

Processo: 1110075
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrentes: Thiago Coelho Toscano, Fernando Nogueira Lima Júnior
Jurisdicionado: Instituto de Desenvolvimento Integrado de Minas Gerais - INDI
Processo referente: Denúncia n. 1088795
Procuradores: Fellipe Leonardo Vasques, OAB/MG 108605; Rossana Lombardi, OAB/MG 109943; Wanderley Romano Donadel, OAB/MG 78870
MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

TRIBUNAL PLENO – 9/11/2022

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REDE CREDENCIADA. POSTOS DE COMBUSTÍVEIS. PRIORIDADE NOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO E DE SÃO PAULO. ESTUDO DE DEMANDA. COBERTURA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. EXIGÊNCIAS DO PREGÃO ANTERIOR. EXPECTATIVA DE REGULARIDADE. ARTS. 22 E 28 DA LINDB. ERRO GROSSEIRO. NÃO VERIFICADO. AFASTAMENTO DA MULTA. RECURSO PROVIDO.

1. O termo “especialmente” é por vezes utilizado como mera ênfase aos locais de maior utilização dos serviços, e não cria condição específica de diferenciação de tratamento capaz de confundir e limitar a participação de empresas.
2. A existência de estudo de demanda que comprove a necessidade do número de postos de combustíveis para compor a rede credenciada em todo o território nacional e o distanciamento exigido entre os postos credenciados é medida indispensável para evitar uma abrangência desnecessária que potencialmente poderia diminuir a competitividade do certame.
3. Ao se considerar que o objetivo do órgão era angariar investimentos e atrair empresas de outros Estados para Minas Gerais, não se mostra absurda a previsão de rede credenciada de postos de combustíveis em todo território nacional.
4. A existência de licitação anterior, com mesmo objeto e exigências, e transcorrida sem impasses, cria expectativa de regularidade dos termos inseridos no edital.
5. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente, de modo que este responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas somente em caso de dolo ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 22 e 28 da LINDB.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- D) conhecer do recurso ordinário, por unanimidade, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade;

- II) dar provimento ao recurso, no mérito, por maioria, a fim de reformar a decisão proferida pela Primeira Câmara deste Tribunal, em 03/08/21, nos autos da Denúncia nº 1.088.795, afastando as multas pessoais no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) aplicadas ao Senhor Thiago Coelho Toscano, presidente do Instituto de Desenvolvimento Integrado de Minas Gerais (INDI), e ao Senhor Fernando Nogueira Lima Júnior, pregoeiro e subscritor do edital;
- III) determinar a intimação dos recorrentes acerca do teor desta decisão;
- IV) determinar, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Substituto Telmo Passareli, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente em exercício Wanderley Ávila. Vencido, no mérito, o Conselheiro Presidente em exercício Wanderley Ávila.

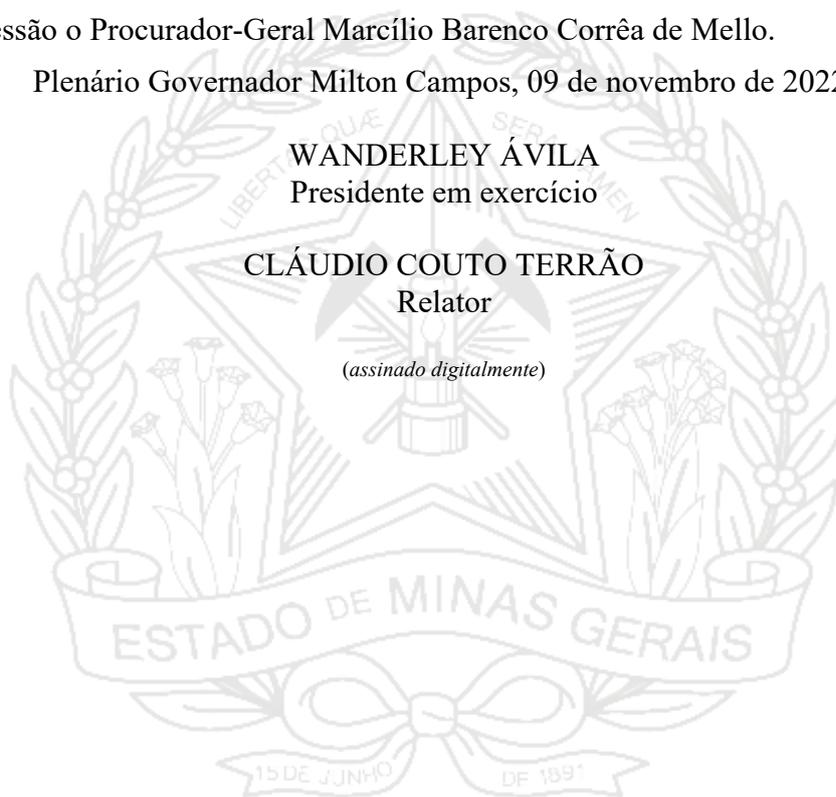
Presente à sessão o Procurador-Geral Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 09 de novembro de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente em exercício

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 9/11/2022

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelos Senhores Fernando Nogueira Lima Júnior e Thiago Coelho Toscano, em face da decisão proferida em 03/08/21, pela Primeira Câmara, nos autos da Denúncia nº 1.088.795.

Naquela oportunidade, considerou-se procedente a denúncia, porquanto irregular a ausência, no Pregão Eletrônico nº 01/2020, deflagrado pelo Instituto de Desenvolvimento Integrado de Minas Gerais (INDI), de estudo prévio, que comprovasse a necessidade do número de postos de combustíveis para compor a rede credenciada em todo o território nacional e o distanciamento exigido entre os postos credenciados.

