ACÓRDÃO - AC00 - 1629/2021

PROCESSO TC/MS	:	TC/10488/2015
PROTOCOLO	:	1610198
PROCESSO APENSADO		TC/15211/2015
TIPO DE PROCESSO	:	REPRESENTAÇÃO
ÓRGÃO	:	PREFEITURA MUNICIPAL DE NAVIRAI
REPRESENTANTE	:	PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.
JURISDICIONADO	:	LEANDRO PERES DE MATOS
ADVOGADO	:	BRUNO ROCHA SILVA – OAB/MS 18.848
RELATOR	:	CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: REPRESENTAÇÃO – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – TERMO ADITIVO – JULGAMENTO CONJUNTO – AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS POR MEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE GERENCIAMENTO – CRITÉRIO DE JULGAMENTO INADEQUADO – IMPRECISÕES E INCOERÊNCIAS QUANTO AO OBJETO DA LICITAÇÃO – PROCEDÊNCIA PARCIAL – ATA DE REGISTRO DE PREÇO CONTAMINADA – TERMO ADITIVO COM ALTERAÇÃO DE OBJETO E REVISÃO DE PREÇOS INADEQUADA – ATOS IRREGULARES – APLICAÇÃO DE MULTA – RECOMENDAÇÃO.

1. Não demonstra irregularidade a exigência do edital de declaração de atendimento, na qual a empresa comprometia-se a fornecer os combustíveis, mesmo no caso de inadimplemento por parte da contratante, não sendo regra abusiva, já que visa à proteção do ente público.

2. A dubiedade quanto ao objeto da licitação, que mistura fornecimento de combustíveis com prestação de serviço de gerenciamento de rede de postos credenciados, provocou restrição ao princípio constitucional da isonomia e ao caráter competitivo do certame, com ofensa aos artigos 37, inciso XXI, da CF/88, c/c os artigos 3º, caput, §1º, I, da Lei 8.666/1993, e artigo 3º, II, da Lei 10.520/2002.

3. Comprovada a restrição da competitividade do pregão presencial pelas exigências editalícias, com a inversão das fases na apresentação do atestado de capacidade técnica, e a exigência antecipada da rede de postos credenciados que deve ser apresentada na fase da contratação, pela empresa vencedora, e não cobrada antecedentemente de todos os participantes do certame, afrontando às Leis nº 8.666/1993 e 10.520/2002, a procedência parcial da representação é medida que se impõe.

4. A existência de cláusulas restritivas no edital do certame, a incompatibilidade no critério de julgamento das propostas em relação ao objeto licitado, o uso indevido do Sistema de Registro de Preços para serviços continuados, a alteração do objeto licitado, incluindo o abastecimento no Município e a revisão indevida dos preços pactuados, implicam a declaração de irregularidade do procedimento licitatório, da formalização da ata de registro de preços e do seu respectivo Termo Aditivo.

5. As irregularidades ensejam a aplicação de multa ao responsável e a recomendação ao atual para que adote providências a fim de que não se repitam.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Reservada Presencial do Tribunal Pleno, realizada em 6 de outubro de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela **procedência parcial da representação**, promovida pela empresa **Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda.**, em face do **Município de Naviraí**, em razão de exigências editalícias restritivas da competitividade do Pregão Presencial nº 32/2015, com a inversão das fases na apresentação do atestado de capacidade técnica e da exigência antecipada da rede de postos credenciados, afrontando às Leis nº 8.666/93 e 10.520/2002. Em razão da fase de julgamento, **o sigiloso processual deve ser afastado**; pela **irregularidade** do procedimento licitatório Pregão Presencial nº 32/2015, da formalização da Ata de Registro de Preços nº 82/2015 e do seu respectivo 1º Termo Aditivo, firmados entre o **Município de Naviraí** e a empresa **Taurus Distribuídora de Petróleo Ltda.**, nos termos do artigo 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, devido às cláusulas restritivas; a incompatibilidade no critério de julgamento das propostas em relação ao objeto licitado; o uso indevido do Sistema de Registro de Preços para serviços continuados; a alteração do objeto licitado, incluindo o abastecimento no Município de Naviraí; e a revisão indevida dos preços pactuados, com aplicação da sanção de **multa** de **190 (cento e noventa) UFERMS** ao responsável, Sr. **Leandro Peres de Matos**, conforme exposto na fundamentação, valor a ser depositado em favor do Fundo de Modernização e Desenvolvimento do Tribunal de Contas, concedendo prazo de **45 (quarenta e cinco) dias úteis** para comprovação do recolhimento nos autos, conforme o disposto no art. 83 da Lei Orgânica deste Tribunal; pela **recomendação** ao atual responsável para que não repita as impropriedades identificadas nas próximas contratações, nos termos art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar nº 160/2012; e pela **intimação** do resultado deste julgamento aos responsáveis e demais interessados nos termos do art. 50, da Lei Complementar nº 160/2012, **com cópia** do respectivo acórdão devendo ser anexada no processo de Controle Posterior TC/15211/2015 apensado aos autos.

