



## Acórdão 00852/2020-5 - 2ª Câmara

**Processo:** 08051/2018-7

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMJ - Prefeitura Municipal de Jaguaré

**Relator:** Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

**Representante:** LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI

**Responsável:** ROGERIO FEITANI, CARLOS JOSE NICOLAC ZANON, LUCIA HELENA LORENCINI

**Terceiro interessado:** NEO CONSULTORIA E ADMINISTRACAO DE BENEFÍCIOS EIRELI

**Procurador:** EPAMINONDAS ALVES FERREIRA JUNIOR (OAB: 387560-SP)

### REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE JAGUARÉ – PROCEDÊNCIA PARCIAL – MULTA – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:**

#### **1. DO RELATÓRIO:**

Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada pela pessoa jurídica LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI, alegando supostas irregularidades no Pregão Presencial 046/2018, do município de Jaguaré, que tem como o objeto contratação de gerenciamento do abastecimento de combustível.

Por meio da **Decisão Monocrática 1690/2018-5**, a então Relatora, antes da análise da medida acautelatória, determinou a notificação dos responsáveis elencados pelo Representante para que no prazo de cinco dias apresentassem as justificativas e documentos que julgassem necessários. Às **Peças 9/26** foram apresentados esclarecimentos e documentos pelos notificados.

O Representante argumentou que não foi exigida documentação necessária para exigência de comprovação de qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica. A **Manifestação Técnica 01361/2018**, acompanhada pela **Instrução Técnica Inicial 668/2018**, mencionou a existência de outros possíveis indícios de irregularidade não abordados pelo Representante, quais sejam: a) previsão de cláusula restritiva no termo de referência e na minuta contratual e; b) ausência de parametrização de preço.

A **Decisão 03300/2018 – 1ª Câmara** conheceu da Representação, indeferiu o pedido cautelar e realizou a citação dos responsáveis. Estes ofereceram defesa às **Peças 065/73**.

Encaminhados os autos à área técnica para instrução, manifestou-se a Secex Meios por meio da **Instrução Técnica Conclusiva 1746/2019**, propondo o seguinte encaminhamento:

### **3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

Levando em conta as análises procedidas e as motivações adotadas, e diante do preceituado no art. 319, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte de Contas, conclui-se opinando:

**3.1.** Na forma artigo 95, inciso II, da Lei Complementar 621/2012, **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE a representação** diante da constatação das seguintes irregularidades:

#### **2.1 Previsão de Cláusula Restritiva no Termo de Referência e na Minuta Contratual**

Critérios: art. 2º, parágrafo único, e art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/1993.

##### **Responsáveis:**

- a) **Carlos José Nicolac Zanon** (Secretário Municipal de Educação e Cultura)
- b) **Lúcia Helena Lorencini** (Advogada Pública Municipal)

#### **2.2 Ausência de Parametrização de Preço**

Critério: art. 2º, da Lei 8.666/1993.

##### **Responsáveis:**

- a) **Carlos José Nicolac Zanon** (Secretário Municipal de Educação e Cultura)
- b) **Lúcia Helena Lorencini** (Advogada Pública Municipal)

**3.2.** Na forma artigo 88 da Lei Complementar 621/2012, aplicação das sanções cabíveis, aos responsáveis descritos no item 3.1 desta instrução conclusiva.

O Ministério Público de Contas por meio do **Parecer 01267/2020** entendeu pela procedência total da Representação.

É o relatório. Passo a fundamentar.

## VOTO

### 2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

A Área Técnica por meio da **Instrução Técnica Conclusiva 1746/2019** assim se posicionou, *litteris*:

#### 2. ANÁLISE TÉCNICA

##### 2.1 Previsão de Cláusula Restritiva no Termo de Referência e na Minuta Contratual

Critérios: art. 2º, parágrafo único, e art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/1993.

##### Responsáveis:

**c) Carlos José Nicolac Zanon** (Secretário Municipal de Educação e Cultura)

Conduta: Elaborar Termo de Referência e Minuta Contratual com cláusula restritiva, incorrendo em erro grosseiro ao precificar o produto fornecido pela rede credenciada, prejudicando a competitividade do certame, e, posteriormente, homologá-lo.

Nexo: Ao elaborar termo de referência e minuta contratual com cláusula onde se exige que a rede credenciada pratique preços menores ou iguais ao de mercado à vista, em conformidade com a média verificada em São Paulo, e, posteriormente, homologar o certame, a competitividade do certame foi restringida.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa do Secretário Municipal de Educação e Cultura, tendo em vista tratar-se de violação direta ao estabelecido na legislação pertinente.

**d) Lúcia Helena Lorencini** (Advogada Pública Municipal)

Conduta: Emitir parecer jurídico pela legalidade de processo licitatório (evento 13, fls. 01-10) mesmo existindo cláusula restritiva à competição, incorrendo em erro grosseiro.

Nexo: Ao emitir parecer jurídico, pela legalidade da licitação, contribuiu para que o certame ocorresse mesmo possuindo cláusula restritiva, violando, dessa forma, a legislação pertinente.

Culpabilidade: Era exigível que a Advogada do Município elaborasse um parecer não aprovando o procedimento licitatório em análise, tendo em vista a cláusula restritiva evidente, caracterizada como infringência ao estabelecido na legislação pertinente.