Foram aplicadas, ainda, multas pessoais no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), sendo R\$1.000,00 (mil reais) para cada uma das irregularidades, ao Senhor Thiago Coelho Toscano, presidente do INDI, e ao Senhor Fernando Nogueira Lima Júnior, pregoeiro e subscritor do edital, com fundamento no § 2º do art. 276 do Regimento Interno c/c o inciso II do art. 85 da Lei Complementar nº 102/08.

Conforme certidão expedida pela Secretaria do Pleno (peça nº 6), a decisão foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas (DOC) do dia 18/08/21, a contagem do prazo recursal iniciou-se em 30/09/21 e o presente recurso foi protocolizado em 15/10/21.

Os recorrentes alegam que não há irregularidade na exigência de quantitativo mínimo de postos credenciados apenas na região metropolitana de Belo Horizonte (item 1) ou na própria exigência de rede de credenciamento (item 2). Sustentaram, ainda, que, em relação à multa aplicada ao pregoeiro, o seu valor seria desproporcional e que, como a jurisprudência admite a previsão de rede credenciada desde que não conste como requisito de habilitação, o Tribunal deveria ter procedido à recomendação antes de aplicar a multa.

Requereram, ao final, o afastamento da multa relativa ao item 1, a substituição da multa relativa ao item 2 por recomendação e, caso não acolhidos os argumentos precedentes, a redução do valor da multa aplicada ao pregoeiro (peça nº 2).

Em seu relatório, o Órgão Técnico entendeu não ser cabível o provimento do recurso no que se refere aos pedidos de exclusão da multa decorrente da ausência de definição da quantidade de postos credenciados nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, bem como de substituição da pena de multa decorrente da ausência de estudo de demanda, relativa à composição da rede credenciada de postos (peça nº 8).

No mesmo sentido, entendeu o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC) pela regularidade das multas aplicadas, defendendo o conhecimento e não provimento do presente recurso (peça nº 9)

É o relatório, no essencial.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, WANDERLEY ÁVILA:

Nos termos do parágrafo 2º do art. 85 do Regimento Interno, promovo a inversão da ordem da pauta, com requerimento para sustentação oral do doutor Fellipe Leonardo Vasques, OAB/MG 108.605, a quem convidamos a tomar o seu lugar.

ADVOGADO FELLIPE LEONARDO VASQUES:

Senhor Presidente em exercício, Conselheiro Wanderley Ávila, que é também decano desta Corte, senhor Conselheiro Cláudio Couto Terrão, Relator, na pessoa de quem cumprimento os demais Conselheiros desta Corte; Excelentíssimo senhor Representante do Ministério Público de Contas, senhores servidores deste egrégio Tribunal, companheiros advogados.

O caso, aqui, é bastante simples. Houve um pregão no Instituto de Desenvolvimento Integrado de Minas Gerais, hoje chamado INVESTMINAS a nossa agência de promoção de investimento, com o objetivo de selecionar prestadores de serviços de gerenciamento de abastecimento de veículos, por meio de cartão magnético. No curso do pregão, na verdade, durante a vigência do contrato, houve uma representação de uma empresa que presta esse serviço, dizendo que a rede credenciada era excessiva. Então, neste Tribunal, essa representação foi recebida como denúncia e a “primeira turma” julgou procedente a denúncia e considerou irregulares 2 itens. Na verdade, não são itens, considerou irregulares duas condutas. A primeira é a ausência de definição da quantidade de postos de combustíveis credenciados nas capitais e região metropolitana dos estados de Rio de Janeiro e São Paulo.

A segunda irregularidade é a ausência de estudo de demanda que comprove a necessidade do número de postos de combustíveis para compor a rede credenciada em todo o território nacional.

Excelências, vejam: a irregularidade nº 1 está contida na 2ª, porque é a ausência de estudo de demanda que vai dizer se a quantidade de postos credenciados em alguma região, seja ela, a região metropolitana dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, seja ela, qualquer outra região do Brasil, decorre da irregularidade nº 2, que é a ausência de estudo de demanda. Então, não tem sentido, *data maxima venia*, a irregularidade nº 1, porque está completamente absorvida pela irregularidade nº 2.

Então, com isso, os recorrentes pedem em primeiro lugar a esta Corte que desconsidere a irregularidade nº 1, porque ela não tem razão de ser.

Em relação à irregularidade que subsiste, isso nós não negamos, os recorrentes pedem que seja substituída a pena de multa por uma recomendação ou uma advertência. Por quê, Excelências? Nós temos, aí, uma responsabilidade, nesse caso, quase presumida, correto? É a responsabilidade do Presidente do órgão, que inclusive, hoje, é o Presidente da Codemge/Codemig, e a responsabilidade do pregoeiro, e é uma questão de abrangência. A cláusula que exige o credenciamento, em si, não é ilegal, porque a rede pode ser pedida, a rede de credenciamento, desde que não seja um requisito de habilitação. Então, o que muda, aí, é a abrangência. O que torna essa cláusula legítima ou ilegítima é a abrangência.

O que aconteceu? Isso é uma informação relevante. Durante a vigência desse contrato, decorrente desse pregão, houve a citação desse caso e, aí, o Instituto começou um novo pregão, já fazendo uma diminuição da rede credenciada.

Nesse novo pregão, a empresa que ganhou, teoricamente, atendia as exigências do edital com essa rede menor, entretanto, na prática, na execução contratual a empresa não vem cumprindo a contento as suas obrigações, quer dizer, os colaboradores do Instituto chegam em postos de gasolina no interior do estado de Minas Gerais e esses postos não tem aceitado o cartão. Então, nesse caso, o que acontece? O colaborador é obrigado a pagar com seu dinheiro próprio e depois pedir o reembolso, que é exatamente o que o Instituto não queria que acontecesse. Então, às vezes parece absurdo pedir a uma rede determinada, mas, na verdade, o que os gestores estão querendo é que o contrato seja efetivo, então, não tem nada de absurdo, *data máxima venia*, foi uma exigência razoável e esse contrato novo, que foi feito a partir da rede credenciada diminuta,

mostrou que realmente as empresas menores, que dizem que tem condições de atender o contrato, na verdade não tem.

