Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

DELIBERAÇÃO AC00 - 3236/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/14320/2017
PROTOCOLO	: 1829995
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE TRES LAGOAS
JURISDICIONADO	: ANGELO CHAVES GUERREIRO
DENUNCIANTE	: PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP
RELATOR	: CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

EMENTA: **DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – EDITAL – ALEGAÇÃO DE VÍCIOS – EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS À COMPETITIVIDADE – SUPOSTO DIRECIONAMENTO – ANULAÇÃO DO CERTAME PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONSTATAÇÃO DE INEXATIDÕES – CONTROLE ADMINISTRATIVO DOS PRÓPRIOS ATOS – POSSIBILIDADE – PODER-DEVER DE AUTOTUTELA – SÚMULA 473 DO STF – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – ARQUIVAMENTO – COMUNICAÇÃO – SUSPENSÃO DO SIGILO PROCESSUAL.**

A administração pública tem o poder-dever de autotutela, ou seja, a administração pode controlar administrativamente seus próprios atos e anulá-los ou corrigi-los quando constatado a inexatidão dos mesmos *(conforme, inclusive, entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula n.º 473)*.

Extingue-se procedimento de Denúncia, no âmbito deste Tribunal, com seu consequente arquivamento, se verificada a perda superveniente de seu objeto, diante da anulação do edital licitatório, pela Administração Pública, em relação ao qual se referiam os fatos denunciados.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 27 de novembro de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pelo **arquivamento** da Denúncia, com fulcro no art. 127, inciso I, alínea “a” e “b” e Parágrafo único, do RITC/MS (Resolução Normativa N.º 76, de 11 de Dezembro de 2013), por perda de objeto, em razão da anulação do procedimento licitatório pela administração pública municipal; e **comunicação** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso I e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012; sendo, ainda, suspenso o sigilo processual.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Conselheiro **Iran Coelho das Neves** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos que versam sobre DENÚNCIA (art. 39, art. 40, da LC nº 160/12) formulada por PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP (CNPJ sob o n.º 05.340.639/0001-30), em face da Prefeitura Municipal de TRÊS LAGOAS – MS, em razão de supostas irregularidades no decorrer da realização do Pregão Presencial nº 079/2017.

A Denúncia foi devidamente recebida pelo Conselheiro Presidente, conforme decisão às fls. 013-015, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nas normas regimentais e, após isso, os autos do processo foram distribuídos a esta relatoria.

O Ministério Público de Contas (MPC), através de seu douto representante ministerial, emitiu Parecer: PARECER PAR - 3ª PRC - 19916/2018 opinando pelo arquivamento do processo.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

O objeto do procedimento licitatório, fato gerador da presente Denúncia, está descrito no edital, vejamos:

> *"1.1. A presente licitação tem por objeto a "Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração e gerenciamento de abastecimento com fornecimento de combustível tipo "Gasolina comum" e "Óleo Diesel S-10" para a frota de veículos da Prefeitura Municipal de Três Lagoas-MS, que oferte a* ***MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO ou MAIOR PERCENTUAL DE DESCONTO sobre o preço de bomba dos combustíveis por meio de postos credenciados e disponibilizados****, com implantação e operação de sistema informatizado, conforme Termo de Referência (ANEXO X)".* (grifei) (fls. 031, dos autos virtuais)

A empresa-denunciante se insurge contra o item "7.1", alínea "c.7", do edital de licitação que estabeleceu um percentual máximo a ser cobrada pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados, segundo a denunciante, essa relação jurídica seria entre particulares, não sendo necessária a interferência da administração pública, vejamos o que diz referido item do edital:

> *"7.1. A proposta da licitante deverá ser elaborada em papel timbrado da empresa ou em formulário próprio (ANEXO I), sem rasuras, na qual deverão constar as seguintes especificações:*
>
> *(...)*
>
> *C.7. A* ***administração fixa o percentual máximo de 4,00% (quatro por cento), a ser cobrado pela licitante vencedora do certame, da rede credenciada de postos de combustível.****"* (fls. 037) (grifei)

A Lei 8666/93, em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, prevê que as licitações devem ser feitas sem 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)

A aplicação do artigo da lei alhures, no caso concreto, permite chegar-se a conclusão de que a exigência do edital, que estipula um percentual máximo 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.

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.

Por isso, a exigência contida no edital, em seu item "7.1", alínea "c.7" é conflitante com as disposições do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.

Ressalte-se 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 púbica, 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.

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 Eminente 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)

Por esses motivos, foi concedida a medida liminar: DECISÃO LIMINAR DLM - G.ICN - 44/2017 que determinou a suspensão do procedimento licitatório e a retificação do edital de licitação.

Após a concessão da liminar, a Denunciada informou que a licitação foi anulada, conforme fazem prova os documentos às fls. 812-822.

Necessário esclarecer, que a administração pública tem o poder-dever de

autotutela, ou seja, a administração pode controlar administrativamente seus próprios atos e anulá-los ou corrigi-los quando constatado a inexatidão dos mesmos, como *in casu*. Esse entendimento está sumulado pelo STF, vejamos:

> ***"Súmula 473***
>
> *A administração* ***pode anular seus próprios atos****, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."*[1] *(grifei)*

Em razão da anulação do procedimento licitatório, entendo que a presente Denúncia perdeu seu objeto, conforme dispõe o art. 127, inciso I, alínea "a", "b" e Parágrafo único, do RITC/MS, vejamos:

> *"Art. 127. De posse dos* ***autos do processo retornados do Ministério Público de Contas****, se o Conselheiro relator constatar que da apuração da denúncia:*
>
> *I* ***- não foi comprovada a ocorrência de ilícito, ele:***
>
> *a) encerrará a instrução processual;*
>
> *b****) elaborará seu relatório,*** **bem** ***como o voto escrito*** *para ser proferido em sessão do Tribunal Pleno, no sentido* ***do arquivamento do processo****;"*
>
> *c) procederá nos termos do art. 62, caput, I e II;*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, I,* ***b*** *e* ***c****, deverá ser observada a regulação das sessões reservadas, nos termos dos arts. 60 ou 61, conforme o caso."* (grifei)

Destarte, pelas razões acimas expostas e como a denunciada anulou o procedimento licitatório o processo em tela deve ser arquivado, com fulcro no art. art. 127, inciso I, alínea "a", "b" e Parágrafo único, do RITC/MS.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas (MPC) e **VOTO**, pelo(a):

a) **ARQUIVAMENTO** da Denúncia, com fulcro no art. 127, inciso I, alínea "a" e "b" e Parágrafo único, do RITC/MS (Resolução Normativa N.º 76, de 11 de Dezembro de 2013), por perda de objeto, em razão da anulação do procedimento licitatório pela administração pública municipal.

b) **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso I e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012.

[1] Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, pelo arquivamento da presente Denúncia, nos termos do voto do relator. Suspendido, ainda, o sigilo processual.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas, José Aêdo Camilo (em Substituição Legal do Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior).

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Conselheiro **IRAN COELHO DAS NEVES**
Relator

setac.crr/dssm