



SUMÁRIO

SUMÁRIO	1
DIRETORIA GERAL	1
Cartório	1
Decisão Liminar	1

DIRETORIA GERAL

Cartório

Decisão Liminar

DECISÃO LIMINAR DLM - G.ICN - 75/2018

PROCESSO TC/MS: TC/10912/2018

PROTOCOLO: 1933155

ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE COSTA RICA

DENUNCIANTE: NEO CONSULTORIA E ADMINISTRAÇÃO DE BENEFÍCIOS EIRELI EPP

TIPO DE PROCESSO: DENÚNCIA

RELATOR: Cons. IRAN COELHO DAS NEVES

MEDIDA CAUTELAR

VISTOS, etc.

01. – O presente processo (TC/10912/2018) trata de DENÚNCIA COM PEDIDO DE LIMINAR (art. 39¹ e art. 40², da Lei Complementar n. 160, de 2012) formulado por NEO CONSULTORIA E ADMINISTRAÇÃO DE BENEFÍCIOS EIRELI EPP, em face do Município de COSTA RICA, por supostas irregularidades contidas no procedimento licitatório, EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº. 101/2018, que será realizado no dia 21/09/2018, naquela cidade.

02. – A Petição foi devidamente recebida pelo Cons. Presidente, como Denúncia, conforme decisão às fls. 2-5, preenchendo dessa forma os requisitos de admissibilidade previstos nas normas regimentais e, após isso, os presentes autos foram distribuídos a esta relatoria.

03. – O objeto do procedimento licitatório está descrito no edital, ora impugnado, vejamos:

Contratação de empresa especializada na **prestação de serviços de administração e gerenciamento de despesas de manutenção automotiva em geral**, com fornecimento de peças, componentes e acessórios, com implantação e operação de sistema informatizado, para atender os veículos oficiais relacionados bem como outros que porventura forem adquiridos, durante o período de vigência contratual, de todas as secretarias municipais. (grifei).

04. – A denunciante argumenta que o procedimento licitatório está irregular devido ao critério de julgamento selecionar, como vencedor, a licitante que apresentar a menor taxa de administração combinada com a taxa de serviço a ser cobrada da rede credenciada.

¹ Art. 39. Constituem procedimentos especiais a denúncia, a representação, o pedido de informação, o pedido de averiguação prévia e as consultas.

² Art. 40. Qualquer associação, cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar ao Tribunal a ocorrência de irregularidades ou ilegalidades.

05. – Especificamente, a denunciante insurge-se contra o item 8.5 do edital de licitação, vejamos:

8.5 – PARA EFEITO DE CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS CONSIDERAR-SE-Á A **MENOR TAXA ADMINISTRATIVA c/c COM A MENOR TAXA DE SERVIÇO A SER COBRADA DA REDE CREDENCIADA**, com a ressalva de que a taxa administrativa não poderá ser zerada e nem negativa. Para efeito de classificação na rodada de lances, levar-se-á em consideração o menor preço ofertado para a taxa administrativa. Ocorrendo a situação em que a empresa concorrente ofereça a menor taxa administrativa, mas em contrapartida a taxa de serviço a ser cobrada da rede credenciada esteja acima do menor preço ofertado pelas empresas classificadas, os lances partiram da menor taxa ofertada para os serviços da rede credenciada, bem como da menor taxa administrativa. (grifei).

06. – A Lei nº 8666/1993, em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, prevê que as licitações não conterão exigências impertinentes ou irrelevantes, em relação ao objeto contratado, *verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) § 1º **É vedado aos agentes públicos:**

(...)

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou **de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010); (grifei)

07. – A aplicação do artigo da lei alhures, no caso concreto, permite chegar-se à conclusão de que a exigência do edital, ora impugnada pela denunciante, estipula um percentual a ser cobrada pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados, interfere na relação jurídica entre a empresa gerenciadora (contratada) e os executores dos serviços (rede credenciada) que é regida por normas de direito privado.

08. – Essa relação jurídica-contratual, entre a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada), está fora do âmbito jurídico-contratual da relação a ser posta, entre a contratada (gerenciadora) e administração pública (contratante), porquanto, aquela relação trata-se de contrato de prestação de serviços a ser regido pela lei civil.

09. – Por isso, a exigência contida no edital é conflitante com as disposições do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/1993, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.