Essa é apenas uma ponderação que trago a Vossas Excelências, como órgãos legítimos e excelentes que são no controle externo, para dizer das vicissitudes e das dificuldades dos gestores no caso concreto.

E, por fim, nós estamos aí e, caso nosso pleito não seja atendido em relação às multas, nós estamos pedindo uma diminuição, se elas subsistirem, especialmente no caso do pregoeiro, que está aqui conosco acompanhando a sessão e que ela assuma, em relação a ele, um caráter confiscatório, dada a relação entre salário e o valor da multa. Então, é isto.

Agradeço a Vossa Excelência, senhor Presidente; agradeço a todos e é o que eu tinha de dizer a esta honrada Corte. Muito obrigado.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, WANDERLEY ÁVILA:

Passo a palavra ao Relator, Conselheiro Claudio Terrão.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

II – FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Considerando que os recorrentes possuem legitimidade e interesse recursal, que o apelo é próprio e tempestivo e que foram observadas as disposições legais e regimentais, conheço do recurso ordinário.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Conheço.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

Conheço.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Conheço.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, WANDERLEY ÁVILA:

Também conheço.

FICA APROVADO.

CONSELHEIRO CLAUDIO COUTO TERRÃO:

Mérito

A) Ausência de definição da quantidade de postos de combustíveis credenciados nas capitais e região metropolitana dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo

Primeiramente, cumpre fazer um breve relato da controvérsia, que se originou da Cláusula 7.1 do Termo de Referência (anexo 1 do edital), a qual prevê:

7.1. A Contratada deverá manter rede credenciada de postos de combustíveis em todo o território nacional, especialmente nos estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, com distância máxima de 150 (cento e cinquenta) quilômetros entre eles, sendo que, nas regiões metropolitanas das capitais, tal distância deve ser de, no máximo, 15 (quinze) quilômetros, devendo haver, no mínimo, 100 (cem) postos credenciados na região metropolitana de Belo Horizonte/MG.

Na decisão recorrida acompanhou-se o entendimento da Unidade Técnica, conforme se extrai do trecho a seguir (peça nº 93 da Denúncia nº 1.088.795):

A Unidade Técnica analisou as defesas apresentadas nos termos do relatório peça 86 do SGAP e concluiu o seguinte:

- a) Com relação à ausência de definição da quantidade de postos de combustíveis credenciados nas capitais e região metropolitana dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, a Unidade Técnica manifestou-se nos seguintes termos:

Em que pese a argumentação apresentada pelos Responsáveis citados do INDI, observa-se que a irregularidade constatada pelo órgão técnico decorre da “ausência de definição da quantidade de postos de combustíveis credenciados nas capitais e região metropolitana dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo”, o que não foi tratado na Defesa apresentada.

Examinando os autos, observa-se que as razões apresentadas pela Defesa são referentes à exigência do Edital de ampla rede credenciada de postos de combustíveis, o que procurou-se demonstrar estar de acordo com as atividades realizadas pelo INDI.

Ocorre que a irregularidade apontada pelo órgão técnico não se refere à exigência mencionada anteriormente, mas à ausência de definição da quantidade de postos de combustíveis credenciados nas capitais e região metropolitana dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

Deste modo, entende-se que as alegações apresentadas pelos Responsáveis citados do INDI não tiveram o condão de elidir a irregularidade constatada.

[...]

No presente, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, considero parcialmente procedente a denúncia apresentada.

No recurso apresentado, assim alegaram os recorrentes (peça nº 2):

Observa-se que não foi exigida quantidade diferenciada de postos de combustíveis credenciados nas capitais e regiões metropolitanas dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

O que foi exigido era o credenciamento de postos em todo território nacional com distância máxima de 150 km entre eles e, nas regiões metropolitanas das capitais, de 15 km. Em relação à região metropolitana de Belo Horizonte, além de atender a essas regras, a licitante tinha que garantir o credenciamento de pelo menos 100 postos.

O aposto “especialmente nos estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo” não alterou a exigência de que, nesses estados, houvesse postos credenciados a cada 150 km e, na região metropolitana de suas capitais, a cada 15km. Portanto, para os estados de Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, a regra era a mesma dos demais estados.

Reitera-se que a cláusula não fez exigência específica para as “capitais e região metropolitana dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo”, não havendo sentido em considerar irregular a “ausência de definição da quantidade de postos de combustíveis credenciados nas capitais e região metropolitana dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo”.

Se há irregularidade, ela decorre da falta de estudo técnico que embase a exigência feita (de forma geral), e já foi sancionada.

Portanto, a exigência era uma só para todo o território nacional (com a peculiaridade em relação à RMBH), não tendo havido exigência diferenciada em relação às capitais dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo e suas regiões metropolitanas, razão pela qual os recorrentes pedem a exclusão dessa causa de sanção e, conseqüentemente, a exclusão da própria sanção.

É necessário considerar, por fim, que, mesmo que existisse exigência diferenciada para as capitais e regiões metropolitanas dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, o vício estaria abrangido pela irregularidade nº 2, isto é, o ausente estudo técnico que justificaria a exigência feita para essas regiões é o mesmo que justificaria a exigência feita para as demais regiões, o que, mais uma vez, mostra, *data venia*, a impropriedade da multa aplicada em relação à suposta irregularidade nº 1.

Complementando o alegado, da defesa apresentada pelo pregoeiro, Senhor Fernando Nogueira Lima Júnior, nos autos da Denúncia nº 1.088.795, extraímos o seguinte fragmento (peça nº 63)

[...]

