ACÓRDÃO - AC00 - 1549/2023

PROCESSO TC/MS	: TC/6987/2023
PROTOCOLO	: 2255540
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE BATAYPORA
JURISDICIONADO	: GERMINO DA ROZ SILVA
DENUNCIANTE	: PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL – EPP.
ADVOGADOS	: OTHON WELBER BARAGÃO – OAB/SP 484.365; RENATO LOPES – OAB/SP 406.595-B; ROBERTO DOMINGUES ALVES – OAB/SP 453.639 E OUTROS.
RELATORA	: CONS. SUBS. PATRÍCIA SARMENTO DOS SANTOS

EMENTA: DENÚNCIA – SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO ELETRÔNICO – TERMO DE REFERÊNCIA – FIXAÇÃO DE LIMITE NA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – SUPOSTA INTERFERÊNCIA NA RELAÇÃO CONTRATUAL DA CONTRATADA COM A REDE CREDENCIADA – ALEGADA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE – NÃO CARACTERIZAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

1. Não caracteriza restrição à competitividade a exigência de um limite máximo para a futura contratada cobrar dos seus credenciados na “taxa de credenciamento”, a qual se aplicará a todos os interessados na licitação, conforme precedente do TCU (Acórdão 1949/2021).

2. O art. 40, X, da Lei n. 8.666/93, veda a imposição de preços mínimos, mas não proíbe a fixação de preços máximos.

3. Improcedência da denúncia, diante da não comprovação de ocorrência de ilícito, com o consequente arquivamento dos autos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 4ª Sessão Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 27 a 30 de novembro de 2023, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, pela **improcedência** e consequente **arquivamento** da denúncia, nos termos do art. 129, I, “b” do Regimento Interno do TCE/MS, e pela **quebra do sigilo processual**, conforme o disposto no art. 61, § 6º, do RITC/MS.

Campo Grande, 30 de novembro de 2023.

Conselheira-Substituta **Patrícia Sarmento dos Santos** – Relatora

(Ato convocatório n. 03/2023)

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos - Relatora

Vistos, etc.

Trata o presente processo de Denúncia formulada pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial - EPP, contra o Pregão Eletrônico n. 006/2023 – Processo Administrativo n. 096/2023 realizado pelo Município de Batayporã – MS, através do Fundo Municipal de Assistência Social, tendo por objeto a contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de documentos de legitimação, na forma de cartão magnético para a operacionalização do benefício do Programa Municipal de Renda Básica, destinado à aquisição de gêneros alimentícios e medicamentos para as unidades familiares em situação de pobreza que estão inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal-CADUNICO e acompanhadas pelo Centro de Referência em Assistência Social-CRAS.

Alegou, em síntese, que o item 5.7 do Termo de Referência fixa limite máximo da taxa a ser aplicada à rede credenciada, o que extrapola a competência administrativa, interferindo na relação contratual da contratada com a rede credenciada que é regulada pelo direito civil, por se tratar de relação privada entre particulares e requereu a concessão de liminar para suspender o procedimento licitatório, a qual foi deferida, conforme (DECISÃO LIMINAR DLM - G.ICN - 117/2023).

Após a intimação, o jurisdicionado apresentou sua resposta (peça 8), sustentando a legalidade do procedimento.

Ato continuo, os autos foram encaminhados à Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 11), que após analisar a documentação, concluiu seu parecer pela improcedência da denúncia, tendo em vista que as cláusulas impugnadas não poderiam ser consideradas ilegais, pois a taxa de administração cobrada pelas licitantes das empresas credenciadas (prestadoras de serviços e fornecedoras de produtos) impacta diretamente o preço a ser pago pela Administração Pública.

O Ministério Público de Contas acompanhou integralmente a equipe técnica, opinando pela revogação da liminar concedida bem como a improcedência da denúncia (peça 13).

Sobreveio, então, a revogação da liminar concedida, autorizando a continuidade do certame (peça 14).

É o breve relatório. VOTO.

