



Acórdão 00659/2022-8 - Plenário

Processo: 04719/2021-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Serra

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA.

Responsável: ANTONIO SERGIO ALVES VIDIGAL, KARLA VIANNA GOMES, NIRIA ARTINA DOS SANTOS

Procuradores: RAFAEL PARODI FERRARESSO (OAB: 434463-SP), ANDREIA LOVIZARO (OAB: 189751-SP), PEDRO HENRIQUE FERREIRA RAMOS MARQUES (OAB: 261130-SP), ANDRE LUIZ DE OLIVEIRA SILVA (CPF: 011.757.536-45), MELIZA CRISTINA DA SILVA (CPF: 052.149.176-27), IGOR LUCIO GOULART FERREIRA (CPF: 079.552.446-30), RODRIGO CAIADO PARONETTO (CPF: 947.213.606-06), CELSO RICARDO SOUZA LIMA (CPF: 303.731.388-90), ANDRESA ROCHA CROSARA DOMINGOS (OAB: 125198-MG), OTAVIO AUGUSTO COSTA SANTOS (OAB: 9710-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – PREFEITURA
MUNICIPAL DA SERRA – IMPROCEDÊNCIA – DAR
CIÊNCIA – EXTINGUIR PROCESSO – ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Cuida-se de Representação com pedido de medida cautelar, proposta em face do edital de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 210/2021 publicado pelo Município de Serra, em razão de supostos indícios de irregularidades referente ao objeto de contratação, qual seja, a *“Contratação de Empresa especializada em Administração e Fornecimento Mensal do Benefício do PROGRAMA DE COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA FAMILIAR DO MUNICÍPIO DA SERRA através de Cartão Eletrônico/Magnético, conforme Processo n. 35974/2021 SEMAS, com despesa*

devidamente aprovada pelo COAD, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seis anexos”

Nos termos da peça exordial, alegou inicialmente o manifestante, em síntese, que, conforme se verificava no Item 14 do Termo de Referência, o certame não possuía previsão sobre a quantidade de estabelecimentos comerciais que deveriam ser credenciados pela futura contratada, apontando que o fato poderia comprometer a lisura do certame por conter disposição nitidamente subjetiva.

Diante dos fatos narrados, por meio da Decisão Monocrática 805/2021-9 (evento 06), com supedâneo no art. 177, §2º c/c art. 186 do RITCEES, realizei o juízo de admissibilidade, conhecendo a presente representação, e determinei a notificação do Prefeito Municipal de Serra, Sr. ANTÔNIO SERGIO ALVES VIDIGAL, da Pregoeira, Sra. Karla Vianna Gomes, e da responsável pela elaboração do Termo de Referência, Sra. Niria dos Santos Barbosa, para que no prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 125, §3º, da LC621/2012, se manifestassem sobre as supostas irregularidades apontadas.

Nesse ínterim, a representante apresentou Petição Intercorrente 891/2021 – 3 (evento 24), informando a esta Corte de Contas que o instrumento convocatório sob análise havia sido reformulado pelo órgão representado – e adiado -, passando a constar a obrigatoriedade de credenciamento com no mínimo 03 (três) estabelecimentos comerciais por bairro, estabelecidos no subitem 5.11 do Termo de Referência, mas alegou, contudo, que a reformulação constava sem *“especificar qual o critério adotado para tal fixação de 03 (três) estabelecimentos por bairro e tampouco sem a apresentação de qualquer estudo de mercado, cuja inobservância macula a lisura do procedimento licitatório, posto que não apresenta de forma fundamentada as condições a serem envolvidas na prestação dos serviços”*. Com isso, ratificou o pedido de suspensão liminar do certame e requereu a reformulação do item 5.11 do Termo de Referência.

Após manifestação tempestiva das partes notificadas (Respostas de Comunicação 1228/2021, 1227/2021 e 1238/2021), que também noticiaram o adiamento do certame e alteração do ato convocatório, os autos foram encaminhados ao Núcleo

de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, que elaborou a Manifestação Técnica de Cautelar 151/2021 opinando pelo indeferimento da medida cautelar.

Acompanhando as razões da área técnica, proferi o Voto 05660/2021-1 (evento 33), ratificado em sessão pela Decisão TC-3780/2021-8 (evento 34), decidindo pelo indeferimento da medida cautelar, nos termos do art. 307, § 3º do RITCEES, porquanto ausentes os requisitos autorizadores, assim como verificado o risco do *periculum in mora* reverso no caso em comento.