Os estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo receberam destaque especial por serem os mais visitados pela equipe do INDI, por serem o grande centro financeiro do país e o local onde estão instaladas as principais empresas nacionais e multinacionais.

[...]

A seu turno, a manifestação da Unidade Técnica pode ser resumida no seguinte trecho de sua manifestação (peça nº 8):

Ocorre que a definição clara da quantidade de postos credenciados nas capitais e região metropolitana dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo não é mero detalhe ou formalidade, uma vez que é elemento essencial da competitividade do certame, tendo em vista a capacidade dos Licitantes executarem o objeto previsto no Edital, especialmente como é sugerido que, no caso das regiões metropolitanas dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, haveria uma exigência diferenciada.

Os possíveis interessados em participar do certame devem ter parâmetros claros em relação ao objeto que será executado, tendo em vista sua capacidade de executar o serviço contratado.

[...]

Deste modo, os argumentos apresentados pelos Recorrentes não tiveram o condão de modificar o entendimento deste órgão técnico, uma vez que não foram suficientes para elidir a irregularidade constatada.

Por fim, pronunciou-se o MPC sobre o apontamento (peça nº 9):

A diferenciação entre os estados do Rio de Janeiro e São Paulo frente aos demais estados da federação, bem como àquela feita entre a Região Metropolitana de Belo Horizonte e as

demais, são explícitas e não se justificam, uma vez que não foi realizado o estudo de demanda. Ainda que tal irregularidade decorra da ausência de estudo técnico, que deveria ter sido feito justamente para indicar a quantidade e a localização dos postos de combustíveis da rede de credenciamento, constata-se que são irregularidades independentes entre si.

Isto posto, este Parquet entende pela regularidade das multas aplicadas pelo TCE/MG.

Da análise das razões apresentadas, entendo, em consonância com os recorrentes, que a cláusula 7.1 do Termo de Referência (anexo 1 do edital), ao prever que “a contratada deverá manter rede credenciada de postos de combustíveis em todo o território nacional, mas especialmente nos estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, com distância máxima de 150 (cento e cinquenta) quilômetros entre eles, sendo que, nas regiões metropolitanas das capitais, tal distância deve ser de, no máximo, 15 (quinze) quilômetros, devendo haver, no mínimo, 100 (cem) postos credenciados na região metropolitana de Belo Horizonte/MG”, não criou exigência de quantidade diferenciada de postos nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, mantendo para estes a mesma quantidade estipulada para as demais regiões metropolitanas do país, a exceção da belorizontina, que explicitamente exigia o credenciamento de pelo menos 100 (cem) postos.

Como afirmado pelos recorrentes, os estados de Rio de Janeiro e São Paulo receberam destaque especial por serem os mais visitados pela equipe do INDI, por serem o grande centro financeiro do país e o local onde estão instaladas as principais empresas nacionais e multinacionais. Entendo dessa forma que o termo “especialmente” não criou condição específica de tratamento, mas apenas salientou a maior importância da rede credenciada em tais estados, sendo mero preciosismo que nada acrescentou ou limitou em termos práticos. Portanto, apesar de desnecessária, ao contrário da Unidade Técnica e do MPC, não visualizo, da leitura da cláusula, nenhuma exigência adicional ou diferenciação explícita e injustificada, capaz de confundir e limitar a participação de empresas interessadas.

Convém destacar, como afirmado pelos recorrentes, que o contrato originado do Pregão nº 01/2020 vigorou somente por 12 meses, de modo que, em 18/03/21, antes mesmo do julgamento que resultou no acórdão ora recorrido, o INDI fez publicar no jornal Minas Gerais novo edital para seleção de proposta de fornecimento de cartão-combustível (Pregão Eletrônico nº 04/2021), em que, entre outras correções, eliminou a exigência de rede credenciada fora do estado de Minas Gerais.

Além disso, como se nota a partir de exemplo de licitação apresentado pelos recorrentes, o termo “especialmente” é por vezes utilizado, tal como ocorreu na licitação questionada, como mera ênfase aos locais de maior utilização dos serviços:

O contrato tem como objeto a eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviços de gerenciamento de frota, com implantação de sistema informatizado e integrado, através da internet, e tecnologia para registro de transações por meio de cartões magnéticos, na rede de postos, oficinas elétricas, mecânicas Leve e pesada, e centros automotivos credenciados e disponibilizados em todo o território nacional, especialmente no estado de Santa Catarina, para atender as necessidades do Instituto Federal Catarinense (IFC) – Campus Santa Rosa do Sul. PREGÃO ELETRÔNICO (SRP) Nº 021/2017 (Instituto Federal Catarinense – Campus Santa Rosa do Sul) [grifo nosso]

Desse modo, acato as razões recursais e reputo improcedente a irregularidade apontada, afastando por decorrência as multas aplicadas aos Senhores Thiago Coelho Toscano, presidente do INDI, e Fernando Nogueira Lima Júnior, pregoeiro e subscritor do edital.

No presente caso concreto, ainda que se entendesse de forma diversa pela irregularidade da previsão editalícia, não há como desconsiderar que, com a inclusão do art. 28 à Lei de

Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o legislador passou a qualificar e restringir as ações que são aptas a gerar a responsabilidade pessoal do agente, afastando a possibilidade de responsabilização objetiva e preconizando que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas somente em caso de dolo ou erro grosseiro.

O erro grosseiro foi definido, em âmbito federal, pelo art. 12, § 1º, do Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os arts. 20 a 30 da LINDB, sendo compreendido como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O aludido decreto aproximou, assim, o conceito de erro grosseiro ao de culpa grave.

Logo, admite-se inferir que o agente só poderá ser responsabilizado pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas, se sua conduta antijurídica for praticada com dolo ou culpa grave, o que deverá ser apurado no caso concreto.