10. – Entretanto, cabe ressaltar que não se está a discutir aqui a questão da responsabilidade solidária, que tanto a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada) têm com a administração pública, em caso de reparação de danos, porquanto, esta poderia exigir a devida reparação de

qualquer uma, tanto da gerenciadora, como da executora dos serviços, por ser a administração pública a destinatária final dos serviços que vierem a serem prestados, em decorrência da contratação pública a ser feita.

11. – Este Tribunal de Contas e o Tribunal de Contas de São Paulo (TCE-SP) possuem jurisprudência sobre a questão aqui debatida, nos mesmos termos do entendimento até aqui exposto, vejamos:

Pelas razões e argumentos expendidos na denúncia (...) determinando ao Prefeito (...), que adotem com urgência as seguintes providências:

I – A SUSPENSÃO DO CERTAME até que seja feita a correção do Edital do Pregão Presencial n.º 016/2015, para excluir a exigência contida no item 16.2 do instrumento convocatório, referente à **obrigação imposta à empresa contratada de realizar o pagamento dos serviços prestados pelas empresas a ela credenciadas em até 5 (cinco) dias após o recebimento dos valores repassados pelo Município, por violação da disposição do art. 3.º, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, em razão de absoluta impertinência e irrelevância ao específico objeto do contrato, falta de previsão legal, e por não se mostrar indispensável à garantia das obrigações a serem pactuadas e restringirem o caráter competitivo do certame;**” (Processo TC/MS TC/6512/2015). (grifei).

“No entanto, analisando de forma mais acentuada, já que a dilação probatória e a suspensão do certame me permitiram esta reflexão no presente caso – **entendo que tanto o repasse de 2% como também a limitação da taxa de administração, ainda que direcionadas à vencedora, merecem reparos, pelos seguintes motivos: a primeira, porque carece de amparo legal, e a segunda por ser questão atinente à relação entre a contratada e os credenciados, não me parecendo apropriado a interferência do órgão licitante neste vínculo, impondo limites naquela fixação.** A propósito, relembro excerto do r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa sobre o tema, acolhido pelo Plenário na sessão do dia 24/6/2009, nos autos do TC-858/006/09, como segue: ‘[...] De igual maneira, procede a reclamação contra estipulação **de limite máximo da taxa de administração cobrada de terceiros**, regra veiculada pelo item 8.1.b do instrumento, segundo a qual a proposta comercial deverá prever ‘(...) taxa de administração a ser cobrada de terceiros (fornecedores dos produtos alimentícios), que não poderá ser superior a 3,5% (três vírgula e meio por cento) (...)’. **Sem embargo da elogiável preocupação de se garantir as melhores condições de compra para os futuros beneficiários desta contratação – na medida em que se alega ser tal requisito responsável pelo credenciamento de fornecedores de grande porte – entendo que essa disposição realmente extrapola os limites da atividade de produção de regras da licitação, por interferir em relações jurídicas do direito privado, travadas entre a licitante vencedora e terceiros, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência**, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federal. (TC- 40780/026/10 e TC-1620/004/10) (grifei)

12. – Por conseguinte, também é irrelevante a previsão de limite para os descontos propostos pela taxa administrativa, uma vez se tratar da remuneração em que a empresa está disposta a contratar, não podendo se presumir a inexecutabilidade da proposta. Nesse sentido estão os precedentes do TCU, vejamos:

Em licitações para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, **não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa.** Entretanto, em cada caso, deve ser avaliado se a proposta com taxa de administração negativa ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital. (Acórdão 2004/2018 – Primeira Câmara)

A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação. (Acórdão 1034/2012 – Plenário)

13. – Dessa forma, assiste razão a empresa-denunciante, uma vez que o critério de julgamento presumem a inexecutabilidade da proposta que oferete taxa administrativa zerada ou negativa, e interferem na relação privada, da empresa gerenciadora com a rede credenciada, de maneira impertinente, conforme estipula o § 1º, art. 3º, Lei nº 8.666/1993.

14. – Resolvida a questão trazida na denúncia, a partir da cópia do edital juntada aos autos, passo a observar outras indagações que necessitarão de comprovação no curso deste processo.