### **A área técnica desta Corte de Contas, por meio da Instrução Técnica Inicial 668/2018, assim se manifestou acerca da irregularidade:**

Consta, no subitem 3.7.4 do Termo de Referência (evento 14, fl. 07) e no subitem 5.7.4 da Minuta Contratual (evento 15, fl. 26), que os postos credenciados deverão praticar preços menores ou iguais aos preços no mercado à vista, em conformidade com a média da respectiva região de São Paulo, senão vejamos:

3.7.4. A rede de postos conveniada apresentada pela CONTRATADA deverá praticar preços menores ou iguais aos preços no mercado à vista, observando a boa qualidade dos serviços e os preços em conformidade com a média verificada na respectiva região de SP.

Inicialmente, não é compreensível exigir que postos capixabas pratiquem preços equivalentes àqueles praticados na respectiva região de São Paulo. Ademais, a rede credenciada sequer é parte na relação contratual.

Frisa-se que as empresas de gerenciamento possuem a natureza de intermediar a relação entre o órgão contratante e o fornecedor credenciado, atuando como meio de pagamento, já que sua margem de lucro advém da taxa de administração cobrada à contratante e do percentual cobrado às empresas credenciadas sobre cada transação realizada, denominada de taxa de carregamento.

A avença estabelece-se entre a Administração e a empresa de gerenciamento, não cabendo à Administração precificar o combustível da rede credenciada, que sequer é parte na relação contratual.

Nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 8.666/1993, o contrato é um acordo que se faz entre as partes interessadas sob determinadas condições, senão vejamos:

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

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, **considera-se contrato** todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja **um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.** (g.n.)

Nessa esteira, exigir à rede credenciada que pratique preços menores ou iguais ao preço no mercado à vista, compatível com a média praticada na

região correspondente em São Paulo, sendo que ela não é parte no contrato, caracteriza uma imposição da Administração a terceiros que ultrapassa os limites contratuais estabelecidos entre as partes, podendo, inclusive, ter restringido a competição do certame e prejudicado a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Corroborar essa afirmativa o fato de que apenas uma empresa participou do pregão presencial 046/2018, realizado em 8 de outubro de 2018, tendo sido declarada a vencedora do certame.

Salienta-se, conforme comando contido no art. 3º da Lei 8.666/1993, que a seleção da proposta mais vantajosa para Administração deve ser garantida pelo processo licitatório e não se deve admitir cláusula ou condição que comprometa, restrinja ou frustre seu caráter competitivo, a saber:

**Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.**

**§1º É vedado aos agentes públicos:**

**I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo,** inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; [g. n.]

Desse modo, a cláusula contida no subitem 3.7.4 do Termo de Referência (evento 14, fl. 7) e subitem 5.7.4 da Minuta Contratual (evento 15, fl. 26) comprometeu o caráter competitivo do certame e, por consequência, não garantiu a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Da documentação encaminhada pelos notificados, constata-se o Senhor Carlos José Nicolac Zanon, Secretário Municipal de Educação e Cultura, foi o responsável pelo Termo de Referência (evento 14, fls. 01-10), Minuta Contratual (evento 15, fls. 20-32) e pela homologação do certame com cláusula restritiva (evento 19, fl. 06).

A valer-se do critério de aferição de responsabilidade baseado na conduta do homem médio, resta claro que um mínimo de diligência a respeito do estabelecido na legislação já evitaria o resultado irregular, o que corrobora o entendimento de que a situação ora debatida advém de erro grosseiro do Secretário Municipal de Educação e Cultura.

Já a Senhora Lúcia Helena Lorencini, Advogada Pública Municipal, emitiu parecer jurídico confirmando a manutenção de cláusula restritiva, possibilitando, dessa forma, a realização do certame (evento 13, fls. 01-10).

Frisa-se que qualquer análise jurídica de um termo de referência e/ou minuta contratual, referente à licitação, deve levar em consideração o aspecto da ampla competitividade (art. 3º, §1º, I da Lei 8.666/1993). É abordagem essencial, que não pode faltar a qualquer gestor ou responsável que se depare com um termo de referência e/ou minuta contratual; quiçá a um parecerista jurídico.

A partir do momento que o parecer jurídico silencia sobre esse aspecto, deixando de apontar cláusula restritiva à competitividade de fácil constatação, tem-se que o parecerista incorreu em erro grosseiro.

Desse modo, faz-se necessário que os responsáveis sejam citados para apresentação de justificativas.

### **Justificativas apresentadas em conjunto pelos responsáveis – Doc. Eletrônico 61:**

Nesse ponto, justificam os representados que teria havido um erro material na redação da cláusula em debate.

Conforme explanado, o erro decorreu do fato de o edital em questão ter se baseado na redação de um edital do estado de São Paulo, ao passo que ao transcrever não houve a devida mudança da região.

Segundo os defendentes, o preço levaria em conta a cotação feita pela ANP nos municípios de maior porte próximos à Jaguaré, quais sejam São Mateus e Linhares, apesar de não constar no edital.

Discorre ainda, que não houve a intenção de restringir a licitação, citando o fato de não haver impugnação do certame nos pontos aqui tratado, além de o número de licitantes ter se mantido, de acordo com a média das últimas licitações.

### **Análise Técnica:**

A par de tudo o que foi exposto, entende esta área técnica que deve a irregularidade ser mantida.

