

PLENÁRIO

VOTO GA-1

PROCESSO: TCE-RJ 222.524-6/20

ORIGEM: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

NATUREZA: REPRESENTAÇÃO

INTERESSADO: PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. REPRESENTAÇÃO EM FACE DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO PREGÃO ELETRÔNICO 16/2020. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE GERENCIAMENTO PARA ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. TICKET-COMBUSTÍVEL. OITIVA DO JURISDICIONADO PARA MELHOR COMPREENSÃO DOS FATOS. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS QUE AFASTAM DE MANEIRA PARCIAL AS ALEGAÇÕES DA REPRESENTANTE. CONHECIMENTO. PERDA DO OBJETO DO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. COMUNICAÇÃO COM DETERMINAÇÃO. REMESSA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO.

Trata-se de Representação formulada pela pessoa jurídica Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., inscrita sob o CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, sediada na Calçada Canopo, 11 – Sala 03 – Alphaville Empresarial – Santana do Parnaíba/SP – CEP: 06.541-078, em face de possíveis irregularidades contidas no Edital de Pregão Eletrônico n.º 16/2020, deflagrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – DPRJ, do tipo menor taxa de administração, cujo objeto é a “prestação de serviço de gerenciamento de sistema informatizado e integrado para abastecimento de combustíveis através do ticket-combustível (cartão magnético com chip)”, no valor total estimado de R\$ 1.230.000,00 (um milhão, duzentos e trinta mil reais), **com pedido de tutela provisória para fins de suspensão do certame**, agendado inicialmente para o dia 07.08.2020¹.

Sustenta a Representante a ocorrência de vícios no instrumento convocatório e anexos, assim sistematizados:

¹ Conforme informações fornecidas pelo Representante e confirmadas no sítio eletrônico da DPRJ, disponível em

(i) O Edital estabelece que o valor dos combustíveis terá como parâmetro limitador os preços médios da Agência Nacional do Petróleo – ANP. Entretanto, alega que a ANP, desde 2002, não regula preços de combustíveis *“para que sua simples pesquisa de preços possa ter força balizadora e limitadora”*. Pondera que competiria ao gestor da Contratante realizar os abastecimentos *“nos postos que praticam preços dentro do limite que determinar internamente, seja o preço mínimo, médio ou máximo, ou ainda pelo preço de bomba, sendo este último o correto e justo pela transação realizada”*. O Edital, no entanto, indica que serão faturados preços à vista do posto no momento do abastecimento, desde que esteja abaixo do valor médio constante da tabela da ANP;

(ii) A Administração não indica de forma clara a possibilidade de admissão de lances com taxas negativas. Entretanto, alega que o valor máximo aceito na licitação e a estimativas de gastos com combustível é o mesmo, de maneira que *“subentende-se que somente será aceito taxa negativa”*. Sustenta que o instrumento convocatório deve ser claro e traz informações a respeito da possibilidade de prática de taxas negativas pelas gerenciadoras, à luz dos arts. 3º e 44, §3º, da Lei 8.666/93 e de julgados das Cortes de Contas;

(iii) O Edital possui *“cláusula subjetiva”* pertinente à prova de registro do licitante no órgão ambiental estadual ou municipal, conforme o caso, em obediência à Resolução CONAMA nº 362/2005, para fins de demonstração de qualificação técnica. O Representante alega que a expressão *“conforme o caso”* traz subjetividade que pode prejudicar a declaração do vencedor, argumentando que não esclarece quem ficará a cargo de determinar se o caso requer ou não a apresentação do documento. Além disso, sustenta que o *“edital trouxe duas fases de habilitação técnica”*: a cláusula 12.5 do edital e a cláusula 11.1 do Anexo I do Edital (Termo de Referência), pertinente à *“cláusula subjetiva”* referida pelo Representante;

(iv) O Termo de Referência apresenta exigência *“desarrazoada e puramente ilegal”* (item 11.3), pois determina que a proponente vencedora deve apresentar prova de que metade dos postos credenciados/conveniados possuem no mínimo 1 (um) ano de credenciamento. Pondera que o tempo de credenciamento é irrelevante, importando tão somente se o posto está apto para realizar a prestação dos serviços.