Da mesma forma, segundo o § 2º do art. 22 da mesma lei, na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Nesse cenário, embora possa constituir preciosismo desnecessário e potencialmente capaz de trazer confusão aos concorrentes, não houve por parte dos recorrentes a caracterização de erro grosseiro nos termos acima descritos, nem prejuízo a competitividade do certame, o que justifica a não aplicação de sanção aos recorrentes em razão desse apontamento de irregularidade.

B) Ausência de estudo de demanda que comprovasse a necessidade do número de postos de combustíveis para compor a rede credenciada em todo o território nacional e o distanciamento exigido entre os postos credenciados

Segundo a denunciante, o edital questionado trouxe a exigência de uma rede credenciada de postos de combustíveis em parâmetros desproporcionais as reais necessidades da licitante, o que teria limitado a concorrência do certame, conforme breve resumo contido no acórdão recorrido (peça nº 93 da Denúncia nº 1.088.795):

A Denunciante questionou o item 7.1 do Termo de Referência do Edital, que conteria exigência excessiva de rede credenciada em todo território nacional. Alegou que teria sido exigida uma rede “de postos conveniados em todo território nacional, sendo que nas regiões metropolitanas a distância mínima entre postos deve ser de no máximo 15 (quinze) quilômetros. A rede credenciada exigida pela Administração é extremamente excessiva, ao passo que a maioria dos abastecimentos serão realizados no entorno das próprias sedes dos órgãos, ou num raio máximo de 50 (cinquenta) quilômetros” (f. 06 da peça inicial).

A denunciante afirmou que, em decorrência de se ter exigido abrangência nacional, associado aos distanciamentos mínimos entre os postos, o edital não especificou todas as localidades a serem atendidas. Desse modo concluiu que: a “rede exigida é imprecisa, pois não indica de forma objetiva em quais localidades (cidades) deverão ser credenciados os estabelecimentos (...) Ainda, o texto da cláusula 7.1 é dotado de extrema subjetividade, pois não discrimina de forma detalhada as cidades onde deverão ser credenciados os postos de combustíveis, apenas indicando ‘em todo território nacional’ e ‘capitais’” (f. 06 e 07 da peça inicial).

A denunciante argumentou, ainda, que existiria inviabilidade técnica, em uma rede credenciada tão ampla: “Tal exigência (...) é impraticável e tecnicamente impossível, pois [seria inviável] efetivar credenciamento de estabelecimentos em todas as localidades citadas, se nas mesmas não houver estabelecimentos aptos ao atendimento e credenciamento, haja vista que alguns não poderiam sequer existir”. Ademais, “não se trata

apenas de encontrar uma rede que atenda os clientes de forma satisfatória, mas também que esta rede esteja habilitada, no caso de Postos de Combustíveis, junto a Agência Nacional de Petróleo, o que muitas vezes se demonstra uma grande dificuldade” (f. 06 e 07 da peça inicial).

Segundo o acórdão recorrido, amparado pela opinião do Órgão Técnico, não houve, por parte dos recorrentes, a realização de estudo de demanda que comprovasse a necessidade do número de postos de combustíveis para compor a rede credenciada em todo o território nacional e o distanciamento exigido entre os postos credenciados, conforme se extrai do trecho a seguir (peça nº 93 da Denúncia nº 1.088.795):

b) Com relação à ausência de estudo de demanda que comprove a necessidade de rede credenciada em todo o território nacional, do número de postos de combustível que deverá compor a rede credenciada e a distância entre as redes credenciadas, a Unidade Técnica, em sede de reexame, concluiu o seguinte:

Em que pese a argumentação apresentada pelos Responsáveis citados do INDI, observa-se que a irregularidade constatada pelo órgão técnico decorre da ausência de estudo de demanda que comprove a necessidade de rede credenciada em todo o território nacional; do número de postos de combustíveis que deverá compor a rede credenciada; e a distância entre as redes credenciadas, o que não foi tratado na Defesa.

Examinando os autos, observa-se que a Defesa procurou apresentar as razões das exigências do Edital tratadas neste item.

Ocorre que a irregularidade apontada pelo órgão técnico se refere, de fato, à ausência de estudo de demanda que comprove a necessidade das exigências feitas no Edital, o que deve constar da fase interna da Licitação, como forma de fundamentação das referidas exigências.

Nesse sentido, na análise inicial do órgão técnico, afirma-se:

A ausência de um estudo de demanda no processo administrativo licitatório compromete a licitação, pois não há como comprovar a real necessidade da extensa rede de credenciamento, bem como da quantidade e do gasto de combustível a justificar a exigência do edital.

Deste modo, entende-se que as alegações apresentadas pelos Responsáveis citados do INDI não tiveram o condão de elidir a irregularidade constatada.

[...]

No presente em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, considero parcialmente procedente a denúncia apresentada.

No recurso apresentado, os responsáveis assim se manifestaram (peça nº 2):

A rede credenciada exigida no pregão nº 1/2020 foi a mesma exigida no pregão 2/2015, que foi o primeiro com esse objeto realizado pelo INDI. Do pregão de 2015 resultou o contrato nº 3/2015, executado satisfatoriamente pela Empresa Brasileira de Tecnologia e Administração de Convênio Haag S.A.

Os recorrentes tinham, pois, precedente robusto, de conhecimento da sociedade e dos órgãos de controle, que lhes indicavam que estavam no caminho certo e que não havia irregularidades no edital.

Além disso, a jurisprudência permite que a Administração defina a rede credenciada, desde que não seja requisito de habilitação:

“33. Pois bem, o item 4.1.3 do edital é fonte das duas possíveis irregularidades denunciadas. Em relação à distância máxima entre postos de 150 Km, não se vislumbra restrição ao caráter competitivo ao certame. É dizer, a jurisprudência deste Tribunal reputa como indevida a exigência de apresentação de rede credenciada de 6

estabelecimentos para fins de habilitação no certame, podendo ser exigida tão somente na fase de contratação, concedendo-se ao licitante vencedor prazo razoável para seu cumprimento (ex vi dos Acórdãos 686/2013, Relatoria Min. Augusto Sherman, 1.194/2011, Relatoria Min. Walton Alencar Rodrigues e 307/2011, Relatoria Min. Augusto Sherman, todos do Plenário). Do contrário, haveria a imposição de ônus financeiro e operacional desarrazoados às licitantes.”

