



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

MANIFESTAÇÃO M.P.C. Nº 1019/2015

PROCESSO TCM 08060-14

DENÚNCIA

PREFEITURA MUNICIPAL DE VALENÇA

RESPONSÁVEL: JUCÉLIA SOUZA DO NASCIMENTO

RELATOR CONSELHEIRO: PAOLO MARCONI

PROCURADORA DE CONTAS: ALINE PAIM MONTEIRO DO REGO RIO BRANCO

EXERCÍCIO: 2014

PARECER

I. Relatório

Trata-se de Denúncia formulada pela Trivale Administração Ltda., contra a Prefeitura de Valença, na qual narrou-se que o Pregão Presencial nº 049/2014 violou o princípio da ampla competitividade, visto que o edital prevê a contratação de empresa especializada para prestar serviços de fornecimento de vale combustível em **papel e cartão de pagamento magnético**, sendo que, de acordo com a inicial, no Estado da Bahia, há apenas UMA ÚNICA empresa que trabalha com vale em papel, qual seja, a empresa Nutricash Serviços.

Ademais, questionou-se o ponto 7.1.3.1 do Edital, que veda a apresentação de taxa de administração nula ou negativa. Segundo o Denunciante, neste tipo de contratação, deve ser aceita oferta com taxa de administração nula ou negativa, pois "a renda dos particulares prestadores de tal serviço decorre de três principais fontes: da contrante, de aplicações financeiras e dos estabelecimentos credenciados" (fl. 10), tornando o contrato exequível.

Analisando os requisitos de admissibilidade, a Assessoria Jurídica desta Corte opinou às fls. 66/68, pelo recebimento do presente expediente como denúncia. Em relação à medida cautelar pleiteada na exordial, a AJU manifestou-se pela impossibilidade de concessão, em razão da inexistência de previsão legal do



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

instituto neste TCM. Em arremate, entendeu-se que não houve descumprimento de qualquer princípio constitucional.

O Prefeito apresentou defesa de fls. 85/92, negando quaisquer irregularidades apontadas na Denúncia.

Em seguida, em 02 de fevereiro de 21015, esse Ministério Público de Contas apreciou a questão por intermédio do Parecer nº 60/2015 (fl. 142), no qual recomendou a conversão do feito em diligência para que se procedesse à notificação da empresa vencedora do certame, a NUTRICASH SERVIÇOS LTDA, a fim de oportunizar o contraditório e a ampla defesa em relação ao Pregão Presencial nº 049/2014 e sua consequente contratação.

O Conselheiro Relator, aos 12 de agosto de 2015, indeferiu o pedido de diligência requerido (fl. 147), encaminhando novamente os autos a esta Procuradoria de Contas para emissão de parecer conclusivo sobre a matéria.

É o relatório.

II. Fundamentação

II.a. Da concessão de medida cautelar

A despeito do entendimento da Assessoria Jurídica desta Corte, este *Parquet* de Contas entende que é possível, sim, a concessão de medida cautelar por este TCM, independente de previsão legal expressa, com base no poder de cautela das Cortes de Contas.

Cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal, não obstante a ausência de previsão, reconheceu, com base na **teoria dos poderes implícitos**, o poder de



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

cautela do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, vale conferir os seguintes precedentes:

*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**. (...) (MS 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)*

EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW". DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida cautelar, impetrado contra deliberação, que, emanada do E. Tribunal de Contas da União (Processo TC-008.538/2006-0), acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 35/36): "SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

NACIONAL. REALIZAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL PRÉVIO À ABERTURA DO CERTAME. EDITAL DE CONCORRÊNCIA COM CLÁUSULAS RESTRITIVAS AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. INFRINGÊNCIA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS. INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS LEGAIS RELATIVAS A PROCESSO DE OUTORGA DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. INADEQUABILIDADE DOS ESTUDOS DE VIABILIDADE. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME E DO CONTRATO. MÚLTA..

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

Assim, a orientação do Supremo Tribunal Federal estende-se, por força do princípio da simetria, ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, razão pela qual não compactuamos com o entendimento da Assessoria Jurídica de que não seria cabível a medida cautelar por falta de previsão legal.

O Ministério Público de Contas considera que em caso de urgência caracterizado pelo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, esta Corte de Contas, por intermédio do Relator ou do Presidente, poderá adotar medida cautelar, determinando a suspensão do ato impugnado até a ulterior apreciação do mérito pelo Plenário.