Campo Grande, 6 de outubro de 2021.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Vistos, etc.

Versam os presentes autos sobre o procedimento licitatório na modalidade **Pregão Presencial nº 32/2015**, promovido pelo **Município de Naviraí/MS**, que deu origem à **Ata de Registro de Preços nº 82/2015** e respectivo **1º Termo Aditivo**, tendo como beneficiária a empresa **Taurus Distribuídora de Petróleo Ltda**.

A **Representação** foi formulada pela empresa **Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda**, tendo sido apensada ao Processo de Controle Posterior **TC/15211/2015** (1ª fase) para julgamento conjunto.

O objeto da licitação é o registro de preços objetivando a aquisição futura de combustíveis, sendo: gasolina comum, etanol, óleo diesel comum e óleo diesel S10, para abastecimentos a serem realizados no estabelecimento do fornecedor, em outros municípios do Estado de Mato Grosso do Sul, fora da cidade de Naviraí, e em Estados vizinhos pelo cartão magnético com gerenciamento através de sistema informatizado e integrado para gestão da frota de veículos, conforme especificações constantes do termo de referência, em veículos pertencentes à frota municipal e em veículos que vierem a ser locados, cedidos ou utilizados como objeto de possíveis convênios e contratos em que seja previsto o fornecimento de combustíveis, para atendimento às necessidades do Poder Executivo Municipal, no valor de **R$ 618.099,00** (seiscentos e dezoito mil e noventa e nove reais), pelo período de 12 (doze) meses.

A empresa relatou a existência das seguintes irregularidades nesta licitação: a) qualificação técnica – exigência da alínea “a” do item 7.11 do edital; b) declaração de atendimento - exigência da alínea “b” do item 7.11 do edital e c) rede credenciada - exigência da alínea “b” do item 7.11 do edital.

No curso da instrução processual, após a intimação e resposta do jurisdicionado (peça 13), a Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias concordou com duas das supostas irregularidades acima apontadas: o pedido de qualificação técnica foi solicitado em momento inadequado, fase da proposta de preços; e a rede de credenciados deveria ser apresentada na fase da contratação, pela empresa vencedora, e não cobrada antecedentemente de todos os participantes do certame (peça 19).

Considerou, porém, acompanhando a manifestação inicial da 2ª Inspetoria de Controle Externo (peça 15), que a declaração de atendimento, na qual a empresa se comprometia a fornecer os combustíveis, mesmo no caso de inadimplemento por parte da contratante, não era abusiva, pois não proíbe a aplicação da Lei no caso concreto.

Após o apontamento de outras irregularidades pela Divisão Especializada e a resposta à intimação (peças 26-27), a Divisão Especializada voltou a se manifestar (peça 31), mantendo a conclusão sobre as irregularidades do certame.

O Ministério Público de Contas exarou o Parecer **PAR–2ªPRC–4768/2021** (peça 32), opinando também pela procedência parcial da Denúncia, pela irregularidade da licitação e pugnando pela aplicação de multa ao jurisdicionado.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Inicialmente insta esclarecer que foram observadas regras ditadas pelo art. 62, I e II, do Regimento Interno vigente à época, razão pela qual se passa ao exame de mérito que recai sobre o Pregão Presencial nº 32/2016, a Ata de Registro de Preços (1ª fase) e o 1º Termo Aditivo da ARP do Município de Navirái/MS.

Analisando os autos, observa-se que parte dos atos praticados no procedimento licitatório em comento **não** atendeu aos ditames da Lei nº 10.520/02 e da Lei nº 8.666/93.

Quanto às irregularidades relatadas pela empresa, assiste razão à Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias e ao Ministério Público de Contas, pois são impropriedades restritivas à competitividade do pregão.

Realmente, o pedido de qualificação técnica foi solicitado em momento inadequado, fase da proposta de preços. Corretamente, a equipe técnica observou que a Lei nº 10.520/2002, que regulamenta o pregão, inverteu as fases de abertura dos envelopes, com exigência por primeiro do envelope contendo a proposta de preços de cada licitante e só depois o de habilitação da vencedora.

