CAUTELAR** pretendida pelo representante, tendo em vista a ausência dos pressupostos essenciais para a sua concessão;

III.2 **DETERMINAR A OITIVA** da senhora **Menara Ribeiro Santos Magnago de Hollanda Cavalcante**, ocupante do cargo de Secretária Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes (SEMPLAPE) e da senhora **Leidiane Cruz da Silva**, Pregoeira, para se manifestarem, no prazo improrrogável de até **10 (dez) dias**, em conformidade com o §4º, do art. 125, da Lei Complementar 621/12 e o §3º, do art. 307, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES);

III.3 submeter os presentes autos ao **RITO ORDINÁRIO**, tendo em vista a ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do Regimento Interno; e

II.4 Dar **CIÊNCIA** desta decisão ao representante, na forma do artigo 307, § 7º, do Regimento Interno do TCEES (Resolução 261/2013), encaminhando-se a todos os interessados juntamente com o Termo de Notificação, cópia desta Decisão e da Manifestação Técnica 00186/2021-3.

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun
Conselheiro relator¹

Após certificado a notificação da Decisão 0004/2022-1, mormente quanto às oitivas ali previstas, foi informado pela Secretaria Geral das Sessões que não foi encontrada documentação em nome das agentes públicas notificadas, da mesma

¹ Conforme disposto no nos artigos 1º e 2º, da Portaria Normativa TC nº 86, de 25 de novembro de 2021 c/c o artigo 48, inciso I, alínea “c”, do Regimento Interno.

forma não se encontra nos autos qualquer nova documentação em nome da Representante após a Decisão retro.

Assim, os autos retornaram a área técnica para instrução, que apresentou a **Instrução Técnica Conclusiva 00488/2022-9** (evento 55) opinando pela improcedência e arquivamento da representação.

Em seguida o Ministério Público de Contas, no **Parecer 00697/2022** (evento 59), da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, corroborou o posicionamento exarado pela área técnica.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Analisando os autos, verifico que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Ratifico o posicionamento da área técnica exarado na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 488/2022-9**, com a qual corrobora o **Ministério Público Especial de Contas** no Parecer 697/2022-3, nos seguintes termos:

2. ANÁLISE

Primeiramente é oportuno repisar os termos da [Manifestação Técnica de Cautelar 0186/2021-3](#), como segue:

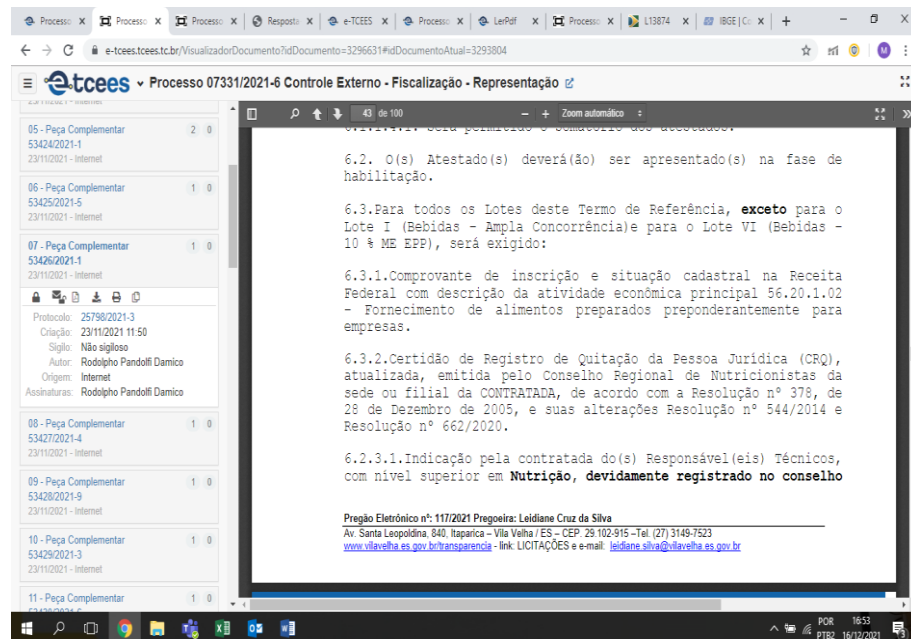
Pois bem, as alegações da representante baseiam-se nos seguintes fatos, apresentados em ordem cronológica:

1. A representante havia sagrado vencedora dos lotes 01, 03, 05 e 06 no PE nº 117/2021;
2. Após apresentação dos documentos de habilitação, a mesma foi desclassificada sob o argumento de que não foi apresentado o **Alvará de Funcionamento da Empresa** e o **Certificado Sanitário do Veículo**, itens 6.1.2 e 6.1.3, respectivamente;
3. Em sede de recurso administrativo, a representante alegou que sua atividade preponderante seria a descrita no CNAE 56.20-1-02, o que a dispensaria, nos termos da Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) de apresentar a documentação exigida nos itens 6.1.2 e 6.1.3;
4. Em resposta, o Município de Vila Velha, sustentou que houve um equívoco na redação do Anexo I do edital e que o correto seria o CNAE 56.20-1-01;

Após os fatos apresentados, a representante sustenta que a mudança de CNAE (56.20-1-02 para 56.20-1-01) além de ter a impedida de participar do certame, estaria obrigada a apresentar os documentos que ensejaram a sua desclassificação, pois sua atividade seria enquadrada em Alto Risco.