No caso em tela, todavia, o pedido de medida cautelar não foi apreciado até o presente momento e, como já houve, inclusive, apresentação de defesa acerca da denúncia em sua inteireza, o feito já se encontra próximo de ter o seu mérito examinado pelo Plenário desta Corte de Contas. **Registre-se, ainda, que a medida cautelar perdeu objeto, uma vez que já houve a execução contratual.** Com efeito, em consulta ao sistema SIGA, observa-se que os contratos nº 468/14, 469/14 e 470/14 foram firmados com vigência entre 01/08/2014 a 01/08/2015, o que proporcionou o gasto total no valor de R\$2.897.125,62.

II.b. Da necessária intimação do terceiro interessado



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Não obstante a relutância do ilustre Conselheiro Relator em converter o feito em diligência para a devida notificação da empresa NUTRICASH SERVIÇOS LTDA, que figura como contratada na avença impugnada nesta denúncia, para ingresso no feito na condição de terceiro interessado, é importante reforçar, ainda que de forma breve, a relevância da adoção da providência sugerida.

À época em que foi emitido o parecer ministerial, o contrato celebrado entre a Prefeitura de Valença e a Nutricash encontrava-se em pleno vigor. Desta forma, eventual decisão emitida por este Tribunal poderia atingir a esfera jurídica desta empresa, tornando-se imprescindível a sua notificação para exercer os direitos decorrentes do contraditório e ampla defesa.

A Carta Magna, no título referente aos direitos e garantias fundamentais, consagra a aplicabilidade dos sobreditos princípios aos processos administrativos, conforme se extrai do art. 5º, incisos LIV e LV, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

(...)

Ademais, superando qualquer controvérsia, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 3, com o seguinte teor:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA Controle Externo da Administração Pública Municipal

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Corroborando com tal entendimento, vale transcrever julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. **Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.** Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. **A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.**” (STF - MS: 23550 DF , Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/04/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENT VOL-02050-3 PP-00534).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Inclusive, é imprescindível pontuar a **alteração promovida no art. 69 do Regimento Interno desta Corte, publicada no Diário Oficial Eletrônico em 18/12/14, que expressamente prevê a notificação do terceiro interessado** quando a decisão adotada puder implicar modificação, anulação ou revogação de ato administrativo que envolva os seus interesses¹.

Nota-se, portanto, a importância do cumprimento da diligência segerida com o fito de garantir o correto deslinde processual e escoimar o feito de quaisquer nulidades.

II.c. Da restrição ao princípio da competitividade

Segundo a inicial, houve desprestígio ao princípio da ampla competitividade na realização do Pregão Presencial nº 049/2014, visto que o Edital prevê a contratação de empresa especializada para prestar serviços de fornecimento de vale combustível em **papel e cartão de pagamento magnético**.

Nesse particular, afirmou-se que "a exigência da administração de que uma única empresa disponha dos sistemas eletrônicos e impressos como condição para participação da licitação afigura verdadeira afronta ao princípio da competitividade, posto que, **no Estado da Bahia, há apenas UMA ÚNICA empresa apta a atender a exigência, qual seja, a empresa Nutricash Serviços**" (fl. 05).

¹ Resolução TCM nº 1.329/2014:

"Art. 1º. Fica acrescido ao art. 69 do Regimento Interno do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia – Resolução nº 627/02, o § 3º, de seguinte redação:

"Art. 69 (.....)

§ 3º. **Em caso de procedimento em curso tendente à modificação, anulação ou revogação de ato administrativo que envolva direitos de terceiros, deverá o Relator do respectivo processo, em obediência à proteção às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, expedir notificação prévia facultando ao interessado a manifestação em derredor da matéria."**

Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação".



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA Controle Externo da Administração Pública Municipal

Alegou-se, ainda, que "o caráter competitivo do certame está sobremaneira comprometido, uma vez que várias empresas, por não fornecerem os vales em papel e apenas em cartão, estão impedidas de participar da licitação" (fl.06).

De início, vale transcrever o conteúdo do art. 3, §1, I, da Lei 8.666/93, dispositivo que salvaguarda o caráter competitivo das licitações:

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.