A exigência de rede de credenciados deveria ser apresentada na fase da contratação, pela empresa vencedora, e não cobrada antecedentemente de todos os participantes do certame. E isso com prazo adequado para que o contratado pudesse organizar a rede credenciada, como têm decidido o Tribunal de Contas da União (Acórdão 212/2014 – Plenário TCU).

Acrescente-se o fato de que a dubiedade quanto ao objeto da licitação, visto que mistura fornecimento de combustíveis com prestação de serviço de gerenciamento de rede de postos credenciados, provocou restrição ao princípio constitucional da isonomia e ao caráter competitivo do certame, com ofensa aos artigos 37, inciso XXI, da CF/88, c/c os artigos 3º, caput, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, e artigo 3º, inciso II, da Lei 10.520/2002.

Aliás, em julgamento de processo de objeto similar (Protocolo 124/2019,

Relator Cons. Moisés Maciel), o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso considerou que o objeto da licitação acabou gerando direcionamento, como se vê a seguir (grifo nosso):

> *"Conclui que as disposições editalícias pretendem reunir, a um só tempo, elementos típicos de uma aquisição de bens (compra de combustíveis) com elementos de um contrato de serviços (sistema de gerenciamento por cartões), o que configura, ao menos potencialmente,* ***a inserção de elementos atípicos no objeto da licitação que poderá reduzir/limitar o universo de participantes, indicando possível direcionamento do certame****."*

No caso específico deste Pregão Presencial nº 32/2015, pelo menos duas empresas (Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda e Trivale Administração Ltda) impugnaram o edital, demonstrando interesse em participar do certame, mas, no final, apenas uma licitante participou e foi declarada vencedora, a Taurus Distribuidora de Petróleo Ltda (peça 14 do TC/15211/2015). As cláusulas restritivas, as imprecisões e incoerências quanto ao objeto da licitação efetivamente restringiram a competitividade.

Portanto, em relação à Representação há **procedência parcial**, eis que não houve irregularidade quanto à exigência de declaração de atendimento, na qual a empresa se comprometia a fornecer os combustíveis, mesmo no caso de inadimplemento por parte da contratante.

Não é regra abusiva, já que visa a proteção ao ente público e não tem o condão de livrá-los de suas obrigações impostas pela legislação, como manter os pagamentos em dia.

Em **razão da análise mais aprofundada em sede de Controle Posterior**, a Divisão de Fiscalização (peça 31) apontou **outras irregularidades** no certame:

> ***a.*** *Irregularidade do procedimento licitatório Pregão Presencial nº 32/2015 realizado pelo Município de Naviraí (CNPJ Nº 03.115.934/0001-90), nos termos do inciso III do art. 59, cc. o inciso IX do art. 42, ambos da Lei Complementar nº 160/2012, cc. o inciso II do art. 124 do Regimento Interno, pelas irregularidades apontadas nos itens 1.1, 1.2, 1.3 e 1.4 desta análise (existência de cláusulas restritivas; estipulação de preço único dos combustíveis para todas as localidades; incompatibilidade no critério de julgamento das propostas em relação ao objeto licitado; uso indevido do Sistema de Registro de Preços para serviços continuados), ocorridas sob a responsabilidade do Sr. Leandro Peres de Matos, inscrito no CPF sob o nº 785.767.681-00, Prefeito Municipal e ordenador de despesas à época, cujo período de gestão se deu de 01/01/2013 a 31/12/2016****;***
>
> ***b.*** *Irregularidade da formalização da Ata de Registro de Preços nº 82/2015 assinada pelos promitentes contratantes: Município de Naviraí (CNPJ Nº 03.115.934/0001-90) e a empresa Taurus Distribuidora de Petróleo (CNPJ Nº 01.452.651/0001-85), nos termos do inciso III do art. 59, da Lei Complementar nº 160/2012, cc. o inciso II do art. 124 do Regimento Interno, em razão de que a formalização da ata, embora regular, está amparada em procedimento licitatório*

irregular, contaminando os atos subsequentes, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993;

