Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Segunda Câmara

ACÓRDÃO - AC02 - 211/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/2787/2020
PROTOCOLO	: 2028489
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GABRIEL DO OESTE
JURISDICIONADO	: JEFERSON LUIZ TOMAZONI
INTERESSADO	: FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA
VALOR	: R$ 1.252.800,00
RELATOR	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – SERVIÇO DE GERENCIAMENTO DE VALE-ALIMENTAÇÃO COM FORNECIMENTO DE CARTÃO MAGNÉTICO – IMPROPRIEDADES – AVISO DE LICITAÇÃO PUBLICADO – AUSENCIA DE MENÇÃO À FORMA DE OBTENÇÃO DA ÍNTEGRA DO DOCUMENTO – AUSENCIA DE PREVISÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO PELA INTERNET – EXIGÊNCIA ILEGAL DA RELAÇÃO DE CREDENCIADOS NA FASE DE HABILITAÇÃO – FORMA DE VERIFICAÇÃO DA EXEQUIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO – AUSÊNCIA DE ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR – IMPOSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL POR MEIO ELETRÔNICO – COMPETITIVIDADE E ECONOMICIDADE ALCANÇADAS – MUNICÍPIO DE PEQUENO PORTE – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – REGULARIDADE COM RESSALVA – DETERMINAÇÃO.

Verificados a ampla competitividade, a economicidade e o resultado amplamente favorável ao Município de pequeno porte, as impropriedades do certame, que não causaram prejuízo, em homenagem ao Princípio da Razoabilidade, são passíveis de ressalva na declaração da regularidade do procedimento licitatório, sendo cabível a determinação ao Município para que cumpra corretamente as formalidades legais, fixando prazo para que elabore normativo ou manual para que os servidores envolvidos nas licitações tenham um guia seguro no exercício de suas funções, com explicitação das exigências mínimas, como Estudo Técnico Preliminar, ampla divulgação dos certames licitatórios e de seus editais, inclusive na Internet, possibilidade de impugnação por meios eletrônicos e não imposição de exigência restritivas da competição, que deve ser informada a esta Corte de Contas, inclusive com o envio da comprovação de publicação em Diário Oficial, sob pena de imposição de multa ao responsável.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 5ª Sessão Ordinária Virtual da Segunda Câmara, realizada de 5 a 8 de abril de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela **regularidade com ressalva** do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial nº 137/2019, realizado pelo Município de São Gabriel do Oeste, diante das falhas apontadas pela equipe técnica, com aquiescência do *parquet*, nos itens 1, 2, 3, 4 e 6 elencados no relatório e voto, e pela **determinação**

ao Município de São Gabriel do Oeste, na pessoa do atual prefeito e seu sucessor, para que se atente para as falhas aqui apontadas e, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis, **implante normativo ou manual** para que os servidores envolvidos nas licitações tenham um guia seguro no exercício de suas funções, com explicitação das exigências mínimas a fim de evitar as irregularidades suscitadas nos **itens 1, 2, 3, 4 e 6** elencados no relatório e voto, sob pena de aplicação de **multa.**

Campo Grande, 8 de abril de 2021.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Trata o presente processo do procedimento licitatório na modalidade **Pregão Presencial nº 137/2019**, realizado pela Prefeitura Municipal de São Gabriel do Oeste/MS, tendo por objeto o serviço de gerenciamento de vale-alimentação com fornecimento de cartão magnético para os servidores municipais, com valor estimado de **R$ 1.252.800,00** (um milhão, duzentos e cinquenta e dois mil e oitocentos reais) e critério de julgamento de menor taxa de administração, a qual referenciada em 1,17%.

Em razão de irregularidades apontadas pela equipe técnica, o jurisdicionado foi intimado e apresentou suas justificativas e documentos (peças 25 e 26).

A Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações Públicas e Parcerias opinou pela ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório, em razão de várias falhas no Edital e Anexos que teriam restringido a competitividade do certame (peça 27).

O Ministério Público de Contas posicionou-se também pela irregularidade da licitação, pugnando pela aplicação de multa ao ordenador de despesas (peça 28).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Observadas as disposições descritas no art. 62, I e II, do Regimento Interno, impõe-se o exame do mérito, que recai sobre o procedimento licitatório realizado na modalidade Pregão Presencial.