§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; (grifos nossos)

A princípio, de acordo com Marçal Justen Filho, convém ressaltar "que é perfeitamente cabível o ato convocatório adotar cláusulas restritivas da participação. [...]. O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar ou prejudicar alguns particulares".²

De tal modo, nota-se que "a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação e com os critérios de seleção

² FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 93-94.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

da proposta mais vantajosa".³ Vale dizer, tal incompatibilidade poderá decorrer de alguns aspectos, tais como: a) da restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração; b) da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

In casu, há de se ressaltar que, em sede de defesa, a gestora manifestou a necessidade de vale combustível em papel, com base nos seguintes argumentos (fls. 87/88):

I – Secretaria de Saúde: "Os usuários deste tipo de produto são, na maioria das vezes, os **funcionários da Secretária de Saúde deste Município que estão em viagens com pacientes e, não raras as vezes não conseguem utilizar cartão magnético por diferentes motivos**";

II – Secretaria de Transportes: "**a utilização de vales combustíveis em papel justifica-se pela utilização da Secretaria de Transportes para o estabelecimento das diversas máquinas (retroescavadeiras, motoniveladoras, tratores, etc.), na sua maioria localizadas na zona rural do município.** Tais equipamentos não dispõem de placas, o que impossibilita ou dificulta o manuseio do cartão magnético, o qual vincula à placa do veículo";

III – Situação geográfica do município: "é de bom alvitre salientar que o município de Valença tem mais de 2.000 km de estradas vicinais, entrecortando extensa área rural, e **as máquinas que operam nestas estradas da zona, muitas vezes tem que abastecer em postos que não utilizam as máquinas de cartão, deste modo é indispensável o uso destes vales combustíveis em papel**". (grifos nossos)

Nesse ínterim, cumpre verificar que o Edital do Pregão Presencial nº 049/2014 exige, a título de qualificação técnica, a apresentação de uma "**relação com rede de credenciados de ticket combustível e cartão combustível**, no estado da Bahia, sendo no mínimo **dois (02) postos no município de Valença/BA e 20 postos na região com até 150km** (cento e cinquenta quilômetros) de distância da Prefeitura de Valença/BA" (fl. 42).

Dessa forma, conclui-se que os usuários terão direito ao uso do benefício (em papel ou cartão magnético) de acordo com a rede de postos de combustível devidamente credenciados, observando-se, por conseguinte, os números de postos disponíveis e a

³ FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 94.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

limitação geográfica dos mesmos. Com isso, não subsistem os argumentos relacionados ao uso dos postos pelos funcionários da secretaria de Saúde, bem como em relação à situação geográfica do município, na medida em que qualquer empresa que vislumbresse participar do certame, ainda que disponibilizasse apenas o vale combustível em cartão magnético, teria que garantir o abastecimento em rede credenciada nos termos previstos no edital, como condição para habilitação.

Quanto à utilização de vales em papel pela Secretaria de Transportes, ante os documentos apresentados nos autos desse processo, não vislumbra-se qualquer prova ou fundamento fático em torno do informado pela gestora. Assim sendo, verifica-se que tais argumentos são insuficientes para sustentar a necessidade da Administração de contratar uma empresa para prestar serviços de fornecimento de vale combustível em papel.

Em verdade, cumpre reconhecer que o processo de substituição do vale em papel pelo cartão de pagamento magnético reflete medida atenta aos avanços da tecnologia e aos novos mecanismos de segurança. Ademais, a utilização do cartão magnético constitui importante mecanismo de controle dos abastecimentos, pois possibilita a identificação do sujeito que realizou o abastecimento, do valor da operação, do carro abastecido, entre outras informações que proporcionam transparência à gestão pública.

Por outro lado, a utilização do vale combustível em papel facilita a ocorrência de fraudes e o desvio de finalidade, pois funciona como verdadeiro título ao portador. O sujeito que apresentar o vale combustível ao estabelecimento credenciado, ainda que não integre a administração pública, terá seu veículo abastecido.

Desta forma, a utilização do vale combustível em papel deve ser admitida somente quando existente alguma situação fática que justifique a sua necessidade, devendo-se separar em lotes a licitação, em respeito ao caráter competitivo do certame.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

In casu, a gestora não comprovou que a Prefeitura de Valença efetivamente necessitava do fornecimento de vale combustível em papel, tampouco separou em lotes a licitação, em nítida violação à Lei de Licitações.

Registre-se, ainda, que, em conformidade com o alegado na exordial, a empresa NUTRICASH SERVIÇOS LTDA foi a única que compareceu à sessão de licitação⁴, sagrando-se, em seguida, vencedora do certame.⁵ Tal fato reforça o caráter restritivo da exigência contida no edital, que terminou por eliminar a competição na referida licitação.

Conclui-se, portanto, que houve limitação à competitividade da licitação, haja vista que a restrição adotada se mostrou incompatível com a real necessidade da Administração.

Deixa-se, contudo, de recomendar o reconhecimento da nulidade do procedimento licitatório e, por conseguinte, dos contratos firmados, em virtude do exaurimento do prazo de vigência das avenças, devendo-se apenas aplicar multa ao gestor.