Justificam os responsáveis, em apertada síntese, que teria ocorrido um mero erro na transcrição do Termo de Referência e Minuta do Contrato, tendo em vista que a licitação do município de Jaguaré teria se baseado em um edital de uma cidade do Estado de São Paulo e que tal erro não teria prejudicado o andamento do certame.

Todavia, o referido “erro” recai sobre um dos requisitos essenciais do certame, que é a fixação do preço do produto contratado.

Como se sabe, a licitação:

Art. 3º da Lei 8.666/93. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os **princípios básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos.

Ou seja, da leitura do artigo supra vislumbra-se que vários Princípios atinentes à licitação foram violados pela cláusula em questão, não podendo se falar em mero erro formal, como querem os defendentes.

A busca pela proposta mais vantajosa para a administração pública passa diretamente pelo preço do serviço ou bem a ser adquirido. No caso vertente, como bem salientado na MT 1361/2018, não faz sentido um município do Estado do Espírito Santo balizar os preços de combustíveis de acordo com a média de preços de SP.

Os próprios representados reconhecem esse fato, de forma que lá os preços praticados são em média inferiores aos praticados na região norte do Espírito Santo, o que acaba por comprometer a competitividade do certame, haja vista que empresas do ramo, ao verifica tal fato, acabam por perder o interesse em razão de não conseguirem fornecer o produto nessas condições.

Argumentaram, também, que a redação correta iria prever os municípios de São Mateus e Linhares ao invés dos de SP. Contudo, mesmo que a intenção fosse essa, não foi o que se externou.

Dessa forma, em vista ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, não há como possíveis interessados fazerem essa interpretação, tendo que se ater ao que está posto. Por outro lado, a administração municipal não teria como exigir esse balizamento de outro modo, pelo mesmo motivo.

Como se observa, referida cláusula comprometeu todas as etapas do procedimento licitatório, inclusive já na fase de execução do contrato, não podendo prosperar a tese de que o erro seria meramente formal e que não teria comprometido o caráter competitivo do certame, a par de tudo o que foi exposto.

Nesses termos, corrobora-se o entendimento externado pela MT 1361/2018, segundo o qual o Sr. **Carlos José Nicolac Zanon** (Secretário Municipal de Educação e Cultura) incorreu em erro grosseiro ao incluir cláusula restritiva à competitividade, em que levava em consideração o preço médio de mercado do produto praticado na região de SP.

Na mesma linha, a Sra. **Lúcia Helena Lorencini** (Advogada Pública Municipal) também incorreu em erro grosseiro ao emitir parecer jurídico pela legalidade de processo licitatório mesmo existindo cláusula restritiva à competição.



**Por todo o exposto, sugere-se a manutenção da irregularidade.**

## **2.2 Ausência de Parametrização de Preço**

Critério: art. 2º, da Lei 8.666/1993.

### **Responsáveis:**

**a) Carlos José Nicolac Zanon** (Secretário Municipal de Educação e Cultura)

Conduta: Elaborar Termo de Referência com cláusula que configura burla à licitação, incorrendo em erro grosseiro, uma vez que a regra é licitar, conforme expresso na legislação pertinente.

Nexo: Ao elaborar termo de referência com cláusula que autoriza o faturamento dos combustíveis pelo preço da bomba à vista, caso não haja coleta de dados pela ANP no município base, burlou a regra de licitar, estabelecida expressamente na legislação pertinente.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa do Secretário Municipal de Educação e Cultura, tendo em vista tratar-se de violação direta ao estabelecido expressamente na legislação pertinente.

**b) Lúcia Helena Lorencini** (Advogada Pública Municipal)

Conduta: Emitir parecer jurídico pela legalidade de processo licitatório (evento 13, fls. 01-10) mesmo existindo cláusula que caracteriza burla à licitação, incorrendo em erro grosseiro.

Nexo: Ao emitir parecer jurídico, pela legalidade da licitação, contribuiu para que o certame ocorresse mesmo possuindo cláusula flagrante de burla à licitação, violando, dessa forma, a legislação pertinente.

Culpabilidade: Era exigível que a Advogada do Município elaborasse um parecer não aprovando procedimento licitatório em análise, tendo em vista a cláusula evidente de burla à licitação, configurando, dessa forma, infringência direta ao estabelecido na legislação pertinente.

**A área técnica desta Corte de Contas, por meio da Instrução Técnica Inicial 668/2018, assim se manifestou acerca da irregularidade:**



Ao compulsar o termo de referência, verifica-se as seguintes cláusulas acerca do preço do combustível:

3.7.2. Os preços terão como parâmetro restritivo para utilização do cartão o limite estabelecido do **preço unitário máximo do mês anterior ao da efetivação do abastecimento, por município, onde está instalada a base operacional da frota, disponibilizado no endereço eletrônico: [www.anp.gov.br](http://www.anp.gov.br) da ANP** — Agência Nacional de Petróleo para os diversos tipos de combustíveis.

3.7.3. **Caso não haja coleta de dados no município base, será adotado o valor de bomba a vista, ou seja, os valores dos combustíveis adquiridos serão faturados de acordo com o preço à vista de bomba.** (g.n.)

As aludidas cláusulas também constam da Minuta Contratual, nos subitens 5.7.2 e 5.7.3 (evento 15, fl. 26).

Em breve consulta no site da ANP, constata-se que não foi realizada a coleta de preços em Jaguaré, no decorrer do exercício de 2018.