Quanto à exigência da rede credenciada na fase de contratação, o edital nº 1/2020 estava adequado, conforme previa a cláusula 7.3 de seu anexo um:

“7.3. Caso não haja posto credenciado nas localidades previstas, o prazo para credenciamento deverá ser de, no máximo 30 (trinta) dias corridos, contados a partir da data da formalização do contrato.”

A cláusula que previa a rede credenciada tinha, então, aspecto de regularidade, os recorrentes em momento nenhum agiram de má-fé e não decorreu de sua conduta qualquer prejuízo para o INDI.

Nesse contexto, cabe evocar o art. 64 da Lei Complementar nº 102/2008, o qual prevê:

“Art. 64. Ao proceder à fiscalização dos atos, contratos, convênios, acordos, ajustes e instrumentos congêneres, o Relator ou o Tribunal:

(...)

IV - fixará prazo, na forma estabelecida no Regimento Interno, se constatada irregularidade ou ilegalidade de ato ou contrato, para que o responsável adote as providências necessárias ao cumprimento da lei;

V - suspenderá a execução de ato ilegal, se não atendida a medida prevista no inciso IV, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal, sem prejuízo da aplicação da multa prevista no art. 85 desta Lei Complementar;

(...)”

Observa-se que o art. 64, incisos IV e V, indo ao encontro da tendência do direito administrativo sancionador de oferecer ao agente oportunidade de corrigir sua conduta antes de ser sancionado, prevê a aplicação de sanção apenas na hipótese de ele ou ela não adotar as providências necessárias no prazo assinado.

Nesse sentido se inclina também o art. 22, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.655, de 25/04/2018:

“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.

(...)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (...)”

A respeito do dispositivo legal acima transcrito, colhe-se em boa doutrina:

“A LINDB dá, neste artigo e em outros, várias demonstrações de estar associada à corrente do direito administrativo sancionador que entende as sanções administrativas como técnicas de gestão ou de regulação. As sanções não são vistas numa lógica retributiva, mas gerencial. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, um dos autores da lei, e de Rafael Vêras de Freitas: ‘[a sanção administrativa] tem por objetivo, antes, dissuadir e conformar a conduta do administrador e conformá-la a determinada pauta regulatória – uma das facetas de uma regulação responsiva, por assim dizer. Punir é apenas umas das formas de disciplinar’. (MARQUES NETO; FREITAS, 2018). É

também esta ótica que explica o foco dado pelo projeto à consensualidade, com a celebração de compromissos para fins de sanar eventuais irregularidades, prevista no art. 26. Ao invés da punição retrospectiva e retributiva, há maior atenção à finalidade de correção e regulação de comportamentos eventualmente desviantes.”

Portanto, tendo os recorrentes bons antecedentes, não se tratando de ilegalidade manifesta; e não havendo prejuízo para o INDI, é salutar que a lógica do art. 64, incisos IV e V, da LC 102/2008, por interpretação analógica, seja aplicada neste caso, de modo que a multa seja substituída, inicialmente, por recomendação.

Vale lembrar que o contrato originário do pregão nº 1/2020 vigorou por 12 meses. Em 18/03/2021, antes mesmo do julgamento que resultou no acórdão ora recorrido, o INDI fez publicar no jornal Minas Gerais novo edital para seleção de proposta de fornecimento de cartão-combustível, com a devida adequação da rede credenciada, vindo a assinar o contrato com o novo prestador em 13/04/2021, conforme extrato publicado no citado jornal em 14/04/2021.

A curta duração do contrato originado do pregão nº 1/2020 e a imediata correção da irregularidade evidenciam a falta de prejuízo para o INDI, para a sociedade e até mesmo para os licitantes.

A ausência de prejuízo para os licitantes é reforçada pela participação no certame questionado do próprio denunciante, que só não se saiu vitorioso naquela oportunidade por não ter oferecido o menor preço. Nenhuma condição presente no edital o impediu de participar efetivamente da disputa.

É importante registrar que sanção tão grave em circunstâncias como as do presente caso faz com que agentes íntegros passem por desonestos e que a atividade administrativa seja desenvolvida com temor e acobramento, além de contribuir para a resistência de servidores em assumir funções importantes como é a de pregoeiro.

Por essas razões, é medida de justiça que a multa decorrente da “irregularidade 2” (falta de estudo de demanda) seja substituída por recomendação.

Complementando os argumentos, o pregoeiro Fernando Nogueira Lima Júnior, em sua defesa nos autos da denúncia que deu origem a esse recurso, assim explicou (peça nº 63 da Denúncia nº 1.088.795):

Conforme Lei estadual nº 15.682, de 20/07/2005, alterada pela Lei nº 22.287, de 14/09/2016, o INDI tem por finalidade promover a execução de políticas de desenvolvimento que contribuam, especialmente, para, a articulação entre empresas privadas, investidores e a administração pública com vistas à atração de investimentos para o Estado. Já o seu Contrato Social, averbado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas de Belo Horizonte em 23/09/2019, prevê, no art. 4º, o detalhamento do objeto social:

Art. 4º O INDI tem por objeto social a contribuição na formulação de políticas de desenvolvimento do Estado e a execução dessas políticas nos termos do art. 1º da Lei nº 15.682/2005. § 1º O INDI:

- I – buscará, no Brasil e no exterior, investimentos para o Estado;
- II – auxiliará sociedades empresárias a se instalarem no Estado;
- III – auxiliará sociedades empresárias já instaladas no Estado a expandirem seus negócios;
- IV – acompanhará a atividade empresarial das sociedades a que assistir, com vistas à retenção, ampliação e perenidade do respectivo empreendimento.

