DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 36/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/3687/2022
PROTOCOLO	: 2161758
ENTE	: MUNICÍPIO DE ANGÉLICA
JURISDICIONADO	: APARECIDO GERALDO RODRIGUES (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
DENUNCIANTE	: PRIME – CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.
RELATOR	: CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria em exame compreende a ***"REPRESENTAÇÃO DE ILEGALIDADE EM EDITAL COM PEDIDO LIMINAR"*** (SIC) apresentada pela empresa PRIME Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., CNPJ/MF-05.340.639/0001-30, sediada na Calçada Canopo, 11 - Sala 03 – Alphaville Empresarial - Santana do Parnaíba/SP, CEP-06.541-078, em desfavor da Administração municipal de Angélica, na qual foram expostos argumentos e apontados teóricos vícios nos enunciados do subitem 5.2.2.9, 5.2.2.10 e 5.2.2.11 do Edital do Pregão (presencial) n. 02/2022, cujo objeto é o *"REGISTRO DE PREÇO PARA FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE MANUTENÇÃO E GERENCIAMENTO DE FROTA PARA A ADMINISTRAÇÃO DE DESPESAS DE MANUTENÇÃO (PREDITIVA, PREVENTIVA, CORRETIVA), MEDIANTE SISTEMA INFORMATIZADO VIA INTERNET E TECNOLOGIA DE PAGAMENTO POR MEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO NAS REDES DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADAS."*

A equivocada *"representação"* compreende típica denúncia e, desse modo, foi admitida pelo Presidente deste Tribunal, em juízo de admissibilidade (DESPACHO DSP-GAB.PRES.-6916/2022, peça 4, fl. 136), sendo daí autuada e os autos processuais a mim encaminhados para a relatoria da matéria.

No seu expediente, a empresa denunciante expôs razões informando e sustentando, em linhas gerais, que:

> *Da leitura da referida cláusula, verifica-se que as licitantes não poderão cobrar taxas ao credenciar os estabelecimentos que se conveniarem a sua rede, exigência essa que é totalmente alheia à atividade da administração pública, e nada mais é do que uma forma de a Administração interferir no livre comércio. Como apontado nos fatos, o edital traz exigência ilegal e restritiva à competitividade. Verifica-se que a Contratante quer, na verdade, limitar o poder de negociação das licitantes para com os estabelecimentos credenciados que compõem sua rede, invadindo o contrato que as mesmas possuem com terceiros, que sequer participam da licitação.*

Tendo citado precedentes, a denunciante formulou ao final os seguintes pedidos:

> *Diante do exposto, e considerando que o certame ocorrerá dia 31/03/2022, às 08:00 horas, requer se digne Vossa Exa. que:*
>
> *1. Receba a matéria desta representação com suspensão liminar do procedimento licitatório **EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 002/2022**, bem como determine a notificação da Autoridade Administrativa para prestar as informações legais;*

*2. Seja **JULGADA PROCEDENTE A PRESENTE REPRESENTAÇÃO**, determinando que a Representada promova a seguinte alteração no edital:*

*i. Excluir do edital a proibição de cobrança de taxa entre a Contratada e suas Credenciadas, **pois interfere na relação comercial entre particulares e na livre concorrência;***

ii. Republicar os termos do edital reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

É o sucinto relatório.

DECISÃO

Em conferindo o processamento da matéria, começo dizendo que, pelos fundamentos e razões adiante expostos, não vejo a necessidade de, nesta oportunidade, aplicar a medida peticionada pela empresa denunciante, ainda mais porque não consegui detectar, em juízo de cognição sumária, uma prova firme do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*, necessária para juridicamente proferir decisão de natureza cautelar.

Isso porque, em juízo de cognição sumária, o direito lesado tem que estar evidente. E evidente significa "*na cara",* à primeira vista. Assim, o direito arguido como lesado não pode depender de dilação probatória nem de suscitação de debate teórico sobre a existência dele, pois, caso contrário, entendo modestamente que o direito lesado não está evidente.

Dito isso, primeiramente vale lembrar que a matéria abordada não está pacificada. Uns se inclinam na direção de que não pode haver interferência do órgão ou ente público contratante na relação privada entre a empresa que ele venha contratar ou tenha contratado e os credenciados dela; outros, no sentido de que, embora exista relação privada estabelecida entre a empresa contratada – dita *gerenciadora* – e seus credenciados, é induvidoso que o *quantum* do valor da cognominada *"taxa de credenciamento*" repercute no valor da contratação, tornando-o mais oneroso. Em razão dessa divergência de entendimento, não vejo como evidente o direito arguido pela denunciante.

Abordando outro aspecto, não me parece haver restrição à competitividade ao se estabelecer, em edital de licitação, a exigência de um limite para a futura contratada (*"gerenciadora de frota por meio de cartões magnéticos ou micro processados"*) 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, indiscutivelmente, de qualquer modo e por qualquer meio, os valores que ela (contratada) pagará aos seus credenciados.