Destaca-se que consta dos autos relatório intitulado 'Síntese de Preços Praticados', onde evidenciou-se que o município de Jaguaré não era contemplado pelas coletas de preços realizadas pela ANP (evento 10, fls. 3-5), e, mesmo assim, a Administração propôs que, caso não houvesse a coleta de dados no município base, deveria ser adotado o valor de bomba à vista para o faturamento.

Da forma em que foi estabelecida esta suposta 'parametrização', o município de Jaguaré estará sujeito a pagar o valor estipulado em bomba, sem qualquer limite, quando forem realizados abastecimentos em Jaguaré ou/e em outro município não contemplado pelas coletas da ANP, o que equivale à aquisição de combustível sem a devida licitação.

Nos termos da Lei 8.666/1993, quando a Administração Pública firma ajustes com terceiros visando à realização de obra ou o fornecimento de bens e serviços, a regra é licitar, exceto as hipóteses legais de contratação direta.

Tomando por base tal premissa e trazendo-a para o serviço de gerenciamento de frota, a conclusão lógica é no sentido de ser obrigatória a licitação. Ocorre que analisando a relação jurídica formada, verifica-se que juntamente com o serviço de gestão, há o fornecimento de combustível.

Sobre esse aspecto da contratação de gerenciamento de frota, o Plenário do TCU emitiu o Acórdão 90/2013, de relatoria do Min. Valmir Campelo, de onde se extrai excerto do Voto do Relator:

10. De acordo com o termo de referência, a Samf-SP pretende contratar empresa especializada em gestão de abastecimento de frota por meio do uso de cartão eletrônico em postos de combustíveis credenciados. Esse modelo de contratação substitui aquele em que o órgão público licita o abastecimento e contrata uma determinada empresa de posto de combustível, normalmente com base no maior desconto oferecido sobre o preço médio pesquisado pela Agência Nacional de Petróleo (ANP).

11. Nesse novo modelo, o contrato é firmado não mais com uma determinada empresa de venda de combustíveis, mas com a empresa de gestão de cartões, que deve oferecer ao contratante a disponibilidade de postos credenciados de várias bandeiras e localidades, cabendo aos usuários e gerente da frota a escolha daqueles que possuam o menor preço unitário praticado no momento e localidade do abastecimento.

12. Contudo, **ainda que a contração seja realizada com uma empresa de gestão, que não fornece combustível, o modelo pressupõe que a proposta da licitante seja parametrizada com base no preço desse produto, tanto para efeito de julgamento e escolha daquela que se apresentar mais vantajosa, quanto para precificar a execução do contrato.** (g.n.)

13. Na fórmula adotada pela Samf-SP, **a proposta mais vantajosa será aquela que apresentar o menor preço final após aplicados o desconto**

**e a taxa de administração, tendo por base o preço de referência relativo à média do mercado local apurado pela ANP. (g.n.).**

Em 2015, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, por meio do Acórdão TC 850/2015 – Plenário, também se manifestou pela irregularidade da contratação de gerenciamento de sistema informatizado e integrado para abastecimento de combustível sem a parametrização de preço.

[...]

2.2 Burla à obrigação de licitar combustíveis – ausência de parametrização (item 2.2, da ITC).

[...]

Argui, ainda, a equipe técnica, que **o risco que a parametrização evita é justamente o de serem utilizados os valores constantes de cada bomba de combustível, hipótese em que haveria a aquisição de combustível sem a devida licitação, posto que para cada fornecedor pode haver um pagamento diferenciado em virtude dos diversos valores cobrados. (g.n.)**

Informa também que tais preços praticados pelos postos de abastecimento, em razão da falta de controle, poderiam ser superiores ao valor de mercado, seja em virtude do credenciamento de postos que sejam mais vantajosos ao contratado, seja em razão da elevação do preço do combustível das bombas.

[...]

Desta maneira, certo é que o entendimento da área técnica quanto ao requisito inafastável de parametrização de preços quanto ao serviço de gerenciamento de sistema informatizado e integrado para abastecimento de combustíveis, através de cartão magnético, isto é, **que haja a indicação expressa de um parâmetro de preços que garanta a não extrapolação do valor de mercado. (g.n.)**

Como forma de otimizar os recursos públicos criou-se, ao invés do método tradicional de licitação, por meio do qual a Administração seleciona apenas um posto para abastecer toda a frota, o sistema de cartão combustível, tendo como característica a descentralização do abastecimento da frota, otimizando o controle da despesa e contribuindo para a redução do consumo de combustível.

Registra-se que o objetivo final e maior da Administração Pública é a supremacia do interesse público, seja ela imediata ou mediata, ou seja, o administrador deve sempre buscar o que melhor atende o interesse da sociedade.

Vê-se que a gestora não efetivou a parametrização para efeito de contratação do serviço de gerenciamento de sistema informatizado e integrado para abastecimento de combustíveis, razão pela qual mantenho a irregularidade.

Corroborar esse posicionamento desta Corte de Contas o Acórdão TC 1355/2017 – Primeira Câmara, que acompanhou o posicionamento da área técnica quanto à possibilidade de parametrização do preço pela média divulgada pela ANP.

Acompanho o entendimento técnico, já que a cláusula 8.5.2 do edital exigiu o registro no Conselho de origem da licitante, e não apenas no CRA do Espírito Santo, como alegou a representante. Por sua vez, as cláusulas 15.2 e 15.4, **que incluíram parâmetros para a fixação do preço e a qualidade dos combustíveis, são regulares e plenamente aceitas na jurisprudência, conforme demonstrou a área técnica. (g.n.)**

Assim, fica evidenciada a obrigatoriedade em parametrizar o preço quando o modelo escolhido for o gerenciamento de frota com fornecimento de combustível, fato que não ocorreu no caso concreto.