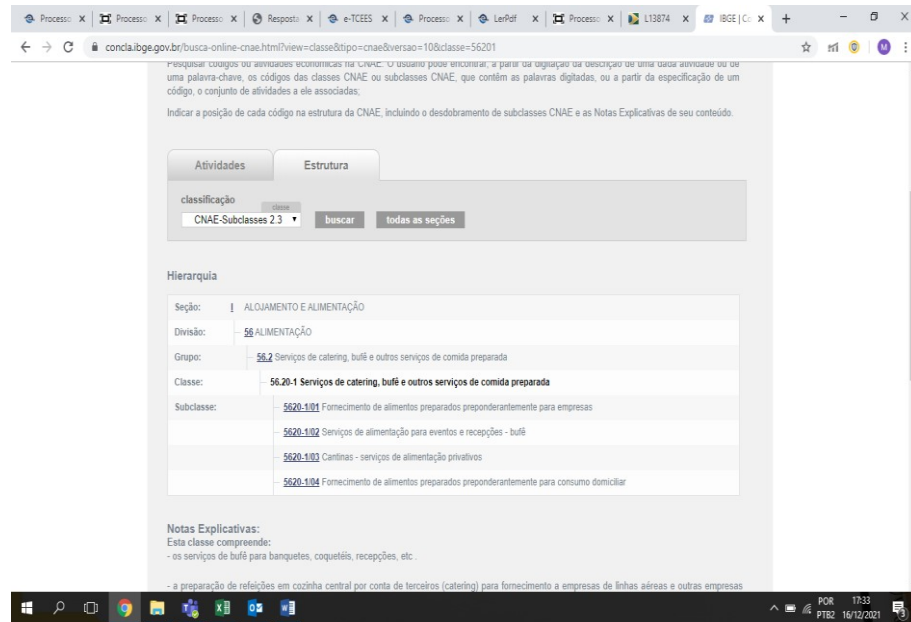
Em contrapartida, o Município sustenta que de fato foi observado que **houve um equívoco na digitação** no texto do Termo de Referência no que se refere ao item 6. DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, subitem 6.3.1. Comprovante de inscrição e situação cadastral na Receita Federal com descrição da atividade econômica principal onde está escrito 56.20.1.02, deveria se ler 56.20.1.01. **Entretanto, além da identificação numérica da Atividade, no Termo de Referência em seu item 6.3.1 constava claramente que a empresa licitante deveria apresentar “Comprovante de inscrição e situação cadastral na Receita Federal com descrição da atividade econômica principal 56.20.1.02 – Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas”, ou seja, as empresas participantes da licitação estavam cientes da descrição da atividade pertinente do objeto a ser licitado.**

Ante as argumentações apresentadas (representante e gestores públicos) buscamos apoio na documentação acostada aos autos, pela qual foi possível constatar que de fato houve o equívoco na codificação do CNAE, senão vejamos:



Além disso, em consulta ao sitio do IBGE, verificamos que a **descrição** dos códigos de CNAE em discussão nos presentes autos **apresenta substancial diferença**, de forma que não nos parece razoável, em uma análise superficial, arguir que o equívoco ocorrido na redação do código foi preponderante para impedir a participação de eventuais licitantes.

Em outras palavras, restou cristalino que o que se queria contratar se enquadrava no conceito de fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas.



Ante todo o exposto entende-se pela ausência do *fumus boni iuris*.

Por fim, considerando que para a concessão de medida cautelar pleiteada, necessário que se faça presente os dois requisitos, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e que o primeiro se concluiu pela sua inexistência, a análise da existência de *periculum in mora* se mostra desnecessária.

Conforme relatado a Representante protesta contra a sua desclassificação por não ter atendido a exigência prevista no Edital quanto a apresentação do alvará de funcionamento da empresa, nos moldes requisitados, e do certificado sanitário do veículo de transporte, conforme previsto nos itens 7.1.2 e 7.1.3 do Anexo I do Edital - Termo de Referência (pag. 44 da [Peça Complementar 53426/2021-1](#)), como segue:

7.1.2. Alvará de funcionamento da empresa, onde presentemente está localizado a produção de suas refeições, expedido pela Prefeitura do município, com validade da data da contratação; e

7.1.3. Certificado sanitário de veículo para transporte de alimentos

Alega a empresa que de acordo com o seu código na Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE a mesma estaria dispensada de tais certificações, sendo que a princípio **o número** (56.20.1.02) do seu código de atividade era o previsto como necessário no edital em referência.