Em sede cautelar, a Representante postula a suspensão do certame no estado em que se encontra e, no mérito, a procedência do pedido deduzido na Representação para que a Administração seja compelida a: excluir do Edital e seus Anexos qualquer previsão que limite o

faturamento pelo preço médio da tabela da ANP, ou, alternativamente, retificar para constar o valor máximo da ANP; prever no edital, de forma objetiva, a possibilidade de se ofertar taxa negativa; excluir a cláusula 11.2 do Anexo I (registro no CONAMA); excluir a cláusula 11.3 do Anexo I (prova de tempo mínimo de credenciamento da rede).

Trata-se da segunda decisão nos autos do presente processo.

Na primeira apreciação da peça inicial, em decisão monocrática proferida em 07.08.2020², determinei o sobrestamento da análise da tutela provisória pleiteada, por entender necessária a prévia oitiva da Administração municipal quanto às alegações da Representante nos seguintes termos:

DECIDO:

- 1 – Pelo **SOBRESTAMENTO** da análise da tutela provisória pleiteada;
- 2 – Pela **DETERMINAÇÃO À SSE** para que providencie, por meio eletrônico, com fulcro no art. 84-A, §4º c/c art. 26 do Regimento Interno desta Corte, a oitiva do Jurisdicionado, franqueando-lhe o prazo de 3 (três) dias:
 - 2.1 – Para se manifestar quanto às alegações da Representante, franqueando-lhe acesso à cópia da peça inicial;
 - 2.2 – Para que informe o atual estágio do certame;
 - 2.3 – Para que insira as informações pertinentes ao Edital de Pregão eletrônico nº 016/2020 no Sistema Integrado de Gestão Fiscal – SIGFIS, em conformidade com o que dispõe a Deliberação TCE-RJ 312, de 06.05.2020;
- 3 – Findo o prazo, com ou sem resposta do Jurisdicionado, pela **REMESSA À SGE**, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, com posterior remessa ao Ministério Público Especial, para manifestação;
- 4 – Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** ao Representante, informando-o acerca da decisão prolatada, para que tome ciência do dever de regularizar sua representação processual, no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de não conhecimento da peça.

² DECIDO:

1 – Pelo **SOBRESTAMENTO** da análise da tutela provisória pleiteada;
2 – Pela **DETERMINAÇÃO À SSE** para que providencie, por meio eletrônico, com fulcro no art. 84-A, §4º c/c art. 26 do Regimento Interno desta Corte, a oitiva do Jurisdicionado, franqueando-lhe o prazo de 3 (três) dias:
2.1 – Para se manifestar quanto às alegações da Representante, franqueando-lhe acesso à cópia da peça inicial;
2.2 – Para que informe o atual estágio do certame;
2.3 – Para que insira as informações pertinentes ao Edital de Pregão eletrônico nº 016/2020 no Sistema Integrado de Gestão Fiscal – SIGFIS, em conformidade com o que dispõe a Deliberação TCE-RJ 312, de 06.05.2020;
3 – Findo o prazo, com ou sem resposta do Jurisdicionado, pela **REMESSA À SGE**, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, com posterior remessa ao Ministério Público Especial, para manifestação;
4 – Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** ao Representante, informando-o acerca da decisão prolatada, para que tome ciência do dever de regularizar sua representação processual, no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de não conhecimento da peça.

Em atenção à mencionada decisão, retornam os autos com a resposta do Jurisdicionado, autuada sob o Documento TCE-RJ n.º 018.956-7/2020.

O Corpo Instrutivo, por meio da Coordenadoria de Exame de Editais – CEE, em síntese do que foi examinado, sugere:

I – Pela **CIÊNCIA** do conteúdo constante do Documento TCE nº 18.956-7/2020;

II – Pelo **NÃO CONHECIMENTO** desta Representação, uma vez ausente um dos requisitos necessários à sua admissibilidade, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte;

III – Caso o Excelso Plenário considere a hipótese de relevar a ausência de documentos necessários à admissibilidade desta Representação, sugerimos, então, a **PROCEDÊNCIA PARCIAL** quanto à análise de mérito em razão das ponderações lançadas nesta instrução;

IV – Pelo **INDEFERIMENTO** da medida cautelar pleiteada pela Representante.

V - Pela **DETERMINAÇÃO** à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para que:

1 - Insira as informações pertinentes ao Edital de Pregão Eletrônico nº 016/2020 no Sistema Integrado de Gestão Fiscal – SIGFIS, em conformidade com o que dispõe a Deliberação TCE-RJ 312, de 06.05.2020;

2 – Abstenha-se de exigir documento que comprove que metade dos postos credenciados possuam no mínimo 1 (um) ano de credenciamento.