Na mesma ocasião, indeferi o pleito de preliminares de ilegitimidade passiva pleiteadas por KARLA VIANA GOMES e por ANTÔNIO ALVES SÉRGIO VIDIGAL.

Ato contínuo, os responsáveis, após serem notificados da decisão, apresentaram esclarecimentos, tendo o processo sido encaminhado, posteriormente, ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF), onde foi elaborada a Instrução Técnica Conclusiva 00905/2022-1, cuja análise realizada culminou na seguinte proposta de encaminhamento:

3 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Tendo em vista as análises procedidas em relação aos questionamentos apontados pelo representante no Edital do Pregão Eletrônico nº 210/2021, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Considerar **improcedente** a representação, nos termos do art. 178, I do RITCEES;

3.2. Dar ciência à Representante do teor da decisão final a ser proferida.

Em seguida, foram os autos encaminhados para o Ministério Público de Contas, tendo sido confeccionado o Parecer 01157/2022-7 (evento 65), anuindo aos *argumentos fáticos e jurídicos delineados na 61 -Instrução Técnica Conclusiva 00905/2022-1.*

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Admitida a presente representação através da Decisão Monocrática 00805/2021 (evento 06), passamos à análise dos fundamentos apresentados.

Pois bem.

Rememorando, insurge a representante ao estabelecido no subitem 5.11 do Termo de Referência – Pregão Eletrônico nº 210/2021 – versão 2 ao estabelecer em suas diretrizes a obrigatoriedade de credenciamento da empresa participante com no mínimo 03 (três) estabelecimentos comerciais por bairro.

Vejamos a redação do subitem objurgado:

5.DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

[...]

5.11. O cartão eletrônico/magnético referente ao Benefício do Programa de Complementação de Renda Familiar deverá ser aceito como meio de pagamento, numa ampla rede credenciada pela CONTRATADA. A referida rede deverá ofertar, no mínimo 03(três) estabelecimentos por bairro, sendo que destes ao menos 01 (um) deverá ser supermercado, ou 01 (um) mercearia, ou um estabelecimento que comercialize itens da cesta básica, sem acréscimos de preço em relação ao pagamento a vista. Tal solicitação se faz necessária considerando que o público atendido pelo Programa Municipal de transferência de renda encontra-se em situação de pobreza e extrema pobreza e em condição de desproteção social, devido principalmente a ausência de renda. Somado a isto, de acordo com dados extraído do Cadastro Único do Governo Federal, o público do Programa está localizado em bairros com altos índices de vulnerabilidade social, sem acesso a vários direitos, inclusive ao transporte coletivo por ausência de renda. [grifei]

Acerca disso, faço constar como parte integrante deste Voto o seguinte trecho, extraído da Instrução Técnica Conclusiva 00905/2022-1, senão vejamos:

[...]

2 – ANÁLISE

A representante alegou (peça 24), de maneira resumida, que o ente não apresentou o critério adotado e nem o estudo de mercado para justificar a exigência do quantitativo mínimo de três estabelecimentos credenciados por bairro, limitando-se a informar ter sido feita “uma estimativa de atendimento por território”. Ademais, houve divergência entre o número de **144** bairros do município da Serra constante no item **2.1 do TR** e os **185** observados na listagem nominal fornecida à representante (peça 26, p. 24, 31-35). Tais fatos, segundo a representante, levam ao descumprimento do art. 40, VIII, da Lei 8.666/1993, transcrito:

Art. 40.O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a

menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às **condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;**” (g.n)

Em sede da MTC 0151/2021-1 (peça 31), entendeu-se que a exigência do quantitativo mínimo de três estabelecimentos credenciados por bairro, “não se afigura demasiadamente elevado, sendo perfeitamente razoável a referida previsão”, para atendimento dos beneficiários do programa. Além disso, afirmou-se que o edital apresentou condições para a formulação da proposta, *in verbis*:

Contudo, em que pese a ausência de um estudo técnico no intuito de atender às reais necessidades da população beneficiada, o edital contém claramente a exigência de três estabelecimentos por bairro, fornecendo aos participantes os elementos mínimos necessários para a formulação de proposta.