Inicialmente, esclareço que neste exame será observado o **Princípio da Verdade Material**, que vigora no processo de contas, analisando-se substancialmente se as "irregularidades" apontadas pela Divisão Especializada prejudicaram a competitividade e economicidade do Pregão Presencial nº 137/2019, do Município de São Gabriel do Oeste, ou se foram meras "impropriedades formais".

Também será vetor desta análise o **Princípio da Razoabilidade**, previsto no art. 5º, LIV, da CF, como decorrência do Devido Processo Legal em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*).

Em decorrência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, o Princípio da Razoabilidade passou a ter grande importância nas decisões das esferas administrativa,

controladora e judicial. A LINDB renovada abusa de termos como “necessidade e adequação da medida imposta” (Parágrafo único do art. 20), “modo proporcional e equânime” (Parágrafo único do art. 21) ou “natureza e gravidade da infração” e “circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (§ 2º do art. 22).

E especificamente o *caput* do art. 22 da LINDB oferta um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

Na sua análise derradeira (peça 28), a Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias apontou as seguintes irregularidades no Pregão Presencial nº 137/2019:

> ***1. Ofensa à lei de acesso à informação**, pois o aviso de licitação publicado não fez menção à forma de obtenção da íntegra do documento. E não há previsão de disponibilização pela internet;*
>
> ***2. Exigência ilegal da relação de credenciados na fase de habilitação;***
>
> ***3. Forma de verificação da exequibilidade da contratação;***
>
> ***4. Ausência de estudo técnico preliminar;***
>
> ***5. Falta de clareza na definição das possíveis credenciadas;***
>
> ***6. Impossibilidade de impugnação do edital por meio eletrônico (restrição ao direito de petição);***
>
> ***7. Ausência de medidas para assegurar pagamentos regulares à rede credenciada.***

Embora a maioria das irregularidades acima apontadas tenham efetivamente ocorrido, inclusive com algumas delas reconhecidas pelo próprio jurisdicionado (peças 25-26), essencialmente o Pregão Presencial nº 137/2019 foi bastante competitivo e o resultado amplamente favorável à Prefeitura Municipal de São Gabriel do Oeste.

O valor estimado da licitação foi de **R$ 1.252.800,00**, referente ao gasto de R$ 100,00/mês para 1.044 servidores por 12 meses, com critério de julgamento de menor taxa de administração, com índice referencial fixado em **1,17%**. Na fase competitiva do certame, oito empresas participaram e depois de grande disputa nas ofertas (39 rodadas de lances), foi declarada vencedora a Face Card Administradora de Cartões Ltda, com taxa negativa de **– 7,31%**, o que reduziu a previsão de gasto da prefeitura para **R$ 1.161.220,32** (peças 3 e 16).

Neste caso concreto, a decretação ou declaração de irregularidade desta prestação de contas não atenderia ao **Princípio da Razoabilidade**, ainda mais considerando que São Gabriel do Oeste é um município pequeno, com uma

população estimada em 27.221 habitantes neste ano, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, e dificuldades próprias de cidades do interior, como montar um corpo de profissionais adequado às suas necessidades.

Não se pode tratar esse município com o mesmo grau de rigor que um de grande ou médio porte, como Campo Grande e Dourados.

Além disso, aplica-se aqui o brocardo francês ***pas de nulitté sans grief***, segundo o qual não se deve declarar a nulidade quando inexiste prejuízo. Ao contrário, o procedimento licitatório foi vantajoso para a Administração Pública e não há informação nos autos de que tenha havido qualquer impugnação ao Edital por parte das empresas ou dos cidadãos.

Ademais, o certame gerou **competitividade e economicidade**.

A maioria das irregularidades apontadas, porém, precisam ser corrigidas pela Prefeitura Municipal de São Gabriel do Oeste nas próximas licitações, devendo haver **determinação** desta Corte de Contas, com fixação de prazo, para que o responsável estabeleça normas ou elabore manual para que os servidores envolvidos nas licitações tenham um guia seguro no exercício de suas funções, em consonância com a legislação e a jurisprudência.