Da documentação encaminhada pelos notificados, constata-se o Senhor Carlos José Nicolac Zanon, Secretário Municipal de Educação e Cultura, foi o responsável pelo Termo de Referência (evento 14, fls. 01-10), Minuta Contratual (evento 15, fls. 20-32) e pela homologação do certame com cláusula evidente de burla à licitação (evento 19, fl. 06).

Já a Senhora Lúcia Helena Lorencini, Advogada Pública Municipal, emitiu parecer jurídico confirmando a manutenção de cláusula flagrante de burla à licitação, possibilitando, dessa forma, a realização do certame (evento 13, fls. 01-10).

Ao se considerar o critério de aferição de responsabilidade baseado na conduta do homem médio, fica evidenciado que um mínimo de diligência a respeito do estabelecido na legislação evitaria o resultado irregular, o que corrobora o entendimento de que a situação em análise advém de erro grosseiro do Secretário Municipal de Educação e Cultura e da Advogada Pública Municipal.

Verificar se existe burla ao procedimento licitatório é abordagem essencial, que não pode faltar a qualquer gestor ou responsável que se depare com um termo de referência e/ou minuta contratual; quiçá a um parecerista jurídico.

A partir do momento que o parecer jurídico silencia sobre esse aspecto, deixando de apontar flagrante burla à licitação de fácil constatação, tem-se que o parecerista incorreu em erro grosseiro.

Dessa maneira, faz-se necessário que os responsáveis sejam citados para apresentação de justificativas.

## **Justificativas apresentadas em conjunto pelos responsáveis – Doc. Eletrônico 61:**

### **Nas palavras dos defendentes:**

Na verdade, como relatado no item anterior, o presente edital foi adaptado de um Edital publicado por um município do Estado de São Paulo.

Naquele município havia coleta de dados pela ANP, no entanto, quando da adaptação para o município de Jaguaré, foi necessário a inclusão de um item no termo de referência e automaticamente na minuta do contrato.

Assim, a inclusão deste item pode não ter refletido aquilo que exatamente pretendia a administração, mas, na prática, foi o que ocorreu.

Conforme também já relatado, as fls. 4-6, doc. 01 em anexo, do Processo Administrativo 4420/2018, desde o início do procedimento administrativo visando à contratação de empresa para a prestação deste tipo de serviço, já havia menção que seriam adotados como preços máximos parametrizador da contratação, a média dos preços máximos de revenda divulgados pela ANP nos municípios maiores e mais próximos do município de Jaguaré, quais sejam, São Mateus ao Norte e Linhares ao Sul.

Naquela oportunidade, conforme fl. 06 do doc. 01 em anexo, os preços máximos de revenda divulgados pela ANP obtidos pela média dos preços praticados em São Mateus e Linhares foram os seguintes:

- Gasolina: R\$ 4,91;
- Óleo diesel comum: R\$ 3,63
- Óleo diesel comum: 3,66

Dessa forma, na prática, mesmo que a cláusula 3.7.3 do Termo de Referência replicada na forma da cláusula 5.7.3 da minuta de contrato não tenha estabelecido como preço parametrizador aquele obtido pela média dos preços máximos de revenda levantado e divulgados pela ANP praticado nos municípios de Linhares e São Mateus, bem como a questão dos preços à vista, isto de forma efetiva vem ocorrendo.

### **Análise Técnica:**

Analisando a argumentação trazida pelos defendentes, percebe-se que a linha de raciocínio segue no mesmo sentido da defesa do tópico anterior, segundo a qual teria havido um erro na adaptação do edital levado como base para o certame municipal.

Todavia, como já dito anteriormente, o “erro” acometeu de irregularidade praticamente todo o certame, tendo em vista que prejudicou um ponto fulcral da licitação, que é o preço ao qual a administração irá pagar pelo serviço contratado.

Indo além, como bem apontado por esta área técnica, da leitura das cláusulas 3.7.2 e 3.7.3 do Termo de Referência, extrai-se que não houve uma parametrização do preço a ser licitado.

O município, nesse caso, fica sujeito a pagar o valor que estiver estipulado pelo posto, não havendo qualquer limite razoável nessa transação. Ou seja, como apontado, houve uma burla ao processo licitatório, o que equivale dizer que está havendo a aquisição de combustível sem a devida licitação.

O fato de os gestores terem pensado em utilizar como parâmetro os preços coletados pela ANP nos municípios de Linhares e São Mateus não tem o condão de afastar a presente irregularidade, pois, como já explicitado, a cláusula não contém esse dado, o que impossibilita a administração pública de exigir o seu cumprimento.

Nesses termos, corrobora-se o entendimento externado pela MT 1361/2018, segundo o qual o Sr. **Carlos José Nicolac Zanon** (Secretário Municipal de Educação e Cultura) incorreu em erro grosseiro ao elaborar Termo de Referência com cláusula que configura burla à licitação.

Na mesma linha, a Sra. **Lúcia Helena Lorencini** (Advogada Pública Municipal) também incorreu em erro grosseiro ao emitir parecer jurídico pela legalidade de processo licitatório (evento 13, fls. 01-10) mesmo existindo cláusula que caracteriza burla à licitação petição.