15. – A este Tribunal de Contas, por atuar de ofício ou mediante provocação, conforme a sua competência descrita nos artigos 75 a 77 da Constituição Estadual, no cumprimento do poder-dever de fiscalizar, não se aplica o princípio da inércia judicial. Nesse mesmo sentido, os precedentes do TCU:

No cumprimento do poder-dever de fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio ou instrumentos congêneres, o TCU não se atém aos termos da denúncia. Ao Tribunal não se aplica o princípio da inércia judicial, que restringe a apreciação do juiz ao que for relatado pelas partes. (Acórdão 277/2014 – Plenário)

Os exames empreendidos pelo TCU não estão adstritos aos termos da denúncia apresentada. A competência do Tribunal decorre dos artigos 70 e 71 da Constituição Federal. (Acórdão 2522/2013 – Plenário) (grifei).

16. – Verifico que esse tipo de contratação é definida pela doutrina de “quaterização”, uma vez que a empresa contratada, a *quaterizada*, ficará incumbida de fornecer os produtos e serviços, das *terceirizadas*, à administração, vejamos³:

São, portanto, **duas contratações em um só procedimento: gestão dos serviços prestados os próprios serviços.** Aqui fica mais fácil perceber característica singular desse tipo de contratação: a **existência de intermediação.** A empresa contratada nada mais é do que uma intermediária entre Administração e o prestador dos serviços. Contrata-se, portanto, o serviço de intermediação (gestão) os serviços realmente prestados (abastecimento, manutenção, guincho, etc). (grifei).

17. – Assim, percebo que no edital em exame, existe apenas a possibilidade de remunerar o valor a ser pago pela taxa de administração, isto é, para a prestação dos serviços de gerenciamento, sem considerar, durante o procedimento licitatório, os preços que serão pagos pelo fornecimento das peças, componentes, acessórios e dos serviços de manutenção.

18. – Nos termos apresentados no Parecer da AGU³, deve-se resguardar a compatibilidade do procedimento de contratação com o regime jurídico das licitações, nestes termos:

Por todo exposto, conclui-se que:

a) **adoção do denominado serviço de gerenciamento de frota**, por se tratar de intermediação na aquisição de bens serviços, **exige justificativa específica, elaborada com base em estudos técnicos**, os quais demonstrem aspectos como adequação, a eficiência econômica de utilização do modelo, tudo ser devidamente consignado no documento de planejamento da contratação (termo de referência, projeto básico etc);

³ Advocacia Geral da União. Parecer nº 2/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/15247669>>. Acesso em: 20.9.2018.

b) Na contratação do gerenciamento de frota, deve Administração adotar as seguintes recomendações, fim de resguardar compatibilidade do procedimento com regime jurídico das contratações públicas:

b.1) utilizar critério de julgamento não só em relação ao serviço de gerenciamento, mas também em relação aos bens serviços decorrentes do contrato;

b.2) evitar que pesquisa ou cotação de preços de mercado que se faça necessária no curso do contrato fique critério única exclusivamente da empresa contratada, observando, nessa pesquisa, os termos do Parecer Nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU;

b.3) não exigir apresentação de rede credenciada na fase de habilitação, mas sim fixar no edital prazo hábil à vencedora para que apresente relação conforme exigências do instrumento convocatório. (grifei).

19. – Outro ponto que precisa ser observado no edital, é a necessidade de possuir técnico inscrito no Conselho Regional de Administração (CRA), conforme dispõem os itens 6.1.4.3 e 6.1.4.4, vejamos:

6.1.4.3. **Demonstrar que possui responsável técnico devidamente inscrito no CRA (Conselho Regional de Administração)**, tal comprovação deverá ser feita através de registro em carteira ou ainda; contrato com o profissional.

6.1.4.4. **Cópia autenticada da carteira profissional do responsável técnico**, ou ainda comprovação de registro do responsável técnico no CRA. (grifei).

20. – A Lei nº 4.769/1965 estabelece os casos em que existe a necessidade de se possuir profissional de administração, conforme abaixo:

Art. 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, VETADO, mediante:

a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior;

b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração VETADO, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos;

21. – De acordo com o disposto no artigo 1º da Lei nº 6.839/1980, a inscrição nas entidades fiscalizadoras das profissões regulamentadas vincula-se à atividade fim da empresa, de forma que a inscrição no CRA somente será obrigatória quando a empresa for constituída com a finalidade de desempenhar atividades privativas da área de administração. Assim é redigido o dispositivo legal:

Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, **serão obrigatórios nas entidades competentes** para a fiscalização do exercício das diversas profissões, **em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros**. (grifei).