VI – Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** à Representante, a fim de que tome ciência da decisão desta Corte;

VII – Pelo **ARQUIVAMENTO** dos autos.

O douto Ministério Público Especial, representado por seu Procurador-Geral, Dr. Sérgio Paulo de Abreu Martins Teixeira, opina no mesmo sentido, conforme parecer de 20.08.2020.

Em 21.08.2020, deu entrada nesta Corte a resposta da Representante, que deu origem ao Documento TCE-RJ n.º 20.075-5/20.

É O RELATÓRIO.

Registro que atuou nestes autos em razão de convocação da Presidente deste egrégio Tribunal de Contas, Conselheira Marianna Montebello Willeman, realizada em Sessão Plenária de 04.04.17.

Inicialmente, destaco que, em razão do pedido de medida cautelar contido na Representação, os autos foram distribuídos imediatamente ao meu gabinete para fins de análise do requerimento de tutela provisória, postergando-se a análise dos pressupostos de admissibilidade

para o momento atual.

É digno de nota que naquela oportunidade pontuei que a peça não estava acompanhada dos documentos de regularidade da pessoa jurídica postulante, motivo pelo qual foi a Representante comunicada para sanar a falha. Com efeito, com o ingresso dos elementos necessários ao conhecimento da Representação, em 21.08.2020, por meio do Documento TCE-RJ n.º 20.075-5/20, passa a estar a Representante adequadamente identificada e qualificada. Assim, considerando que a peça preenche os requisitos previstos na Deliberação TCE-RJ n.º 266/2016, **conheço a Representação.**

No que tange à tutela provisória pleiteada, o Corpo Instrutivo sugere que seja indeferido o pedido, em razão do certame já se encontrar adiado *sine die*, conforme consta no sítio eletrônico oficial da Defensoria³. De fato, informa o Jurisdicionado que, por decisão da Secretaria de Logística proferida em 05.08.2020 (despacho SECLOG 0425486), a Administração adiou espontaneamente a realização da licitação por criteriosa cautela. Desta forma, cumpre tão somente declarar a **perda do objeto quanto ao pedido de urgência contido na Representação ora em análise.**

Quanto ao mérito, no que se refere ao parâmetro limitador dos preços médios da Agência Nacional do Petróleo – ANP, a Diretoria de Licitações e Contratos da DPRJ esclareceu que não se está utilizando a tabela ANP como forma de política de regulação de valores, mas sim como parâmetro, a fim de evitar a aquisição de combustível com valor acima do mercado ou que a gerenciadora contratada mantenha sob credenciamento postos que, sob a alegação do regime de liberdade de preços, comercializem o combustível por meio da prática de preços abusivos.

De fato, não há nesse mecanismo obrigação onerosamente excessiva. Isso porque, como bem observado pelo Corpo Instrutivo, não será imputada à gerenciadora contratada a responsabilidade pela alta ou baixa dos preços dos combustíveis, visto que, na execução do contrato, será pago à contratada o valor referente ao preço na bomba de combustível na data do abastecimento, limitado, neste caso, ao valor médio da ANP, deduzido do percentual de desconto e acrescido da taxa de administração.

Nessa lógica, os valores médios pesquisadas pela ANP irão refletir, no prazo de vigência da contratação, as reduções ou aumentos dos preços praticados no mercado, de modo que os preços dos combustíveis se tornam autônomos em relação à proposta de preço, sendo fixas tão somente as

³ Disponível em <http://transparencia.rj.def.br/licitacoes-contratos-convenios/licitacoes/detalhes?id=463>. Acesso em 24.08.2020.

taxas de desconto e de administração. Nesse sentido o Tribunal de Contas da União também firmou o seu entendimento:

“Em relação ao primeiro ponto questionado, não vislumbro qualquer irregularidade no procedimento estabelecido pelo edital. Conforme se depreende, a metodologia adotada permite a escolha da proposta que apresentar o menor preço final depois de aplicados o desconto e a taxa de administração, tendo por base os valores dos combustíveis constantes da tabela de preços emitida pela ANP.

Significa que, ao contrário do que alega a representante, não se está atribuindo às licitantes a responsabilidade pela alta ou baixa dos preços dos combustíveis. Na verdade, o valor a ser utilizado como parâmetro para aplicação do desconto e da taxa de administração é uniforme, sendo extraído diretamente da tabela de preços emitida pela ANP. Desta forma, será declarada vencedora a licitante que oferecer o menor preço global quando aplicado o desconto e a taxa de administração sobre o valor base constante da tabela da ANP. Improcedente, portanto, esta primeira alegação.” (Acórdão 90/2013 – TCU – Plenário).