VOTO

A Exma. Sra. Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos - Relatora

O tema ora debatido no presente processo cinge-se sobre a legalidade da cláusula 5.7 do Termo de Referência, que assim dispõe:

5.7. O percentual máximo permitido a ser cobrado pela contratada das empresas credenciadas não poderá ser superior a **5,5% (cinco e meio por cento)** sobre o valor efetivamente faturado no estabelecimento pelos beneficiários através dos cartões. Esse limite leva em consideração a pesquisa realizada na fase de planejamento da contratação, a saber:

MÁQUINA DE CARTÃO	TAXA
Máquina de cartão Cielo	4,99%
Máquina de cartão Stelo	4,95%
Máquina de cartão Safrapay	4,49%
Máquina de cartão Stone	4,98%
Cartão VR	6,85%
Cartão Face Card	5,00%
TAXA MÉDIA	**5,21%**
TAXA MEDIANA	**5,5%**

Sustenta o denunciante que a referida limitação extrapola a competência administrativa, interferindo na relação contratual da contratada com a rede credenciada que é regulada pelo direito civil, por se tratar de relação privada entre particulares.

Como bem destacou a Divisão "*se a Administração não estabelece um patamar máximo para a taxa, estará 'caminhando no escuro' quanto às despesas com a aquisição de medicamentos e gêneros alimentícios pelos assistidos do Programa Municipal de Renda Básica*" (fl. 246).

Em juízo perfunctório, esta Relatoria cautelarmente, concedeu a suspensão da Licitação. No entanto, após a resposta do jurisdicionado e a manifestação do corpo técnico e do MPC, a medida foi revogada. Ademais, verifica-se que o tema possui jurisprudência firmada pelo TCU, no Acórdão nº. 1949/2021, senão vejamos:

> (Acordão 1949/2021 Plenário do TCU):
>
> [...] 11. Todavia, a recente jurisprudência do TCU considera regular a inserção de fixação à taxa secundária, por entender que tal regra se revela uma forma de aperfeiçoar o modelo de contratação. 12. No âmbito do TC 014.997/2021-5, esta Corte examinou possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico 4/2021, conduzido pela Justiça Federal de 1ª Instância em Goiás (JFGO), que tinha como objeto a contratação de serviços de administração e gerenciamento compartilhado de frota por meio de sistema informatizado e plataforma web, para a manutenção de veículos da Justiça Federal em Goiás, de forma continuada, junto a rede de estabelecimentos credenciados, com fornecimento de peças, serviços, componentes, acessórios e transporte por guincho não coberto pelo seguro da frota. Naquela oportunidade, este Tribunal, mediante o Acórdão 1.387/2021-Plenário (Ministro Relator Benjamin Zymler), referendou o entendimento da Selog que concluiu pela regularidade da fixação de limite à taxa secundária, afastando a irregularidade apontada pela representante (peça 25 do TC 014.997/2021-5): "20. Não obstante essas decisões do TCU, os argumentos trazidos pela unidade jurisdicionada, neste caso concreto, em resposta à impugnação da licitante, ora representante, revestem-se de coerência. O custo da taxa de credenciamento estará indiretamente embutido no preço orçado pela credenciada prestadora dos serviços. Se tal valor for definido meramente sem o conhecimento da contratante, e sem que ele componha o valor da proposta vencedora, restará prejudicado o objetivo da licitação, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa. 21. Dito de outra forma, de nada adianta permitir a disputa de preços apenas quanto à taxa de administração cobrada do órgão público contratante pela empresa gerenciadora, se o valor cobrado dos credenciados pela empresa gerenciadora não é conhecido pela Administração Pública. Nesse caso, qualquer eventual desconto obtido na fase de lances pode ser compensado pela empresa gerenciadora com o aumento da taxa cobrada dos credenciados e repassado como custo do serviço à contratante. 22. Entende-se, como o trazido pela unidade jurisdicionada, que "a inclusão do comissionamento cobrado pela empresa gerenciadora dos seus credenciados nas propostas das empresas licitantes e o estabelecimento de critérios no edital de licitação relacionados ao processo de credenciamento das oficinas e revendedoras de peças são formas de aperfeiçoar o modelo de contratação" (peça 18). 23. Sendo assim, o que houve foi uma preocupação da JFGO em incluir na tabela de composição de preços, de forma separada, a taxa de administração cobrada da contratante pelo serviço de gerenciamento e a comissão cobrada pela empresa gerenciadora das suas credenciadas, custo esse que, em última análise, é suportado pela Administração contratante e precisa ser objeto de disputa entre os licitantes."