Depreende-se da leitura do artigo acima que o INDI deve direcionar a sua atuação para a atração de investimentos para o Estado, buscando, por todo o Brasil e exterior, empresas

interessadas em se instalar no solo mineiro, e acompanhando a atividade empresarial das sociedades a que assistir, com vistas à retenção, ampliação e perenidade do respectivo empreendimento.

[...]

Ademais, além das viagens pelo Estado de Minas Gerais, realizadas, rotineiramente, com os veículos terceirizados que compõe a frota do INDI, os empregados e diretores também se valem de veículos alugados para o trânsito em outros estados da federação, como Rio de Janeiro, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, dentre outros. Ainda que o deslocamento para outro estado ocorra por via aérea, é comum a locação de carro na cidade em que fica o aeroporto, gerando a necessidade de abastecimento.

Dessa forma, a exigência de rede credenciada de postos de combustíveis em todo o território nacional se mostra razoável ante a necessidade dos colaboradores utilizarem os cartões de abastecimento fornecidos pelo contrato firmado pela empresa responsável pelos serviços de gerenciamento e controle de aquisição de combustíveis para abastecerem os veículos alugados. Essa medida traz maior controle e eficiência para o INDI, que gerencia de forma efetiva o local do abastecimento, o valor pago pelo combustível, a quilometragem rodada, etc., gerando maior confiabilidade ao processo e evitando eventuais fraudes ou desvios.

A exigência de rede credenciada nacional encontra respaldo em outros editais publicados por órgãos a entidades públicas, conforme se observa abaixo:

A presente licitação tem por objeto a contratação de serviços de gerenciamento do abastecimento e manutenção de veículos, por meio de implantação e operação de um sistema informatizado e integrado com utilização de cartão magnético ou micro processado e disponibilização de Rede Credenciada de Postos de Combustível, compreendendo o fornecimento de combustíveis (gasolina, álcool hidratado e diesel), serviços especializados de manutenção através da rede de postos e oficinas credenciados pela Contratada em todo território nacional. EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO nº 014/2014 (Coordenadoria de Defesa Agropecuária – Governo do Estado de São Paulo). [grifo nosso].

Contratação da prestação de serviços continuados de gerenciamento e controle de aquisição de combustíveis (etanol, gasolina e óleo diesel) em rede de postos credenciados em todo território nacional, através da implantação e operação de sistema software) informatizado e integrado, com utilização de cartão magnético ou microprocessado, com execução indireta mediante o regime de empreitada por preço global, visando atender às necessidades da Superintendência Regional da Polícia Federal na Bahia – SR/PF/BA. PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2020 (Superintendência Regional da Polícia Federal na Bahia). [grifo nosso].

O contrato tem como objeto o a eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviços de gerenciamento de frota, com implantação de sistema informatizado e integrado, através da internet, e tecnologia para registro de transações por meio de cartões magnéticos, na rede de postos, oficinas elétricas, mecânicas Leve e pesada, e centros automotivos credenciados e disponibilizados em todo o território nacional, especialmente no estado de Santa Catarina, para atender as necessidades do Instituto Federal Catarinense (IFC) – Campus Santa Rosa do Sul. PREGÃO ELETRÔNICO (SRP) Nº 021/2017 (Instituto Federal Catarinense – Campus Santa Rosa do Sul) [grifo nosso]

Os estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo receberam destaque especial por serem os mais visitados pela equipe do INDI, por serem o grande centro financeiro do país e o local onde estão instaladas as principais empresas nacionais e multinacionais.

O MPC, por sua vez, apresentou parecer com a seguinte conclusão (peça nº 9):

O Ministério Público de Contas entende que, por mais que os objetivos do INDI demandem uma atuação plural e em diversificados destinos, existe necessidade de restrição geográfica do objeto contratual às suas reais demandas. Para tanto, os seus deslocamentos pretéritos são referência bastante segura e relevante. Tais dados servem de baliza para o dimensionamento da necessidade da rede credenciada a ser contratada.

[...]

Mas de qualquer forma, o que se percebe é que, desde 2015, somente 03 viagens da denunciada demandaram uma atuação fora dos limites dos Estados de Minas Gerais e de São Paulo. Tratam-se, todos eles, de Estados vizinhos ao Estado de Minas Gerais, que não justificariam uma contratação de rede credenciada com cobertura nacional (para incluir todos os Estados da Federação). Seria muito mais lógico reduzir o objeto contratual aos Estados vizinhos de Minas Gerais, ou apenas ao Estado de São Paulo, responsável por cerca de 85% da demanda de deslocamentos para fora do Estado de Minas Gerais.

Não é porque, eventualmente, exista necessidade de um abastecimento em uma área bastante remota do país, que estaria justificada a necessidade de cobertura nacional. Trata-se de uma mera possibilidade, sem suporte na demanda dos últimos 05 anos de atuação. Essa mera possibilidade não pode causar um grave prejuízo à competitividade do certame.

[...]

É de se ressaltar também que não seriam todos os destinos que demandariam aluguel de carros ou deslocamentos por veículos próprios. Há destinos para os quais o deslocamento por meio de táxis ou de transportes coletivos se demonstra bastante acessível (física e economicamente falando).

Deve-se ter em mente também que não é qualquer órgão público que possui demanda suficientemente grande para que sua rede de postos de abastecimentos tenha abrangência nacional. Há de se compatibilizar a real demanda administrativa, com a necessidade de competitividade do certame.

[...]