Quanto à possibilidade de admissão de lances com taxas negativas, o Jurisdicionado esclareceu que o edital não veda a apresentação de taxa negativa/zero. Sobre o tema, explicita a Secretaria de Logística da Defensoria:

No que se refere a alegação de que o instrumento convocatório foi omissivo em relação à aceitação de taxa negativa, a redação não permite qualquer subjetivismo, mas, ao contrário, de simples leitura resta claro que o instrumento convocatório não faz objeção à utilização da taxa zero ou da taxa negativa, razão pela qual não há qualquer impedimento a sua utilização, tanto que a taxa administrativa atual é negativa.

Neste sentido, quanto a suposta irregularidade alegada em virtude de a admissão da taxa negativa não ter sido expressamente mencionada, bem como a possibilidade de aceitação da mesma neste certame, releva destacar que, especialmente nos casos em que a licitação for sobre combustíveis, o TCU no Acórdão nº 552/2008 já admitiu o entendimento de que quando houver licitação em que o valor da taxa de administração for o critério de julgamento, a taxa de administração poderá ser 0% ou negativa.

Sendo assim, só assistiria razão ao representante se do Edital constasse proibição a utilização de taxa 0% ou negativa, o que não ocorreu.

Outrossim, como bem observado pela Instância Técnica desta Corte, esse tema foi alvo de apreciação recentemente por este Tribunal em processo semelhante (TCE-RJ 218.843-0/20), cujo objeto trata de Representação em face de outro edital deflagrado pela Defensoria. Em decisão de 30.07.2020, o Plenário se manifestou no sentido de que não havia omissão em relação à alegação de não aceitação de taxa negativa. Com efeito, também no presente caso não assiste razão à Representante, de modo que corroboro o sustentado pelo Jurisdicionado de que o edital não precisa prever expressamente a possibilidade de taxa negativa para que ela seja aceita, bastando não haver vedação no instrumento convocatório à sua apresentação.

Acerca da alegação de existir cláusula subjetiva pertinente à prova de registro do licitante no órgão ambiental estadual ou municipal, em razão da utilização da expressão “conforme o caso”, esclarece o Jurisdicionado que a cláusula apenas informa que, caso a proponente se enquadre dentre as pessoas jurídicas que devam ter registro no CONAMA, deverá a referida documentação ser apresentada, cuja obrigatoriedade só será verificada quando da fase de habilitação do certame ao licitante vencedor. Deve, portanto, ser entendido o termo “conforme o caso” como “conforme seja do proponente exigido pela Resolução CONAMA 362/2005”, norma técnica aplicável à espécie.

Nesse ponto, considerando os esclarecimentos prestados da interpretação cabível às cláusulas questionadas, entendo que a questão se assemelha ao ponto anterior, vez que ambos os questionamentos poderiam ter sido solucionados por meio de resposta da Administração a pedido de esclarecimento, que foram nesta oportunidade devidamente prestados pelo Jurisdicionado.

No mais, impende pontuar que o registro no CONAMA não ocasiona restrição ao certame, conforme entendimento preconizado no voto de 30.07.2020 nos autos do processo TCE-RJ n.º 218.843-0/20 antes mencionado, em que o Plenário desta Corte, acolhendo voto da Exma. Conselheira Substituta Andrea Siqueira Martins, deliberou não identificar qualquer irregularidade na comprovação de registro no órgão ambiental Estadual ou Municipal, uma vez que o requisito deverá ser atendido apenas pela empresa vencedora do certame.

No que tange à exigência de que a proponente vencedora apresente prova de que metade dos postos credenciados/conveniados possuem no mínimo 1 (um) ano de credenciamento, a Diretoria de Contratos, Licitações e Convênios esclareceu que a referida exigência visa a comprovar experiência mínima na prestação do serviço, existência de estrutura operacional e certo grau de estabilidade no mercado com parcerias minimamente consolidadas, posto que, sendo mera gerenciadora, caso a rede disponível não se demonstre suficiente em qualidade e quantidade, a demanda não será devidamente atendida.

Em complemento, a Secretaria de Logística busca justificar a exigência em tela sob o argumento de que seria um mecanismo que conferiria segurança essencial ao cumprimento da obrigação contratual, comprovaria solidez e confiabilidade dos postos no mercado, evitando aqueles que são clandestinos, adulteram combustível ou fraudam as bombas, e garantiria a vida útil dos veículos e a segurança do condutor do veículo e das pessoas transportadas.