II.d. Da possibilidade de apresentação de taxa de Administração nula ou negativa

Na exordial, pugnou-se pela possibilidade da aceitação de oferta com taxa de administração nula ou negativa. Nesse particular, questionou-se o ponto 7.1.3.1 do Edital, que prevê o seguinte (fl. 39):

⁴ Cf. Ata de Sessão Pública para recebimento e julgamento das propostas e dos documentos de habilitação, fls. 139/130.

⁵ Cf. Termo de adjudicação e Termo de homologação, fls. 137/138.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA Controle Externo da Administração Pública Municipal

7.1.3.1 – Para cálculo do valor global a empresa deverá aplicar o valor da sua Taxa de Administração sobre o valor estimado de R\$2.812.743,33 (dois milhões, oitocentos e doze mil, setecentos e quarenta e três reais e trinta centavos).

a) a média de preços para a Taxa de Administração não poderá ser superior a 3%.

b) Para a formulação dos lances deverá ser adotado valor mínimo de 0,10%. [...].

c) O VALOR MÁXIMO DA PROPOSTA PARA O PRESENTE CERTAME É DE R\$ 2.897.125,62 (dois milhões, oitocentos e noventa e sete mil, cento e vinte e cinco reais e sessenta e dois centavos).

d) Não será admitida taxa administrativa igual ou inferior a ZERO.

Segundo o Denunciante, uma oferta com taxa de administração nula ou negativa pode ser aceita em razão da forma como o serviço é executado. Isso, pois "a renda dos particulares prestadores de tal serviço decorre de três principais fontes: da contrante, de aplicações financeiras e dos estabelecimentos credenciados" (fl. 10).

O tema encontra-se disciplinado no art. 44, §3º, da Lei 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Marçal Justen Filho, ao examinar o dispositivo em questão, assevera que, "em diversos casos, a contratação propicia ao particular a obtenção de recursos por outras vias, o que significa a desnecessidade de a remuneração recebida superar o custo do particular. Há hipóteses, inclusive, em que se pratica remuneração negativa, de modo que o particular transfere recursos para a Administração".⁶

⁶FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA Controle Externo da Administração Pública Municipal

A título ilustrativo, pode-se citar o serviço de fornecimento de passagem aérea. É o que se observa abaixo:

Um exemplo típico envolve os serviços de fornecimento de passagem aérea. A Administração desembolsa valores em favor de uma agência de turismo, destinados ao pagamento dos serviços de companhias aéreas. A agência de turismo é remunerada mediante uma taxa de administração. Ocorre que a agência de turismo também auferir uma remuneração das companhias aéreas. A dimensão dos serviços prestados em favor da Administração pode assegurar à agência de turismo uma remuneração suficiente e satisfatória em face das companhias aéreas. Então, admite-se que a agência de turismo dispensa a taxa de administração ou, mesmo, desembolse valores em favor da Administração.⁷ (grifos nossos)

Dessa maneira, observa-se que "não se configurará necessariamente, em tais casos, proposta inexecutável, ainda que o particular ofereça serviços por valor igual a zero ou por valor negativo".⁸ Vale dizer, a questão fundamental envolve a existência de um mecanismo de remuneração adicional, distinto do pagamento realizado pela Administração Pública.

Nesse sentido, vale transcrever um julgado do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

3. Como visto, o cerne da matéria constante da presente representação diz respeito à possibilidade de se admitir ou não a oferta de taxas zero ou negativas em concorrências públicas para a contratação de serviços de fornecimento de vales alimentação ou refeição, em face da proibição contida no parágrafo 3º do art. 44 da Lei de Licitações, referente à inadmissibilidade de se admitir [...]. 6. Ocorre, porém, que no laborioso trabalho realizado pelo Sr. Analista Wagner César Vieira esse destaca com acuidade, o quão temeroso seria utilizar-se como único critério para se determinar a exequibilidade da taxa de administração os aspectos de sua positividade ou negatividade, visto que poderíamos estar incorrendo em "enganosa interpretação" do citado dispositivo legal. 7. Isso porque,

Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 874.

⁷ FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 874.