**Por todo o exposto, sugere-se a manutenção da irregularidade.**

### **2.3 Não exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica – Manifestação Ministério Público de Contas – 342/2018.**

A priori, registra-se que compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo decidir sobre representação que lhe seja encaminhada, nos termos do Regimento Interno (art. 1º, inciso XXV da LC n. 621/12). Ademais, preceitua o art. 101, parágrafo único, da LC n. 621/2012 que “aplicam-se à representação prevista nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia”.

No caso vertente, observam-se presentes os requisitos de admissibilidade elencados no art. 94 da LC n. 621/2012.

Quanto ao mérito, colhe-se da Manifestação Técnica 01361/2018-1 a supressão integral dos apontes de irregularidades indicados na peça inicial, permanecendo, no entanto, os apontamentos identificados pela Unidade Técnica e dispostos nos itens 4.1 e 4.2[1].

Nesta esteira, cabe destacar que as irregularidades afastadas se referem a não inclusão no edital de exigência de comprovação de qualificação econômico-financeira, por intermédio de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, bem como de exigência de comprovação de qualificação técnica, por meio de atestado de capacidade técnica.

Acerca do assunto, fez a SecexMeios menção ao Acórdão 891/2018 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, afirmando que nele foi reconhecido baixo risco quanto à não exigência das comprovações de qualificação técnica e econômico-financeira.

Ademais, trouxe excertos do Parecer Consulta TCEES n. 8/2015 e do Acórdão TCEES n. 487/2013 em que consta a possibilidade da Administração não exigir no Edital de Licitações alguns dos documentos previstos no art. 31 da Lei n. 8.666/1993.

Desta forma, concluiu a Unidade Técnica pelo atendimento da exigência de comprovação de qualificação econômico-financeira, uma vez que não se faz necessária a exigência de todos os documentos elencados no art. 31 da Lei n. 8.666/1993, bem como de qualificação técnica que, ainda que ausente sua previsão no edital, foi devidamente encaminhada pelo licitante.

Não obstante, comunga este Parquet de Contas do posicionamento do Tribunal de Contas de União, externado no Informativo de Licitações e Contratos n. 341/2018, de que a exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes é dever da Administração, devendo ser essa exigência mínima capaz de assegurar que a contratada estará apta a executar o que foi pactuado. Vejamos:

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados. Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade no edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES), cujo objeto era o “fornecimento de cartões combustível pós-pagos para veículos a serem utilizados por aquela unidade nas eleições de 2018”. A suposta irregularidade consistia na falta de exigência de comprovação de qualificação técnica pelas empresas interessadas, o que, conforme a representante, poderia resultar em prejuízo à Administração, por possibilitar a contratação de empresa que não reunisse as condições técnicas



necessárias à correta prestação dos serviços pretendidos. Ao examinar a matéria, a unidade técnica constatou que o edital também não estabelecia nenhuma exigência quanto à qualificação econômico-financeira das licitantes. Em seu voto, o relator destacou, preliminarmente, que, pelo fato de os requisitos relativos à comprovação das qualificações técnica e econômico-financeira serem “condições para a habilitação das interessadas, conforme previsto no art. 27 da Lei de Licitações”, restaria perquirir “o grau de obrigatoriedade dessas exigências nas licitações públicas e quais efeitos sua eventual ausência teriam sobre a validade do certame”. O relator salientou que a jurisprudência e a doutrina são “razoavelmente consensuais no entendimento de que a exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração”. Essa obrigação, entretanto, segundo ele, “não é mera formalidade e está sempre subordinada a uma utilidade real, ou seja, deve ser a mínima exigência capaz de assegurar, com algum grau de confiança, que a empresa contratada será capaz de fornecer os bens ou serviços adquiridos”. Em consequência, “a documentação a ser fornecida deve guardar relação com o objeto pretendido no sentido de que aquisições mais simples demandarão menos comprovações e, contrário sensu, as mais complexas exigirão mais salvaguardas”. E arrematou: “a própria Lei de Licitações, em seu art. 32, § 1º, modula as exigências relativas à habilitação das licitantes, permitindo a dispensa dos documentos, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”. Caberia então identificar, no caso concreto, “se o objeto do Pregão Eletrônico 7/2018, por sua singeleza, reúne características que, por exceção, possibilitem a dispensa da comprovação das qualificações técnica e econômico-financeira das empresas interessadas”. Para o relator, por um lado, o objeto do pregão em apreço demandaria que a contratada tivesse uma rede de postos credenciados e fosse capaz de confeccionar os cartões magnéticos e gerenciar eletronicamente as transações realizadas, não se tratando, à primeira vista, de um serviço que pudesse ser fornecido por qualquer empresa. Por outro lado, ponderou que “o valor máximo estimado para a contratação em tela, de R\$ 87.908,21, aproxima-se muito do limite admitido para o convite (R\$ 80.000,00), modalidade que a Lei 8.666/1993 desobriga a Administração das exigências de habilitação das licitantes”. Além disso, asseverou que “existe um perigo na demora reverso, uma vez que os serviços licitados são instrumentais à realização das eleições de 2018, podendo o atraso no seu fornecimento impactar as atribuições do TRE/ES durante o pleito”. Considerando que a situação examinada impunha baixo risco à Administração, já tendo o órgão, inclusive, promovido outros certames nas mesmas condições sem maiores percalços, o relator concluiu ser possível aceitar, excepcionalmente, a não exigência da documentação relativa à habilitação técnica e econômico-financeira no respectivo edital, sem prejuízo, contudo, de cientificar o órgão acerca da necessidade de sua inclusão em futuras licitações de mesmo objeto. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu considerar a representação parcialmente procedente e dar ciência ao TRE/ES de que “a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993”. Acórdão 891/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro.