Logo, não parece haver restrição à competitividade ao se estabelecer, em edital de licitação, a exigência de um limite para a futura contratada cobrar dos seus credenciados a "taxa de credenciamento", até porque a exigência se aplicará a todos os interessados na licitação. Isso porque, em última análise, nos valores que a Administração municipal pagar pelos serviços prestados pela sua contratada estarão embutidos, de qualquer modo e por qualquer meio, os valores que ela (contratada) pagará aos seus credenciados.

Ademais, verifica-se certa vantagem nessa limitação, visto que, em estabelecendo o edital um limite para a futura contratada cobrar dos seus credenciados a “taxa de credenciamento”, a Administração visa, licitamente, reduzir a margem de incerteza dos valores que, afinal, ela deverá pagar à sua contratada, dando assim, cumprimento aos princípios constitucionais da economicidade e da eficiência, sem ofensa às relações privadas e sem danos tanto à empresa que se dispuser a ser contratada quanto aos seus credenciados.

Além disso, necessário citar que a regra do art. 40, X, da Lei n. 8.666/93, veda a imposição de preços mínimos, mas não proíbe a fixação de preços máximos. No presente caso, a Administração municipal, ao estabelecer limite para a cobrança da “taxa de credenciamento”, adentrou o campo dos preços máximos, o que não está legalmente proibido.

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência dessa Corte de Contas:

> DENÚNCIA PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PREGÃO PRESENCIAL PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GERENCIAMENTO DE FROTA ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEL EDITAL SUPOSTA IRREGULARIDADE TAXA DE CREDENCIAMENTO LIMITE MÁXIMO ALEGADA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE NÃO CARACTERIZAÇÃO PRECEDENTE CASO ANÁLOGO IMPROCEDÊNCIA ARQUIVAMENTO COMUNICAÇÃO.
>
> Impõe-se o arquivamento de Denúncia cuja matéria já foi apreciada por este Tribunal em caso análogo, movido, inclusive, pela mesma denunciante, e no qual tenha sido evidenciada a improcedência dos idênticos fatos suscitados como irregulares e objetos de suas instaurações. (TC/14054/2017, Rel. Jerson Domingos, j. 26/10/2018)

Destarte, não se caracteriza restrição à competitividade a exigência administrativa de estabelecer limite para a futura contratada, no tocante aos valores cobrados dos credenciados a título de “taxa de credenciamento”.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, fundamentado na análise técnica e acompanhando o Parecer do Ministério Público de Contas (MPC), **VOTO**:

1 – Pela **IMPROCEDÊNCIA** e consequente **ARQUIVAMENTO** da denúncia, nos termos do art. 129, I, “b” do Regimento Interno do TCE/MS;

2 - Pela **QUEBRA DO SIGILO PROCESSUAL**, conforme o disposto no art. 61, § 6º, do RITC/MS;

3 - Pela **INTIMAÇÃO** do interessado acerca do resultado do julgamento, nos termos do art. 50, I da Lei Complementar 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto da Relatora, pela improcedência e consequente arquivamento da denúncia, com a quebra do sigilo processual.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relatoria da Exma. Sra. Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo, Marcio Campos Monteiro, Flávio Kayatt e os Exmos. Srs. Conselheiros-Substitutos Célio Lima de Oliveira e Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

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

Campo Grande, 30 de novembro de 2023.

Conselheira-Substituta **PATRÍCIA SARMENTO DOS SANTOS**

Relatora (Ato Convocatório n. 03/2023)

MSS