Após o indeferimento da medida cautelar (Decisão 03780/2021-8 – Plenário, peça 34), os notificados assim se manifestaram:

Sergio Sergio Alves Vidigal (Prefeito) – peça 48 e **Karla Vianna Gomes** (Pregoeira Oficial) – peça 51:

Quanto ao subitem 5.11 do TR (mínimo três estabelecimentos comerciais credenciados por bairro), ambas se reportaram às justificativas apresentadas pela Semas, conforme ofício SEMAS/GAB Nº 1142/2021, de 13/12/2021 (peça 50):

Considerando o Relatório de Informações Sociais - MDS de 2020 que apontou que o quantitativo de famílias cadastradas no CadÚnico no Município de Serra é de 51.278 (cinquenta e uma mil, duzentos e setenta e oito) e que desse número, 5.508 (cinco mil e quinhentos e oito) famílias encontram-se em situação de pobreza, com per capita de R\$ 200,00 (duzentos reais) e 23.883 (vinte três mil e oitocentos e oitenta e três) em situação de extrema pobreza com per capita de R\$ 100,00 (cem reais), em razão da dificuldade de locomoção nos territórios do Município e da extrema vulnerabilidade financeira, foi adoto (*sic*) o critério de que houvesse, no mínimo, 03 (três) estabelecimentos credenciados por bairro, com o objetivo de viabilizar a acessibilidade dos usuários em seus locais de residência.

Niria dos Santos Barbosa (responsável pela elaboração do edital) – peça 52:

(...) a peticionante vem informar que prestou todos os esclarecimentos em sua defesa previa, não tendo nada a acrescentar no presente momento a este processado, até mesmo pelo fato de que a mesma não tem, por conta do cargo que a mesma ocupa dentro da secretaria acesso a tais documentos, a não ser durante sua confecção e mesmo assim por orientação de seu superior, pois não tem a mesma nenhuma capacidade técnica e decisória para a elaboração dos mesmos.

Que de acordo com o teor dessa decisão, possíveis novos documentos que possam estar ajudando melhor na elucidação dos fatos, já foram solicitados ao Chefe do Poder Executivo e a gestora do contrato.

Pois bem.

Os notificados ratificaram tamanha exigência, ancorados pela vulnerabilidade social e financeira do público alvo descrita no Relatório de Informações Sociais de 2020/MDS, visando oportunizar a “acessibilidade dos usuários em seus locais de residência”, notadamente em razão da “dificuldade de locomoção nos territórios do Município”.

Nessa perspectiva, mantém-se o entendimento de que o número exigido de credenciados teve por finalidade facilitar o atendimento das necessidades dos beneficiários do programa.

Conforme item 4.7 do TR (peça 26, p. 25) a previsão é de beneficiar 4.233 famílias com o recebimento do valor unitário mensal de R\$ 154,00, com custo anual de R\$ 7.822.584,00.

Do item 14.2 do TR (peça 18, p. 134), se extraiu que a rede credenciada será apresentada em até cinco dias após a assinatura do contrato, senão vejamos:

14.2. A empresa licitante deverá comprovar **em até 05 (cinco) dias após a assinatura do contrato uma ampla rede de estabelecimentos comerciais de gêneros alimentícios credenciadas**, e que atenda ao disposto no item 5.11 deste edital, podendo esta comprovação ser concomitante com a apresentação da proposta comercial.

Nesse sentido, coaduna-se com precedentes do TCU e de outras Cortes de Contas, da vedação de exigências que impliquem em custos, na fase de habilitação, conforme Súmula TCU 272, de 2/5/2012, que consolida os entendimentos proferidos:

No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Considerando a importância do número de bairros para a formulação da proposta pelos licitantes e que os notificados não se manifestaram acerca da divergência apontada pela representante, solicitou-se à Sr. Karla (Pregoeira) a atualização da listagem, certificando-se da existência de **141 bairros no Município da Serra**, conforme previsto no edital e ratificado pela consulta realizada no dia 14/3/2022 ao sítio eletrônico¹ indicado pela pregoeira (peça 60).

Pelo exposto, entendeu-se não assistir razão à representante, sendo razoável, no âmbito do Programa de Complementação de Renda Familiar do Município da Serra, exigir o credenciamento mínimo de três estabelecimentos por bairro.

Registra-se que as análises empreendidas nestes autos se restringiram aos itens questionados pela representante, não abrangendo outros elementos que possam ser futuramente questionados nesta Corte de Contas, bem como, em eventuais fiscalizações ao jurisdicionado.

[grifei]

¹ <https://www.mbi.com.br/mbi/biblioteca/cidade/serra-es-br/>

Destarte, a área técnica analisou por meio da Instrução Técnica Conclusiva nº 00905/2022-1 (evento 61) exaustivamente a situação em estudo e não observou nenhuma irregularidade em exigir o credenciamento mínimo de três estabelecimentos por bairro para atender aos usuários do cartão eletrônico/magnético, beneficiários do Programa de Complementação de Renda Familiar do Município de Serra, posição da qual coaduno.