***c.** Irregularidade da formalização do 1º Termo Aditivo à Ata de Registro de Preços nº 82/2015 assinada pelos promitentes contratantes: Município de Naviraí (CNPJ Nº 03.115.934/0001- 90) e a empresa Taurus Distribuidora de Petróleo (CNPJ Nº 01.452.651/0001-85), nos termos do inciso III do art. 59, cc. o inciso IX do art. 42, ambos da Lei Complementar nº 160/2012, cc. o inciso II do art. 124 do Regimento Interno, pela irregularidade apontada no item 3 desta análise (alteração do objeto licitado, incluindo o abastecimento no Município de Naviraí, e revisão indevida dos preços pactuados), ocorrida sob a responsabilidade do Sr. Leandro Peres de Matos, Prefeito Municipal e ordenador de despesas à época, inscrito no CPF nº 785.767.681-00, cujo período de gestão se deu de 01/01/2013 a 31/12/2016; e, ainda, em razão de que a formalização do termo aditivo está amparado em procedimento licitatório irregular, contaminando os atos subsequentes, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993.*

O Ministério Público de Contas também caminhou no mesmo sentindo, considerando a existência das irregularidades apontadas pela Divisão Especializada e pugnando pela aplicação de multa ao responsável (peça 32).

Quanto à irregularidade apontada pela equipe técnica na **alínea "a"** acima, não há a menor sombra de dúvidas quanto à existência de cláusulas restritivas nos itens 7.11, alíneas 'a' e 'b' e 7.11.1, do Edital, as quais, porém, já foram tratadas na análise da Denúncia.

Em relação às demais irregularidades apontadas nessa alínea, subsiste ainda, na avaliação deste Relator, a "incompatibilidade no critério de julgamento das propostas em relação ao objeto licitado". Isso porque o critério de "menor preço" acabou não sendo único, posto que o edital também trouxe a exigência conjunta de atestado de capacidade técnica no julgamento.

O momento foi inoportuno, pois no pregão, conforme a Lei nº 10.520/2002, só se exige documentação de habitação do licitante vencedor e não de todos os concorrentes.

Consta ainda na alínea "a" suposta irregularidade de "uso indevido do Sistema de Registro de Preços para serviços continuados".

O objeto da licitação é típico de quarteirização, através de uma empresa intermediária, para gerenciamento da aquisição de combustíveis, embora o jurisdicionado insista em afirmar que só licitou a compra dos produtos. Os tribunais de contas têm considerado irregular a utilização de SRP para serviços continuados.

O TCE/SP chegou a editar a Súmula 31, com uma proibição genérica. O TCU, porém, adota uma linha que admite a esse tipo de contratação apenas excepcionalmente, conforme os Acórdãos 3092/2014 e 1604/2017.

Embora este Relator considere mais correto o entendimento do TCU, que vê

possibilidade de contratação via SRP com base nas excepcionais hipóteses do art. 3º do Decreto Federal nº 7892/2013, **há uma evidente incompatibilidade da quarteirização com esse sistema, tendo em vista que, em geral, a contratação se dá por percentuais de taxa de administração e de desconto para aquisição de combustível na bomba**. Patente, assim, a irregularidade, embora o jurisdicionado tenha subvertido a forma de contratação, como se fosse apenas fornecimento de combustível.

Já sobre a "estipulação de preço único dos combustíveis para todas as localidades" no Estado, **essencialmente, não houve qualquer prejuízo** para o ente público, pois o preço médio apurado (gasolina comum = **R$ 3,438**; Diesel S-10 = **R$ 3,11** e Diesel comum = **R$ 2,98**), como bem apontou o jurisdicionado (peça 26), ficou abaixo do valor praticado na maioria dos municípios, à exceção de Ponta Porã e Coxim.

Salta aos olhos, que a tendência natural de maior abastecimento seria nos municípios de Dourados, a cidade mais próxima de Naviraí dentre as listadas, e Campo Grande, capital do Estado, que apresentaram preços maiores do que os da média apurada a partir de pesquisa da Agência Nacional de Petróleo (ANP).

A irregularidade apontada na **alínea "b"** é decorrência lógica, pois uma licitação eivada de irregularidades acaba contaminando os atos subsequentes, como é o caso da formalização da Ata de Registro de Preços nº 82/2015. Trata-se da aplicação do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/93, como se vê abaixo:

> ***§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.***

Insta destacar, não obstante, que essencialmente a formalização da ARP nº 82/2015 foi regular, sendo inaplicável aqui qualquer tipo de sanção. A irregularidade se deu por arrastamento, em decorrência da lei (*ope legis*).

No que se refere à **alínea "c"**, da mesma forma haveria a contaminação do 1º Termo Aditivo da ARP nº 82/2015, com fundamento no dispositivo acima reproduzido. Contudo, há outras duas irregularidades quanto a esse aditivo: alteração do objeto licitado, incluindo o abastecimento no Município de Naviraí, e revisão indevida dos preços pactuados.