Assim sendo, em leitura ao sobredito julgado, observa-se que o “baixo risco”, mencionado pela Unidade Técnica, foi vislumbrado naquele caso concreto, excepcionalmente, em razão do valor máximo estimado para a contratação se aproximar muito do limite admitido para o convite, modalidade que a Lei n. 8.666/1993 dispensa as exigências habilitatórias, e das evidências de que os serviços licitados eram instrumentais à realização das Eleições 2018.

Destarte, avaliando o caso vertente, observa-se inexistir a conjugação dos dois fatores acima elencados, de modo que a urgência inexistente e o valor global (R\$ 413.698,91) supera em muito ao da modalidade do convite (R\$ 176.000,00[2]).

Portanto, não se pode conformar com o opinamento técnico, uma vez que vislumbrada possíveis irregularidades no Pregão Presencial n. 46/2018 em razão da ausência de cláusulas editalícias dispondo sobre a comprovação da qualificação técnica e da capacidade econômico-financeira das licitantes, fazendo, pois, indispensável o chamamento de Carlos José Nicolac Zanon (Secretário Municipal de Educação e Cultura) e Lúcia Helena Lorencini (Advogada Pública Municipal) ao processo para, querendo, apresentar justificativas.

Isto posto, pugna o Ministério Público de Contas pelo prosseguimento do feito, com a citação dos responsáveis elencados na ITI 00668/2018-9 e nesta Manifestação Ministerial para, querendo, apresentar alegações de defesa, nos termos do art. 56, inciso II, da LC n. 621/2012.

Por fim, com fulcro no inciso III do art. 41 da Lei n. 8.625/1993[3], bem como no parágrafo único do art. 53 da LC n. 621/2012[4], reserva-se ao direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento.

### **Justificativas apresentadas em conjunto pelos responsáveis – Doc. Eletrônico 61:**

Argumenta o representado que a jurisprudência do TCU a qual se fundou o MPC seria em apenas um único caso, acrescentando, ainda, que não se aplicaria em sua totalidade ao caso vertente.

Informa que foi sim exigida a qualificação econômica financeira dos licitantes, nos termos do item 12.1.5, alínea “a”, do edital, em que se exigiu a apresentação de certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial, ao passo que foi cumprido pelo licitante vencedor.

Quanto à qualificação técnica, afirma que o serviço demandado seria comum e por esse motivo a dispensou, mas que, mesmo assim, foi apresentado dois atestados de capacidade técnica por parte do licitante.

Demais disso, traz à baila o Parecer Consulta TC 8/2015, desta Corte, em que foi decidido que não haveria necessidade de se exigir alguns documentos previstos no artigo 31 da Lei 8.666/93.

### **Análise Técnica:**

Compulsando-se os autos, principalmente as jurisprudências acostadas, deduz-se que a irregularidade deve ser de fato afastada, como sugerido pela Manifestação Técnica 1361/2018.

A questão central gira em torno da não exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica no certame em debate.

No caso vertente, a tese da parte representante trouxe como base a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, mais



especificamente o Acórdão TCU 891/2018 – Plenário, que passou a integrar o Informativo de Licitações e Contratos 344, de 15 de maio de 2018, em que se decidiu, naquele caso, que:

[...]

13. Os pareceres lançados nos autos também opinaram no sentido de que o risco imposto à Administração em face da ausência da comprovação da qualificação técnica e econômico-financeira das licitantes é baixo, já tendo a unidade jurisdicionada, anteriormente, promovido outros certames nessas mesmas condições, sem maiores percalços.

14. Nesse contexto, **concordo que é possível aceitar, nesse caso específico, excepcionalmente, a não exigência da documentação relativa à habilitação técnica e econômico-financeira no respectivo edital**, sem prejuízo de dar ciência ao TRE/ES acerca da necessidade de sua inclusão nas futuras licitações de mesmo objeto.

Ou seja, a própria jurisprudência trazida pelo representante permite que seja adotado o procedimento que se está contestando, apesar de o decisum apontar a especificidade do caso.

Demais disso, a MT 1361/2018 trouxe farta jurisprudência desta Corte de Contas, inclusive Parecer Consulta, em que se permite deixar de exigir tais documentos em determinados casos.

O Parecer Consulta 8/2015 desta Corte de Contas

Examinando a redação do referido dispositivo, **pode-se concluir que é possível que o Administrador Público exija menos documentos dos que estão previstos no artigo 31, da Lei de Licitações. No entanto, não poderá ele exigir mais documentos do que o dispositivo prevê.** Neste sentido, o Administrador Público pode deixar de exigir qualquer dos seguintes documentos: balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; certidão negativa de falências e concordatas e garantia de, no máximo, 1% do valor estimado para contrato. (g.n.)

[...]

**Admitindo-se, pois, que a critério do Administrador Público, os documentos previstos no artigo 31, da Lei nº 8.666/93 poderiam não ser exigidos, a certidão negativa de falência ou concordata (artigo 31, inciso II) também poderia ser dispensada pelo próprio edital licitatório.** (g.n.)