E, independentemente do que foi acima exposto, vejo 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 a, licitamente, reduzir a margem de incerteza dos valores que, afinal, ela deverá pagar à sua contratada, dando assim, e também desse modo, 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.

Cabe ainda acrescentar que as regras do art. 47 da Lei Complementar/fed. n. 123, de 2006 *("Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte")*, dispõem (pela redação da Lei Complementar/fed. n. 147, de 2014) que nas contratações públicas deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional e a ampliação da eficiência das políticas públicas. As regras do art. 48 da mesma Lei estabelecem prerrogativas para tais espécies de empresas, significando tudo, em suma, que:

1 - deve ser dado (modal obrigatório do dever jurídico) tratamento especial às microempresas e empresas de pequeno porte nos âmbitos municipal e regional;

2 - os objetivos regrados pelas disposições legais acima citadas não serão atingidos se a Administração municipal não puder interferir — de algum modo, ainda que indiretamente — no resultado das relações comerciais entre a sua contratada (*"gerenciadora de frota"*) e as empresas com interesses nos credenciamentos, pois é inquestionável que:

2.1 - as empresas econômica ou operacionalmente mais fortes — como em tese são as *"gerenciadoras de frotas"* — têm maior *"poder de negociação"* do que as microempresas e as empresas de pequeno porte que atuam normalmente apenas nos âmbitos municipal e regional;

2.2 - tendo maior *"poder de negociação"*, a empresa *"gerenciadora de frota"* pode impor elevada *"taxa de administração"* às credenciadas, tornando mais difícil o credenciamento para as microempresas e às empresas de pequeno porte locais.

Sem prejuízo das razões acima expostas, devem ser também refutados determinados argumentos da empresa denunciante. Assim, pelo que já foi até aqui enunciado e considerado, vejo que s denunciante está equivocada quando afirma que a Administração Pública deve se preocupar tão somente com a extensão (a quantidade) de estabelecimentos da rede credenciada, não devendo adentrar questões relativas ao valor pactuado entre as empresas de *"gerenciamento de frota"* e seus credenciados.

E, no respeitante à citada regra do art. 40, X, da Lei/fed. n. 8.666, de 1993, deve-se frisar que essa regra 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**.**

Adiciono às fundamentações até aqui expostas os precedentes abaixo transcritos:

> **TCE/PE -** No tocante à determinação da taxa máxima para a rede credenciada, prevista na cláusula 8.3 do edital, a Link Card argumenta que a limitação da taxa de credenciamento em 7% constituiria interferência em relação privada estabelecida entre a empresa gerenciadora e a empresa credenciada.
> Acerca da questão, o relatório técnico desta Casa registra que:
> Conquanto seja uma "relação privada estabelecida entre a empresa gerenciadora e a empresa credenciada", a taxa entre essas duas entidades se repercute no valor do contrato, tornando-o, na maioria das vezes, mais caro para a Administração Pública. Assim, não procede a crítica da Link Card quanto à limitação da taxa administrativa envolvendo a gerenciadora e a empresa credenciada."
> (TCE-PE - 19262498, Data de Publicação: 05/12/2019).

> **TCE/MS -** EMENTA - DENÚNCIA PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PREGÃOPRESENCIAL 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. (TCE-MS - DEN: 140542017 MS 1827338, Relator: JERSON DOMINGOS, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 1887, de 26/10/2018)

E, para finalizar, acrescento que os termos desta decisão provieram basicamente do entendimento, das razões e dos fundamentos que inscrevi no **voto** que proferi na Sessão do Tribunal Pleno, que resultou na DELIBERAÇÃO AC00-950/2018 (integrante dos autos do Processo TC/7909/2017), publicada no Diário Oficial deste Tribunal de Contas DOE/TCE/MS n. 1.812, de 10/07/ 2018.

Tudo examinado, **decido** nos sentidos de:

I - indeferir o pedido de aplicação de medida cautelar formulado pela empresa PRIME Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., CNPJ/MF-05.340.639/0001-30, sediada na Calçada Canopo, 11 - Sala 03 – Alphaville Empresarial - Santana do Parnaíba/SP, CEP-06.541-078;

II - determinar:

a) a intimação do senhor Aparecido Geraldo Rodrigues, Prefeito Municipal de Angélica, e da empresa denunciante – já identificada pelos termos do inciso precedente – para que eles tomem conhecimento desta decisão e, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados das suas respectivas intimações, se manifestem, se for dos seus respectivos interesses, devendo as intimações serem feitas por correspondência eletrônica, em conformidade com o disposto no art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e do art. 203, VIII, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018);

b) o encaminhamento do teor da denúncia (fls. 2-135) ao senhor Aparecido Geraldo Rodrigues;

c) o encaminhamento destes autos à Assessoria Jurídica, para a emissão de parecer preparatório sobre a matéria denunciada, nos termos do art. 127, II, do Regimento Interno;

É a decisão.

Campo Grande/MS, 30 de março de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/mré