22. – Desse modo, observando-se que esta licitação é destinada à contratação de empresa especializada para gerenciamento de frota, não há obrigatoriedade de que a empresa possua registro no CRA, e nem tampouco em seus quadros um profissional registrado.

23. – É imperioso apontar, que o rol dos documentos de habilitação, definidos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993, é taxativo e, consequentemente, o ordenador de despesas não pode inovar.

24. – A Lei de Licitações e Contratos, inciso I, art. 30, admite a possibilidade de exigir o registro ou inscrição na entidade profissional competente. Todavia, deve haver pertinência entre a necessidade de aptidão técnica e os serviços que serão contratados. É o que já decidiu o Tribunal de Contas da União:

Atividades não relacionadas às específicas dos profissionais de Administração **não exigem registro** perante o Conselho Profissional da categoria. (Acórdão 1841/2011 – Plenário)

No caso de licitações realizadas visando à contratação de **serviços de informática, não há amparo legal para exigir dos licitantes que comprovem o respectivo registro ou inscrição no Conselho Regional de Administração** ou em qualquer outro conselho profissional. (Acórdão 1264/2006 – Plenário). (grifei).

25. – Por corolário, os serviços que necessitam de profissional habilitado nos moldes da Resolução Normativa nº 293/2004 do CRA são estritamente aqueles estipulados pelo art. 2º da Lei nº 4.769/1965, das quais os serviços de gerenciamento de frota não se enquadram e nem tampouco são conexos.

26. – Assim sendo, para salvaguardar o interesse público, preservar a licitação, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública e a isonomia do certame, nesta fase processual a medida mais adequada ao caso é decretar a suspensão do certame, determinar a correção do edital e instalar o devido contraditório, em relação à denunciada.

DISPOSITIVO.

27. – Destarte, **CONCEDO A LIMINAR** pleiteada pelo denunciante, com fulcro no art. 56 e art. 57, inciso I, da Lei 160/2012, com base no que diz o art. 71, inciso IX, da CF e nas decisões do Supremo Tribunal Federal⁴ que reconhecem o poder geral de cautela e os poderes implícitos, nas atribuições que a Constituição expressamente outorgou aos Tribunais de Contas, nas seguintes condições:

a) determinar que a administração pública municipal adote providências **imediatas, a partir do recebimento da intimação**, no sentido de decretar a **suspensão do procedimento licitatório** – PREGÃO PRESENCIAL Nº 101/2018 realizado pelo município de COSTA RICA, em razão das irregularidades apresentadas no edital de licitação. **Advirto que a suspensão perdurará até que outra decisão seja proferida por estar relatoria;**

b) Determinar que no prazo de **20 (vinte) corridos** a denunciada corrija o edital de licitação, e no mesmo prazo encaminhe o edital retificado para análise, nos seguintes termos:

b.1) proceda a retificação do edital, para constar critério de julgamento não só em relação ao serviços de gerenciamento, mas também em relação aos bens e serviços decorrentes do contrato;

b.2) Exclua do edital as exigências constantes dos itens 6.1.4.3 e 6.1.4.4, que estabelecem a necessidade de a empresa licitante possua, em seus quadros, responsável técnico inscrito no Conselho Regional de Administração (CRA);

c) determino que no prazo de **5 (cinco) dias** corridos a denunciada **encaminhe a documentação referente a suspensão do certame e fixo multa de 400** (quatrocentas) UFERMS, em caso de descumprimento da decisão (art. 44, inciso I e art. 45, inciso I, da LC nº 160/12 e art. 170, do RITC/MS).

⁴ (Brasília, 23 de maio de 2007. Ministro CELSO DE MELLO Relator) (MS 26547 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/05/2007, publicado em DJ 29/05/2007 PP-00033).

28. – **INTIME-SE**, via cartório que certificará o prazo e o cumprimento da intimação a denunciada, sobre o teor desta decisão liminar, e para que apresente sua defesa, em relação aos fatos objeto da Denúncia em tela, no prazo de 30 (trinta) dias corridos, com fulcro no art. 113, do RITC/MS.

29. – **COMUNIQUE-SE** com a devida urgência o Denunciante e a Denunciada.

30. - Cumprida as providências acima e após o retorno do processo em tela, voltem-me para ulteriores deliberações, em caráter prioritário (art. 148, § 3º, inciso II, do RITC/MS).

Campo Grande/MS, 20 de setembro de 2018.

Conselheiro IRAN COELHO DAS NEVES.
Relator