Com fundamento em tais razões, o Ministério Público de Contas conclui que o item 7.1 do Termo de Referência do Edital questionado expressou uma demanda excessiva de rede credenciada em todo território nacional, quando sua demanda pretérita se limitou aos Estados vizinhos a Minas Gerais, com grande prevalência para o Estado de São Paulo (responsável por cerca de 85% dos deslocamentos destinados a outros Estados da Federação).

Da análise das diferentes razões expostas, entendo, no mesmo sentido do acórdão recorrido, e em consonância com a Unidade Técnica e o MPC, que as exigências editalícias se mostravam exageradas em relação a real demanda do órgão, vez que foram raros os abastecimentos em postos da rede credenciada localizados fora dos limites do Estado. Fato comprovado pela própria readequação realizada pelo INDI, que contrariamente ao ocorrido na licitação anterior sobre o mesmo objeto e prorrogada sucessivamente (pregão nº 02/2015), decidiu por finalizar o contrato com a empresa vencedora após o fim dos doze meses de contrato, optando por realizar uma nova licitação, então fundamentada em histórico de utilização do serviço dos últimos 24 (vinte e quatro) meses e em Estudo Técnico Preliminar realizado, conforme se extrai das cláusulas abaixo (Pregão nº 04/2021):

7.1. Baseando-se no histórico de utilização do serviço dos últimos 24 (vinte e quatro) meses e no Estudo Técnico Preliminar realizado pelo CONTRATANTE, a CONTRATADA deverá manter rede credenciada de postos de combustíveis seguindo as seguintes diretrizes mínimas:

- a) 03 (três) postos de combustível em um raio máximo de 15 (quinze) quilômetros da sede do INDI, localizada na Rodovia Papa João Paulo II, 4001 - Serra Verde, Belo Horizonte - MG, 31630-900;
- b) 01 (um) posto de combustíveis na cidade de Contagem/MG;
- c) 05 (cinco) postos de combustíveis na região central de Minas Gerais, localizados em cidade diversas de Belo Horizonte/MG e Contagem/MG;
- d) 05 (cinco) postos de combustíveis na região sul de Minas Gerais, sendo pelo menos 01 (um) nas cidades de São Sebastião da Bela Vista/MG, Varginha/MG e Pouso Alegre/MG.

7.2. Não será exigida rede credenciada fora do estado de Minas Gerais.¹

Portanto, fica claro que, após o recebimento da denúncia que deu origem a esse recurso ordinário, houve por parte do INDI uma reflexão acerca dos critérios usualmente utilizados nas licitações de mesmo objeto, com a devida adequação nos moldes sugeridos pela Unidade Técnica e pelo MPC.

Lado outro, embora os critérios anteriormente utilizados tenham se mostrado inadequados e excessivos, isto não implica que decorram de erro grosseiro evidente e inescusável. Como dito acima, o INDI, em seu Contrato Social, averbado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas de Belo Horizonte em 23/09/19, assim prevê:

Art. 4º O INDI tem por objeto social a contribuição na formulação de políticas de desenvolvimento do Estado e a execução dessas políticas nos termos do art. 1º da Lei nº 15.682/2005.

§ 1º O INDI:

I – buscará, no Brasil e no exterior, investimentos para o Estado;

Dessa forma, considerando que o objetivo do órgão era angariar investimentos e atrair empresas de outros Estados para Minas Gerais, não se mostra absurda a previsão de uma rede credenciada de postos de combustíveis em todo território nacional. Ao mesmo tempo, como apresentado pelos recorrentes, há diversos exemplos de licitações realizadas país afora com as mesmas previsões, o que naturalmente cria uma expectativa de regularidade quanto a tais exigências. Nesse mesmo sentido, como já descrito pelo próprio INDI, houve apenas uma réplica no pregão questionado das mesmas exigências utilizadas no pregão anterior (Pregão nº 02/2015), que por ter corrido ao longo dos anos sem questionamento, criou uma aparência de legitimidade.

Como explicado no item anterior, na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente, de modo que este responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas somente em caso de dolo ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 22 e 28 da LINDB.

Isto posto, verifico que, muito embora tenha havido certo exagero quanto à determinação de cobertura de âmbito nacional, ao se considerar o fim social do INDI, a existência de licitações semelhantes que serviram de norte e a própria licitação anterior que continha tal previsão e não foi objeto de qualquer impugnação, entendo que não houve a caracterização de erro grosseiro, e, por conseguinte, não há o que se falar em sanção. Além disso, como ressaltado pelos recorrentes, não houve prorrogação do contrato oriundo da licitação questionada, tendo sido realizado um novo certame incorporando as proposições sugeridas pelo Órgão Técnico e pelo MPC como mais adequadas.

¹ Disponível em: <https://www1.compras.mg.gov.br/processocompra/pregao/consulta/dados/abaDadosPregao.-html?metodo=abrirArquivoEdital&idPregao=142832>

Desse modo, apesar de considerar procedente a irregularidade apontada, acato as razões recursais para afastar as multas aplicadas aos Senhores Thiago Coelho Toscano, presidente do INDI, e Fernando Nogueira Lima Júnior, pregoeiro e subscritor do edital.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, dou provimento ao recurso, a fim de reformar a decisão proferida pela Primeira Câmara deste Tribunal, em 03/08/21, nos autos da Denúncia nº 1.088.795, afastando as multas pessoais no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) aplicadas ao Senhor Thiago Coelho Toscano, presidente da Instituto de Desenvolvimento Integrado de Minas Gerais (INDI), e ao Senhor Fernando Nogueira Lima Júnior, pregoeiro e subscritor do edital.

Intimem-se os recorrentes acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Também dou provimento, mas acompanhando a apresentação do advogado, fazendo as recomendações.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

Com o Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, WANDERLEY ÁVILA:

Eu peço vênias ao Relator e, com a fundamentação do órgão técnico e do Ministério Público, eu mantenho a decisão recorrida.

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDO O CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, WANDERLEY ÁVILA.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

* * * * *