Apesar dos esclarecimentos prestados, reputo que a exigência de comprovação de que metade dos postos possuam no mínimo 01 (um) ano de credenciamento não se mostra razoável.

Isto porque a exigência de tempo mínimo de credenciamento não se apresenta como o meio mais adequado para inibir a inexecução ou a má prestação dos serviços, já que não é o tempo fator apto à verificação da idoneidade do posto ou do combustível por ele fornecido. Além disso, a Administração dispõe de mecanismos para impor sanção à contratada que efetue o cadastramento de postos que não ofereçam combustível adequado segundo as especificações do órgão técnico responsável, bem como para determinar o descredenciamento daqueles que não sejam aptos.

Conforme verificado pela Unidade Técnica, a exigência apresenta potencial de restrição ao caráter competitivo do certame e viola o previsto no parágrafo 5º do art. 30 da Lei n.º 8666/93, que expressamente veda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época⁴.

Diante de todo o exposto, **alinho meu entendimento ao preconizado pelas instâncias técnica e ministerial de que assiste parcial razão à Representante quanto ao mérito, razão pela qual acolho a sugestão de determinação para que o Jurisdicionado se abstenha de exigir documento que comprove que metade dos postos credenciados possuam no mínimo um ano de credenciamento.**

No que diz respeito ao cadastramento dos dados do Edital no SIGFIS, o Jurisdicionado informa a inclusão das informações, na unidade gestora “Fundo Esp Defensoria Pública ERJ” com telas do sistema que comprovam a inserção, sob o nº de protocolo 417815-2/20, e a retificação sob o nº 418795-3/20. A Unidade Técnica, entretanto, renova a determinação de inserção, diante da não localização do cadastro dos dados do Edital.

Ao que tudo indica, de fato, o Jurisdicionado cumpriu a obrigação prevista na Deliberação TCE-RJ nº 312/20. Entretanto, da mesma forma que a Unidade Técnica, não logrei êxito em localizar os dados pertinentes ao PE-016/20. Em consulta aos editais cadastrados no âmbito da referida Unidade Gestora, pude constatar o lançamento de informações de diversos editais publicados este ano, inclusive dos deflagrados posteriormente ao presente. Desta forma, promovo a ciência à Coordenadoria competente para que verifique eventual inconsistência do sistema, à luz dos números de protocolo apresentados pelo Jurisdicionado (13/08/2020 O RESPOSTA A OFÍCIO 18956-7/2020 – Outros Documentos (PDF) #1966935), e, por esse motivo, deixo de promover o arquivamento dos autos. **Entretanto, observa-se que cumprida a determinação objeto desta decisão (item 4.1 do voto) pelo Jurisdicionado, não há óbices ao prosseguimento do certame.**

⁴ §5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Registro, derradeiramente, que o Jurisdicionado poderá acessar a manifestação do Corpo Instrutivo e o parecer do Ministério Público Especial através do sítio eletrônico deste Tribunal, em espaço próprio às consultas processuais⁵.

Diante do exposto, posiciono-me **PARCIALMENTE DE ACORDO** com o Corpo Instrutivo e com o parecer do douto Ministério Público Especial.

VOTO:

1 – Pelo **CONHECIMENTO** da Representação, por preencher os pressupostos de admissibilidade previstos na Deliberação TCE-RJ n.º 266/2016;

2 – Pela **PERDA DO OBJETO** do pedido de tutela provisória para suspensão do certame;

3 – Pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da Representação quanto à análise de mérito;

4 – Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual titular da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do art. 26 do Regimento Interno, com **DETERMINAÇÃO** para:

4.1 – Abster-se de exigir documento que comprove que metade dos postos credenciados possuam no mínimo 1 (um) ano de credenciamento, conforme cláusula contida no item 11.3 do Termo de Referência (Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico n.º 16/2020);

5 – Pela **REMESSA** à Coordenadoria competente a fim de que tome ciência do informado pelo Jurisdicionado acerca do cumprimento da Deliberação TCE-RJ 312/2020, bem como para que verifique eventual inconsistência do sistema, à luz dos números de protocolos fornecidos;

6 – Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** à Representante, a fim de que tome ciência da decisão desta Corte.

GA-1,

MARCELO VERDINI MAIA
Conselheiro Substituto

⁵ Disponível em: <http://consulta.tce.rj.gov.br/consulta-processo/Processo>.