A jurisprudência da Corte de Contas da União tem entendido que, as exigências quanto ao número de estabelecimentos mínimos credenciados, se insere no âmbito do poder discricionário da Administração, pois a ele compete definir a real necessidade de atendimento aos beneficiários do vale alimentação, a exemplo dos Acórdãos 7.083/2010 – TCU – 2ª Câmara e 2.547/2007 – TCU – Plenário.

Nas palavras do i. doutrinador Marçal Justen Filho², o poder discricionário da administração pública na elaboração do instrumento convocatório, dentro do limite da lei, não tem o objetivo de frustrar o caráter competitivo do certame, reproduzo abaixo trecho do doutrinador:

“Verifica-se que as exigências contidas no instrumento convocatório possuem respaldo no poder discricionário da administração pública, dentro do limite de legalidade e não têm o objetivo de frustrar o caráter competitivo do certame.

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada - ou, mais corretamente, se a administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação. Assim, a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da Lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.”

Certo é, a necessidade de conter nos autos do processo administrativo, bem como no Termo de Referência, justificativas a contemplar as razões de fato e de direito que fundamentam as escolhas da administração na demanda dos produtos ou do

² JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13a edição, São Paulo, Dialética, 2009.

serviço que se pretende contratar e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto.

Em homenagem ao princípio da moralidade e razoabilidade, a decisão deve ser respaldada em estudos técnicos e estatísticos previamente realizados para fixação do quantitativo.

E quanto a necessidade de credenciamento de três estabelecimentos comerciais por bairro, justificam os responsáveis que, “[...] *utilizando como base para permitir o requisito licitatório o Relatório de Informações Sociais - MDS de 2020 que apontou que o quantitativo de famílias cadastradas no CadÚnico no Município de Serra é de 51.278 (cinquenta e uma mil, duzentos e setenta e oito) e que desse número, 5.508 (cinco mil e quinhentos e oito) famílias encontram-se em situação de pobreza, com per capita de R\$ 200,00 (duzentos reais) e 23.883 (vinte três mil e oitocentos e oitenta e três) em situação de extrema pobreza com per capita de R\$ 100,00 (cem reais), em razão da dificuldade de locomoção nos territórios do Município e da extrema vulnerabilidade financeira, foi adoto (sic) o critério de que houvesse, no mínimo, 03 (três) estabelecimentos credenciados por bairro, com o objetivo de viabilizar a acessibilidade dos usuários em seus locais de residência.*” Ofício SEMAS/GAB Nº 1142/2021, de 13/12/2021 (evento 50).

Nesse pormenor, não verifico no caso vertente, exigência descabida no subitem 5.11 do Termo de Referência – Pregão Eletrônico nº 210/2021 – versão 2, com intenção de frustrar o caráter competitivo do certame.

Outrossim, as diretrizes do edital em relação ao credenciamento estão em consonância com o entendimento dessa Corte de Contas³, ao entender que, *em processos licitatórios de serviço de administração de convênio refeição e alimentação é possível a exigência de quantitativo mínimo de supermercados e restaurantes credenciados, devendo tal comprovação ser feita somente quando da assinatura do contrato.* A exigência foi observada pela administração pública ao determinar o cumprimento da obrigação após a assinatura do contrato conforme item

³ Nesse sentido, jurisprudência desta Corte: ACÓRDÃO TC735/2021 –SEGUNDA CÂMARA, ACÓRDÃO TC332/2018 –SEGUNDA CÂMARA; ACÓRDÃO TC568/2015 –PLENÁRIO; ACÓRDÃO TC 69/2012; ACORDÃO TC 10/2015 –PLENÁRIO; ACORDÃO TC 244/2016 –PLENÁRIO; ACÓRDÃO TC-1207/2016 –PRIMEIRA CÂMARA (considerou irregular exigir rede credenciada no momento da habilitação); ACORDÃO TC-940/2019–PRIMEIRA CÂMARA.

14.2 do TR (evento 18, p. 134), não trazendo no momento da licitação custos desnecessários, anteriores ao contrato.

Ante todo o exposto, como o indício de irregularidade apontado pela representante não foi configurado, acompanho o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas quanto a improcedência da presente representação, de modo que VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-659/2022:

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, na forma do art. 178, I, do RITCEES, tendo em vista a não constatação de irregularidades;

1.2. DAR CIÊNCIA à Representante do teor da decisão final a ser proferida conforme art. 307, §7º, da Res. TC 261/2013;

1.3. ARQUIVAR os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 26/05/2022 – 24ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

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