[...]

Ainda sobre o tema, tem-se o Acórdão TCEES 487/2013:

Assim, **o se exigir menos que o limite da lei, estaria buscando a proposta mais vantajosa**, portanto, não se vislumbrando nessa representação nenhum prejuízo nem à Administração, nem ao reclamante e nem ao mercado. (g.n.)

Cabe frisar, por fim, que mesmo não havendo essas exigências, foi acostado aos autos do processo licitatório pela empresa vencedora

documentação comprobatória para as respectivas qualificações, o que supera a questão levantada.

**Por todo o exposto, sugere-se o afastamento da presente irregularidade.**

Pois bem, analisando as irregularidades mencionadas acima nota-se, de fato, a presença de cláusula restritiva no termo de referência e na minuta contratual em razão da previsão de que “os postos credenciados deverão praticar preços menores ou iguais aos preços no mercado à vista, em conformidade com a média da respectiva região de São Paulo”.

Não negamos que ela pode ter sido decorrente da utilização de um Edital de São Paulo, porém sem uma perfeita adequação ao município, o que acarretou um erro material. Essa hipótese, realmente, é a mais plausível, porém, no que pese isso, a redação naqueles termos influencia diretamente na competitividade do certame.

A possível presença desse erro material na elaboração do edital pode ser um argumento de atenuação da multa, mas não de afastamento da irregularidade.

Referente à responsabilidade do parecerista jurídico temos que analisar com muita cautela, em razão da falta de conhecimento técnico sobre a licitação, mas no caso concreto a redação tida como irregular não exigiria tal conhecimento para ser constatada como não regular, sendo um erro grosseiro a sua manutenção.

O mesmo raciocínio é aplicado à segunda irregularidade decorrente da seguinte redação editalícia: “Caso não haja coleta de dados no município base, será adotado o valor de bomba a vista, ou seja, os valores dos combustíveis adquiridos serão faturados de acordo com o preço à vista de bomba”, pois o que os responsáveis alegam foi que houve um erro material na redação, o que não afasta, por si só, a irregularidade.

Por fim, no que toca à terceira possível irregularidade (não exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica), acompanhando a área técnica e divergindo do Ministério Público de Contas, entendemos pelo seu afastamento, isso porque esta Corte de Contas possui uma série de julgados indo ao encontro da não exigência em determinados casos (Ex.: Parecer Consulta 8/2015 e Acórdão TC 487/2013). Além disso, a empresa

vencedora apresentou tal documentação comprovatória (ainda que não exigida em Edital).

Assim, acompanhamos a **Instrução Técnica Conclusiva 1746/2019** e a adotamos como fundamentação de modo a seguir integralmente o entendimento da área técnica e parcialmente o do Ministério Público de Contas para **manter** as irregularidades de: a) Previsão de Cláusula Restritiva no Termo de Referência e na Minuta Contratual e b) Ausência de Parametrização de Preço; **afastando** a irregularidade de: c) Não exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica.

### **3. DOS DISPOSITIVOS:**

Por todo o exposto, acompanhando integralmente o entendimento da área técnica e parcialmente o do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

**LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA**

Conselheiro Relator

#### **1. ACÓRDÃO TC-852/2020-5**

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

**1.1.** Na forma do artigo 95, inciso II, da Lei Complementar 621/2012, **CONSIDERAR PARCIALMENTE PROCEDENTE a representação**, de modo a **AFASTAR** a irregularidade de “Não exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica” (Item 2.3 da **Instrução Técnica Conclusiva 1746/2019**) e **MANTER** as seguintes irregularidades:

**a) Previsão de Cláusula Restritiva no Termo de Referência e na Minuta Contratual** (Item 2.1 da **Instrução Técnica Conclusiva 1746/2019**)

Critérios: art. 2º, parágrafo único, e art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/1993.

**Responsáveis:**

**e) Carlos José Nicolac Zanon** (Secretário Municipal de Educação e Cultura)

**f) Lúcia Helena Lorencini** (Advogada Pública Municipal)

**b) Ausência de Parametrização de Preço** (Item 2.2 da Instrução Técnica Conclusiva 1746/2019)

Critério: art. 2º, da Lei 8.666/1993.

**Responsáveis:**

**a) Carlos José Nicolac Zanon** (Secretário Municipal de Educação e Cultura)

**b) Lúcia Helena Lorencini** (Advogada Pública Municipal)

**1.2.** Na forma do artigo 135, inciso II Lei Complementar 621/2012, **aplicar multa** de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por irregularidade, totalizando R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Sr. Carlos José Nicolac Zanon e R\$ 1.000,00 (mil reais) à Sra. Lúcia Helena Lorencini.

**1.3. DAR CIÊNCIA** à Representante e aos Responsáveis da decisão, na forma do §7º do artigo 307 do RITCEES;

**1.4.** Após cumpridas as formalidades legais, **ARQUIVEM-SE** os autos.

**2.** Unânime.

**3.** Data da Sessão: 28/08/2020 – 22ª Sessão Ordinária da 2ª CÂMARA

**4.** Especificação do quórum:

**4.1** Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator) e Domingos Augusto Taufner.

CONSELHEIRO SERGIO MANOEL NADER BORGES

**Presidente**

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

**Relator**

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Fui presente:**

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

**Subsecretária das Sessões**