Ora, **o objeto da licitação não poderia ser alterado por um termo aditivo de Ata de Registro de Preços**. Aqui o gestor só poderia realizar outro procedimento licitatório, sendo-lhe vedado ampliar o objeto previsto no edital. Houve aqui ofensa ao art. 3º da Lei nº 8.666/93.

A revisão de preço foi irregular em razão de **a detentora da ata não ter comprovado com notas fiscais que esses aumentos ocorreram, tendo apenas enviado uma solicitação de reajuste**, que foi prontamente acatada pelo jurisdicionado. Some-se a isto que, na fase inicial do procedimento licitatório, a municipalidade tenha juntado somente os valores cotados junto à ANP, mas para o

reajuste recorreu à pesquisa de preços junto a fornecedores de Naviraí.

Analisados todas as irregularidades apontadas, cabe agora estabelecer a **dosimetria** quanto à multa ao responsável.

Quanto às duas irregularidades apontadas na Denúncia (qualificação técnica e rede credenciada solicitados em momento inadequado), fixo para cada uma delas 20 UFERMS.

No caso da incompatibilidade no critério de julgamento das propostas em relação ao objeto licitado e uso indevido do Sistema de Registro de Preços para serviços continuados (**alínea "a**), estipulo respectivamente 30 UFERMS e 20 UFERMS.

Para a **alínea "b"**, da formalização da ARP nº 82/2015, não há sanção a ser aplicada, a fim de evitar o *bis in idem*. Devido à gravidade das condutas de alteração do objeto da licitação e revisão indevida dos preços pactuados no 1º Termo Aditivo (**alínea "c"**), fixo a reprimenda em 50 UFERMS por cada impropriedade. As sanções, portanto, totalizam **190 UFERMS**.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, subsidiado pela manifestação do Corpo Técnico e acolhendo parcialmente o parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO**:

I – pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO**, promovida pela empresa **Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda**, CNPJ nº 05.340.639/0001-30, em face do **Município de Naviraí**, CNPJ nº 03.155.934/0001-90, em razão de exigências editalícias restritivas da competitividade do Pregão Presencial nº 32/2015, com a inversão das fases na apresentação do atestado de capacidade técnica e da exigência antecipada da rede de postos credenciados, afrontando às Leis nº 8.666/93 e 10.520/2002. **Em razão da fase de julgamento, o sigiloso processual deve ser afastado**;

II – pela **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório Pregão Presencial nº 32/2015, da formalização da Ata de Registro de Preços nº 82/2015 e do seu respectivo 1º Termo Aditivo, firmados entre o **Município de Naviraí**, CNPJ nº 03.155.934/0001-90, e a empresa **Taurus Distribuídora de Petróleo Ltda**, CNPJ nº 01.452.651/0001-85, nos termos do artigo 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, devido às cláusulas restritivas; a incompatibilidade no critério de julgamento das propostas em relação ao objeto licitado; o uso indevido do Sistema de Registro de Preços para serviços continuados; a alteração do objeto licitado, incluindo o abastecimento no Município de Naviraí; e a revisão indevida dos preços pactuados;

III – Aplicação da sanção de **MULTA** de **190 (CENTO E NOVENTA) UFERMS** ao responsável, Sr. **Leandro Peres de Matos**, inscrito no CPF nº 785.767.681-00, conforme exposto na fundamentação, valor a ser depositado em favor do Fundo de

Modernização e Desenvolvimento do Tribunal de Contas, concedendo prazo de **45 (quarenta e cinco) dias úteis** para comprovação do recolhimento nos autos, conforme o disposto no art. 83 da Lei Orgânica deste Tribunal;

IV – pela **RECOMENDAÇÃO** ao atual responsável para que não repita as impropriedades identificadas nas próximas contratações, nos termos art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar nº 160/2012;

V – pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos responsáveis e demais interessados nos termos do art. 50, da Lei Complementar nº 160/2012, **com cópia do respectivo acórdão devendo ser anexada no processo de Controle Posterior TC/15211/2015, que está apensado a estes autos**.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela procedência parcial da representação, pela irregularidade do procedimento licitatório, da formalização da ata de registro de preços e do seu respectivo termo aditivo, com aplicação de multa e recomendação, bem como a suspensão do sigilo; e pela intimação do resultado deste julgamento aos responsáveis e demais interessados, com cópia do respectivo acórdão devendo ser anexada no processo de Controle Posterior TC/15211/2015, que está apensado a estes autos.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro, e a Exma. Sra. Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos (em Substituição Legal do Conselheiro Flávio Kayatt).

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 6 de outubro de 2021.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator

MSS / VAB/DSSM