Contudo, **duas das irregularidades suscitadas pela equipe técnica com a anuência do Ministério Público de Contas não merecem prosperar por não haver ilicitude**: falta de clareza na definição dos credenciados (item 5) e ausência de medidas para assegurar o regular pagamento à rede credenciada (item 7).

Quanto ao **item 5**, a equipe técnica sustentou, em síntese, que o item 3.10 teve por finalidade determinar que tipo de estabelecimento deveria ser credenciado, entretanto, ao inserir a expressão “e similar” ao final, tornou genérica a regra.

Ocorre que nem mesmo leis em sentido estrito conseguem fugir da necessidade de utilizar expressões genéricas, como “similar”, assemelhado” e “e outros”, para concluir enumerações e exemplos de forma aberta, até porque o legislador não consegue prever todas as hipóteses da vida em sociedade, que está em constante mutação. Portanto, inexiste qualquer ilegalidade nessa previsão no Edital, que é a lei da licitação.

Evidentemente, o intérprete deve aplicar nesse caso uma das modalidades de hermenêutica, como a interpretação analógica.

Já em relação ao **item 7**, embora o jurisdicionado não tenha mencionado em sua defesa, ao contrário do constatado pela equipe técnica, há sim normas nessa licitação que asseguram o regular pagamento para a rede credenciada.

Os itens 3.12 e 7 do Termo de Referência (peça 10) determinam que deve haver pontualidade nos reembolsos à rede credenciada e alertam para a possibilidade até mesmo de rescisão contratual em caso de descumprimento. Além disso, a própria Lei nº 8.666 confere a possibilidade de a Administração Pública

promover a rescisão em caso de inadimplemento das obrigações pelo contratado.

Assim, há que se declarar a **regularidade com ressalva** desta prestação de contas da licitação (1ª fase), com **determinação** ao Município de São Gabriel do Oeste para que cumpra corretamente as formalidades legais, fixando prazo para que **elabore normativo ou manual** para que os servidores envolvidos nas licitações tenham um guia seguro no exercício de suas funções, com explicitação das exigências mínimas, como Estudo Técnico Preliminar, ampla divulgação dos certames licitatórios e de seus editais, inclusive na Internet, possibilidade de impugnação por meios eletrônicos e não imposição de exigência restritivas da competição.

Essa normatização deve ser informada a esta Corte de Contas, inclusive com o envio da comprovação de publicação em Diário Oficial, **sob pena de imposição de multa** ao responsável.

Frise-se, o fato deste período ser de final dos mandatos nos municípios, sendo que a determinação vale tanto para o atual prefeito quanto para seu sucessor. Caso o atual gestor não promova a normatização, deve comprovar nestes autos que notificou o sucessor sobre a determinação desta Corte.

DISPOSITIVO

Posto isso, subsidiado pela Análise Técnica e discordando do o parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO:**

I – Pela **REGULARIDADE COM RESSALVA** do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial nº 137/2019, realizado pelo Município de São Gabriel do Oeste (CNPJ nº 15.389.588/0001-94), nos termos do art. 59, II, da Lei Complementar nº 160/2012, diante das falhas apontadas pela equipe técnica, com aquiescência do *parquet*, nos **itens 1, 2, 3, 4 e 6** acima elencados;

II – Pela **DETERMINAÇÃO** ao Município de São Gabriel do Oeste, na pessoa do atual prefeito e seu sucessor, para que se atente para as falhas aqui apontadas e, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis, **implante normativo ou manual** para que os servidores envolvidos nas licitações tenham um guia seguro no exercício de suas funções, com explicitação das exigências mínimas a fim de evitar as irregularidades suscitadas nos **itens 1, 2, 3, 4 e 6** acima, **sob pena de aplicação de multa**; conforme art. 44, I, da Lei Complementar nº 160/2012 e art. 185, § 1º, I, do RITCE/MS;

III – Pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos responsáveis e interessados, nos termos do art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade com ressalva do procedimento licitatório, com determinação ao Município, sob pena de aplicação de multa.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Relator o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid e Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 8 de abril de 2021.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator

NCB / VAB/dssm