⁸ FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 874.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA Controle Externo da Administração Pública Municipal

conforme foi apurado na inspeção em apreço, a remuneração das empresas desse ramo não se restringe à taxa de administração cobrada ou aos rendimentos eventualmente obtidos no mercado financeiro. Fica assente neste trabalho que a remuneração dessas empresas advém também das taxas de serviços cobradas dos estabelecimentos conveniados (as quais variam de 1 a 8%), das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza como emissão de tíquetes, utilização desse pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados (varia de 7 a 16 dias). 8. **Não menos esclarecedora é a colocação do Douto Ministério Público ao afirmar que não devemos nos ater apenas ao aspecto formal da norma, mas, sim, perseguir seu objetivo que é garantir que a proposta apresentada seja exequível**, ou seja, permita a realização da obra e/ou serviço de boa qualidade, sem interrupções, ou mesmo, prevenir a administração da apresentação de constantes pleitos de aumentos de preços, o que, sem dúvida alguma, pode ser considerado como forma de burlar a concorrência pública. 9. Na realidade, não existiu por parte da Administração Pública a exigência de se ofertar taxas negativas. Essas taxas são ditadas pelo próprio mercado, haja vista que de 13 (treze) empresas consultadas, 10 (dez) apresentaram propostas com taxas negativas. Da mesma forma, após tal realidade fática, **não vejo como afirmar que essas taxas sejam incompatíveis com as praticadas pelo mercado, vendo descaracterizada, assim, a inexequibilidade dos preços, pois as empresas, numa sociedade capitalista como a que vivenciamos hoje, não conceberiam trabalhar com prejuízo**. 10. Assiste, assim, razão à Unidade técnica quando essa afirma que o que deve prevalecer é a prova inequívoca de que o ofertante será capaz de, uma vez a ele adjudicado o objeto da licitação, executá-lo à vista de seus custos e receitas auferidas. Afinal, não se pode admitir que uma vez compatível a taxa ofertada, não possa a Administração Pública realizar bons negócios. A Lei de Licitações busca conciliar a proposta mais vantajosa para a administração com os princípios da igualdade, moralidade, legalidade e legitimidade. 11. Necessário se faz aplicar a norma ao caso concreto, e neste caso não se pode desprezar a realidade do ramo de negócio envolvido, muito menos a sua evolução, sob o risco de sermos atropelados pela realidade social e econômica em constante mutação” (Decisão 38/1996, Plenário, rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi) (grifos nossos)

Nesse caso, desde que o licitante consiga comprovar a capacidade para executar aquilo que ofertou, o que pode ser feito a partir de uma avaliação da capacidade patrimonial da empresa, não vislumbra-se ilegalidade na apresentação da taxa de Administração nula ou negativa.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA Controle Externo da Administração Pública Municipal

Destarte, entende-se que a vedação editalícia à taxa de Administração igual ou inferior a zero gerou, potencialmente, um maior custo para o Município de Valença, violando-se o princípio da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa.

De tal modo, há de se indicar nos próximos editais de licitação, que se voltem para a contratação de serviços de fornecimento de vales, a possibilidade de serem apresentadas propostas consignando taxas de administração negativas ou igual a zero. Esse é o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União, tal como se observa abaixo:

[...] indicar **nos próximos editais de licitação**, visando à prestação de serviços de fornecimentos de vales/cupons de refeição/alimentação, **a possibilidade de serem apresentadas propostas consignando taxas de administração negativas ou igual a zero**, nos termos da Decisão 38/96-TCU – Plenário, Ata 05/96 (DOU de 04.03.1996) (Decisão 337/1998, 1.ª C., rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva). (grifos nossos)

Conclui-se, por conseguinte, que o art. 44, §3, da Lei de Licitações, deve ser interpretado à luz de cada situação específica. No caso *sub examine*, tendo em vista que a contratação propicia ao particular a obtenção de recursos por outras vias, admite-se a possibilidade da taxa de administração nula ou negativa, o que não restou observado pelo Edital do Pregão Presencial nº 049/2014.

III. Conclusão

Ante o exposto, esta Procuradoria de Contas opina pela **procedência** da presente Denúncia e, como consequência, recomenda:

- (i) que seja imputada multa proporcional às ilegalidades praticadas pelo gestor, com lastro no art. 71 da Lei Orgânica do TCM.
- (ii) evitar a contratação de vale combustível impresso, admitindo-se apenas nos casos em que a razão de escolha desta modalidade



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

seja devidamente justificada e comprovada, hipótese em que a licitação deverá ser separada em lotes;

(iii) a indicação nos próximos editais de licitação, visando à prestação de serviços de fornecimentos de vales, da possibilidade de serem apresentadas propostas consignando taxas de administração negativas ou igual a zero;

(iv) que seja vedada a prorrogação dos contratos nº 468/14, 469/14 e 470/14, pois além de não constar do edital e dos referidos pactos a possibilidade de prorrogação, os referidos contratos são nulos.

É o parecer.

Salvador, 04 de Setembro de 2015.

ALINE PAIM MONTEIRO DO REGO RIO BRANCO

Procuradora de Contas

MPC-BA