Todavia, conforme exposto pela Administração na [Resposta de Comunicação 01472/2021-1](#) e na [Defesa/Justificativa 01419/2021-1](#) o número acima deveria ter seu dígito final igual a 1 (56.20.1.01) sendo que ocorrera apenas um erro de digitação.

Tal alegação é de fácil comprovação uma vez que a descrição da atividade econômica requerida é a do código 56.20.1.01, conforme o Item 6.3.1 do Anexo I - Termo de Referência, página 43 da [Peça Complementar 53426/2021-1](#):

6.3.1. Comprovante de inscrição e situação cadastral na Receita Federal com descrição da **atividade econômica principal 56.20.1.02 - Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas.**

Essa fato é corroborado ao consultarmos os CNAE relacionados a atividade de alimentação disponíveis no sítio eletrônico do IBGE², conforme parte da captura de tela a seguir:

Seção:	ALOJAMENTO E ALIMENTAÇÃO
Divisão:	56 ALIMENTAÇÃO
Grupo:	56.2 Serviços de catering, bufê e outros serviços de comida preparada
Classe:	56.20-1 Serviços de catering, bufê e outros serviços de comida preparada
Subclasse:	5620-1/01 Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas
	5620-1/02 Serviços de alimentação para eventos e recepções - bufê
	5620-1/03 Cantinas - serviços de alimentação privativos
	5620-1/04 Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para consumo domiciliar

Desta forma não é razoável crer que, apesar do erro de digitação quanto ao código de atividade econômica, a empresa representante não teria ciência da atividade principal requerida para o certame, uma vez que a mesma tinha sua descrição expressa no edital.

Observa-se ainda que de acordo com o comprovante de inscrição e de situação cadastral relativo ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ apresentado pela empresa ([Peça Complementar 53424/2021-1](#)) a representante não possui a atividade requerida sequer em suas atividades secundárias ali relacionadas.

NÚMERO DE INSCRIÇÃO 20.694.325/0001-29 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 18/07/2014
NOME EMPRESARIAL RM PERSONAL CHEF LTDA		
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) RM PERSONAL CHEF LTDA		PORTE ME
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 56.20-1-02 - Serviços de alimentação para eventos e recepções - bufê		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 56.11-2-03 - Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares 47.21-1-02 - Padaria e confeitaria com predominância de revenda 56.11-2-01 - Restaurantes e similares 10.91-1-02 - Fabricação de produtos de padaria e confeitaria com predominância de produção própria 82.30-0-01 - Serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas		

O mesmo se observa na cláusula quinta do contrato social encaminhado pela empresa representante ([Peça Complementar 53423/2021-6](#)), onde estão previstas as atividades a serem exploradas pela mesma, como segue:

Quinta: O objetivo social é a exploração das seguintes atividades:

- a) 56.20-1/02: Serviços de alimentação para eventos e recepções – bufê;
- b) 56.11-2/01: Restaurantes e similares;
- c) 56.11-2/03: Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares;
- d) 47.21-1/02: Padaria e confeitaria com predominância de revenda;
- e) 10.91-1/02: Fabricação de produtos de padaria e confeitaria com predominância de produção própria;
- f) 82.30-0/01: Serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas.

Ademais, conforme também exposto pela administração, a representante não apresentou recurso algum contra o edital, ainda que ciente de que não teria como atender aos itens que originaram sua desclassificação, repisando que é uma questão basilar das licitações públicas a vinculação ao edital e a submissão de todos os participantes aos termos nele previstos.

² Disponível em: <https://cnae.ibge.gov.br/?view=classe&tipo=cnae&versao=10&classe=56201>

Assim, concordando com os termos da Manifestação Técnica sobre a cautelar requerida, entende-se pela ausência da irregularidade proposta na presente representação.

3. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face do exposto, entende-se pela improcedência das possíveis irregularidades apontadas na presente representação. Destarte, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Nos termos do art. 176, § 3º, II, c/c art. 182, parágrafo único, da Resolução TC nº 261 de 2013 (RITCEES), sugere-se pela **IMPROCEDÊNCIA** e arquivamento da presente Representação, tendo em vista a não constatação de ilegalidade ou irregularidade;

3.2. Sugere-se ainda que seja dada **CIÊNCIA** ao Representante do teor da decisão final a ser proferida.

Assim, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **corroborando** o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

1. ACORDÃO TC-428/2022:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas, em:

1.1. JULGAR IMPROCEDENTE a representação, nos termos do art. 176, § 3º, II, c/c art. 182, parágrafo único, da Resolução TC nº 261 de 2013 (RITCEES);

1.2. ARQUIVAR o feito na forma do art. 330, inciso I, do Regimento Interno do TCEES;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 07/04/2022 – 16ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões