DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 44/2019

PROCESSO TC/MS	**:** TC/3300/2019
PROTOCOLO	**:** 1966462
ÓRGÃO	**:** ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL DE BRASILÂNDIA
JURISDICIONADO	**:** ANTONIO DE PADUA THIAGO
TIPO DE PROCESSO	**:** PROCEDIMENTO PRÉVIO ADMINISTRATIVO
RELATOR	**:** Cons. FLÁVIO KAYATT

A matéria em exame provém da Comunicação Interna n. 60/2019, remetida a este Gabinete pela Divisão de Fiscalização de Contratação Pública (...), por meio da qual foi encaminhado o instrumento de Controle Prévio das Contratações Públicas referenciando o Edital do Pregão Presencial n. 21/2019, lançado pela Administração municipal de Brasilândia, cujo Edital prevê a realização de sessão pública no dia 16 de abril corrente, para a apresentação de propostas e a prática dos atos típicos da modalidade da licitação escolhida, tendo**:**

— como finalidade a seleção de *empresa especializada na prestação de serviços na área de gerenciamento de frota, visando à gestão de abastecimento de combustíveis e fornecimento de peças para máquinas, tratores e equipamentos agrários no município de Brasilândia***;**

— o valor estimado de R$ 1.924.000,00, para a futura contratação**.**

No aspecto objetivo, os autores do exame prévio evidenciaram as seguintes irregularidades**:**

I - ausência de justificativa para a adoção do sistema de gerenciamento de frota em detrimento do modelo tradicional de contratação [que *a priori* entendo como ausência de comprovação dos requisitos constitucionais da economicidade e da eficiência]**;**

II - ausência de quantitativos estimados**;**

III - ausência de critérios de julgamento das propostas em relação à parcela mais significativa do objeto [a aquisição de bens (combustíveis e lubrificantes, peças e acessórios etc.) e a prestação de serviços de consertos e reparos das diversas espécies de veículos automotores]**;**

IV - ausência de especificação do quantitativo mínimo de credenciados (pela empresa vencedora do certame);

V - ausência de parâmetros de preços a serem observados no decorrer da contratação**.**

Realizado o exame prévio, os autores do trabalho sugeriram a aplicação de medida cautelar para o fim de suspender o certame licitatório, até que a Administração municipal adote **"***as medidas necessárias para corrigir os diversos*

vícios (...) identificados, por meio da revisão integral dos procedimentos administrativos atinentes à fase interna da licitação".

É o sucinto relatório.

D E C I S Ã O

Inicialmente anoto – embora fosse até desnecessário – que a competência dos Conselheiros deste Tribunal para aplicar ou conceder medida cautelar, inclusive de ofício, está positivada nas regras dos arts. 56, 57 e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e do art. 148 do Regimento Interno, e tem amparo jurisprudencial, como exemplifica a decisão do Supremo Tribunal Federal (aplicável por simetria aos demais Tribunais de Contas do País), com o seguinte enunciado:

> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1 - Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2 - Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3 - A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4 - Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.
>
> (MS 24510/DF-DISTRITO FEDERAL, MANDADO DE SEGURANÇA. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 19/11/2003, Tribunal Pleno)

Em seguida, lembro que a medida cautelar é a medida provisória tendente a afastar a iminência de um possível dano a um direito ou a um possível direito. E para tal fim, são exigidos dois requisitos: o *fumus boni juris,* significativo da relevância do fundamento e a ocorrência da verossimilhança do direito material, e o *periculum in mora*, que corresponde à possibilidade da ineficácia, ao final, da prestação "*jurisdicional*" – que neste caso, se trata de prestação é administrativa.

No caso concreto, por meio de procedimento licitatório é pretendida a posterior contratação de empresa pelo modelo denominado de quarteirização.

Desse modo, a empresa contratada não executa diretamente o objeto-fim pretendido, que se materializa nos fornecimentos de combustíveis e lubrificantes e nos consertos ou reparos dos veículos automotores da frota municipal, mas apenas os direciona. E esse direcionamento é efetivado via sistema informatizado (cartões magnéticos), para uma rede de postos de combustíveis, de fornecedores de peças e acessórios e de oficinas previamente credenciados, cuja rede não é escolhida pela contratante, mas sim pela contratada, conforme

determinados critérios estabelecidos no contrato, considerando a proximidade do local em que se encontram os veículos danificados ou a abastecer e os menores preços oferecidos para os atendimentos.

Em suma, no caso descrito a seleção de empresa e sua contratação pela Administração pública compreende a finalidade precípua de se delegar a um terceiro o cognominado **"***gerenciamento de frota***"**, mas cujo terceiro não executará diretamente os atendimentos das necessidades da contratante, pois que os atendimentos serão feitos por outros, ditos *quarteirizados*.

Sobre a matéria sob enfoque, mesmo não havendo regramento expresso, se constata que, analisando a dita *quarteirização* em 2009, o Tribunal de Contas da União-TCU entendeu, por meio do julgamento instrumentalizado no Acórdão n. 2.731/09-Plenário, que se tratava de um procedimento lícito e abarcado pelas regras e princípios que regem as licitações. Na oportunidade:

— o Ministro Aroldo Cedraz: *i*) observou que aquela Corte de Contas não devia inibir inovações, já que ela desempenha papel indutor no aprimoramento da gestão pública; ***ii***) citou como objetivo da descentralização impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa;

— constou também da parte dispositiva do referido Acórdão, a determinação ao órgão licitante para apresentar estudos de viabilidade que comparasse tal modelo de gestão em contraponto com o do credenciamento de oficinas realizado pelo próprio ente ou órgão público.

Mais recentemente, o TCU:

— determinou aos Correios — por meio do Acórdão 120/2018 - Plenário - que eventuais prorrogações de contratos de tal espécie fossem condicionadas à demonstração de que a quarteirização é a opção mais vantajosa, à luz de todas as boas práticas ao alcance da entidade contratante;

— fez diversas recomendações aos Correios, inexistentes em seus julgados anteriores, sobre o mesmo objeto, como designar, para atuar na condição de fiscal desses contratos, empregados que tenham passado por treinamento em mecânica, o que vejo como de extrema importância.

E adiciono que esse tipo de contratação exige cuidados especiais para não deixar o edital em aberto, de tal forma que não caracterize a delegação de procedimento licitatório para terceiros privados.

Assim, no caso em exame e conforme os apontamentos feitos pelos técnicos da Divisão de Fiscalização de Contratações Públicas (...), as questões abaixo expostas necessitam de justificativas, esclarecimentos e retificações:

I - não foi demonstrado ter havido estudo preliminar para que se comprovasse ser essa modalidade de contratação mais vantajosa relativamente à contratação tradicional.

O princípio da vantajosidade representa a busca, pela Administração Pública da obtenção da melhor relação custo-benefício nas suas contratações. E isso deve começar pela escolha do processo, mormente como consta no relatório técnico da Divisão de Contratações Públicas (...), quando se tratar de municípios pequenos**;**

Assim tenho como certo que isso deve ser revisto e o procedimento interrompido, para que tal estudo seja elaborado antes de ser iniciado o certame, na forma que exige o art. 6º, IX, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e do art. 9º da Lei (federal) n. 10.520, de 2002**;**

II - que o edital deveria estabelecer, e não o fez, o número mínimo de credenciados de forma a evitar direcionamentos e conluio entre a empresa contratada e seus credenciados, com a indicação de preços desfavoráveis à Administração.

Aqui é dizer que o item 5.8 do Edital de Licitação e o item 3.7.4. do Termo de Referência do referido Edital exige a apresentação de relação mínima de credenciados, mas não especifica os critérios de credenciamento, deixando a cargo da gerenciadora a escolha, o que fere a objetividade e o controle público que deve ter o edital. Elencando os critérios, amplia-se a rede e mantêm-se a qualidade do serviço que deve ser exigida. É necessária, assim, a complementação do edital com tais critérios**;**

III - que é necessária a parametrização dos preços de serviços e peças, pois ao contrário não se tem a garantia da economicidade do processo, e, portanto, é falho o critério de julgamento estipulado no edital.

Sobre esse ponto, orienta o doutrinador Jessé Torres Pereira Junior no sentido de que "*deve vencer a licitação a empresa gerenciadora que oferecer o menor preço da hora trabalhada* [homem/hora]*, tanto para a manutenção preventiva como para a corretiva, sem perder de vista que para cada tipo de serviço há tabelas oficiais desenvolvidas pelas montadoras para o quantitativo de mão de obra a ser despendido para cada espécie de serviço (tabela de tempo padrão de reparos)*"**;**

IV - que não há critério sobre os preços que serão praticados pelos credenciados durante a execução do contrato. Conforme justificaram os autores do exame do Edital, é necessário que se estabeleça **"***um limitador de preços máximos que impeça a cobrança de preços superiores aos praticados na bomba na data do abastecimento. Inexistem também mecanismos de fiscalização que impeçam ou minimizem a ocorrência de eventuais desvios e/ou cobranças indevidas. Quanto às peças e serviços automotivos, também não há qualquer menção acerca dos critérios a serem observados durante a execução contratual (ex.: ta-*

belas de referência, procedimentos de cotação, etc.) e meios de fiscalizar, seu cumprimento, em ofensa ao disposto no art. 55, inc. III, da Lei n. 8.666/93”**.**

Assim, a correção do item III do Edital contemplará essa irregularidade apontada**;**

V - que não foram consignadas no Edital as quantidades estimadas de serviços e produtos**.**

É preciso que a estimativa dos serviços contemple os quantitativos unitários, primeiro porque a regra do art. 15, § 7º, I e II, da Lei n. 8.666, de 1993, exige, e depois porque as adições legais permitidas não se referem a valores monetários e sim a quantitativos unitários que eventualmente fossem ou sejam necessários e assim, em um possível termo aditivo, o preço inicialmente avençado estará ou estaria garantido**.**

Do que foi exposto, é dizer que estão claramente presentes a *verossimilhança do direito*, na medida da evidente afronta a vários dispositivos da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e da Constituição Federal, bem como o *periculum in mora* no sentido de que a licitação e a contratação de empresa vencedora do certame possam caracterizar ou ocasionar prejuízo ao erário. A matéria necessita então da intervenção deste Tribunal, para interromper ou cessar qualquer vício**.**

Tudo examinado, e por todas as razões apresentadas e com fundamento regras dos arts. 57, I, e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, determino ao Prefeito Municipal de Brasilândia, que**:**

I - tome as medidas cabíveis para suspender imediatamente a realização do Pregão Presencial n. 21/2019, lançado por Edital da Administração daquele Município, ou, no caso de que tal evento já tenha ocorrido, que ele se abstenha de homologar o resultado do certame ou de celebrar contrato**;**

II - determine a adoção das medidas necessárias para a efetivação das correções apontadas no todo do **relatório** desta decisão**;**

III - preste, no prazo de 5 (cinco) dias contados de sua intimação, inclusive por meio eletrônico, as informações que entender úteis, especialmente no referente àquelas relativas às correções supramencionadas, para que daí seja viabilizada a cessação dos efeitos desta medida cautelar, tudo nos termos dos arts. 50, II, *segunda parte*, 57, I e III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e do art. 148, § 2º, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Normativa n. 76, de 11 de dezembro de 2013**;**

IV - só realize nova licitação, para o mesmo fim, após a correção dos vícios apontados e assim que esta medida cautelar for revogada ou julgada, conforme o caso, sob pena da aplicação das sanções cabíveis e, se for o caso, da obrigação de ressarcimento de dano causado ao erário.

É a decisão.

Encaminhe-se o presente expediente ao Cartório para as providências devidas.

Campo Grande/MS, 16 de abril de 2019.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

IHS