

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DE UMA DAS VARAS
DA COMARCA DE HORIZONTE / CE.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.
sediada na Calçada Canopo, 11 - Sala 03 - Alphaville Empresarial - Santana do
Parnaíba/SP - CEP: 06.541-078 - e-mail: licitacao@primebeneficios.com.br - telefone: (19)
3518.7021 / 3518-7000 R. 7099, inscrita no CNPJ/MF 05.340.639/0001-30, vem, através de
seu procurador subscrito *in fine*, com fulcro no art. 1º da Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009
c/c art. 5º da Constituição Federal, impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA COM
PEDIDO DE LIMINAR**, contra atos ilegais praticados pela:

1. **FRANCISCA JORANGELA BARBOSA ALMEIDA, Autoridade
Coatora e subscritora do edital Pregão Eletrônico nº 2021.08.10.1,**
demais qualificações desconhecidas;

Integrante da **PREFEITURA DE HORIZONTE/CE**, pessoa jurídica de
direito público, inscrita no CNPJ n.º sob n.º 23.555.196/0001-86, ambos com endereço na
Av. Presidente Castelo Branco, N.º 5100, Centro, HORIZONTE/CE - CEP 62.880-0600 -
Horizonte - Ceará, pelos motivos a seguir expostos:

I - DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O ato coator não comporta habeas corpus e habeas data, hipótese em que é admissível o presente *mandamus*, com supedâneo no art. 1º da Lei n.º 12.016/2009:

“Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

Considerando que o último ato coator ocorreu há menos de 120 (cento e vinte) dias da data do ajuizamento do *writ*, conforme preceitua o art. 23 da citada Lei, bem como devidamente instruído com as peças obrigatórias, requer o recebimento do feito para ao final julgá-lo procedente.

II - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 14/09/2021 as 09:00 horas, a abertura do Pregão Eletrônico n.º 2021.08.10.1, para o seguinte objeto:

“Registro de preços visando futuras e eventuais contratações de empresa especializada, tendo como finalidade promover a implantação e operação de sistema informatizado via internet e tecnologia de pagamento por meio de cartão magnético nas redes de estabelecimentos credenciados para a manutenção preventiva e corretiva, incluindo o fornecimento de peças e acessórios, serviços de mecânica geral, funilaria, pintura, eletricidade, ar condicionado, trocas de óleo e filtros, alinhamento de direção, balanceamento, reparos dos pneus, lavagem e aspiração geral dos veículos, revisão geral, e outros serviços para os veículos pertencentes à frota da Prefeitura Municipal de Horizonte/CE.”

Em detida análise ao edital contatou-se diversas ilegalidade. Pondera-se que, no tocante a **oferta de taxa negativa**, o TCU possui sólida jurisprudência de que a **VEDAÇÃO de sua oferta é ilegal, pois frustra o caráter competitivo e impede a seleção da proposta mais vantajosa.**

Neste sentido, a Impetrante impugnou o edital tempestivamente, buscando a reforma da ilegalidade administrativamente.

No entanto, a Impetrada indeferiu o pedido, conforme resposta em anexo.

Em que pese as alegações constantes no Despacho decisório da Impetrada, as mesmas não prosperam, conforme restará demonstrado a seguir.

SÍNTESE DO SERVIÇO DE GERENCIAMENTO

O edital tem por objeto, em linhas diretas, a **contratação de uma empresa intermediadora entre a Contratante e estabelecimentos credenciados** para a manutenção preventiva e corretiva, incluindo o fornecimento de peças e acessórios, serviços de mecânica geral, funilaria, pintura, eletricidade, ar condicionado, trocas de óleo e filtros, alinhamento de direção, balanceamento, reparos dos pneus, lavagem e aspiração geral dos veículos, revisão geral, e outros serviços para os veículos pertencentes à frota da Prefeitura Municipal de Horizonte/CE.

Essa contratação tem, em suma, como **objetivo principal o gerenciamento das manutenções preventiva e corretiva da frota municipal.**

Para melhor compreender os serviços de Gestão de Frota, estes amoldam-se a chamada quarteirização das atividades de (i) manutenção e (ii) abastecimentos de veículos, a qual se apresenta na evolução da já conhecida terceirização, tendo se desenvolvido e consolidado no Setor Privado nos últimos anos, passando a ser adotado mais recentemente pela Administração Pública na busca por maior eficiência na gestão dos serviços.

Salvo melhor juízo, o Estado de Minas Gerais, implementando um conjunto inovador de políticas de gestão pública, foi o primeiro Ente Federativo a licitar esse modelo de contratação, o qual foi objeto do **VII Congresso CONSAD de Gestão Pública em março de 2014**. Deste congresso extrai-se primordial estudo quanto os aspectos da “Quarteirização da Manutenção de Frota de Veículos Oficiais”¹.

1

http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1159/1/C7_PP_QUARTEIRIZA%C3%87%C3%83O%20DA%20MANUTEN%C3%87%C3%83O%20DA%20FROTA.pdf

E de maneira didática os Palestrantes do VII Congresso COSAD Marcelo Eduardo Silva Soares e Leonardo Siqueira de Moura elucidam:

A quarteirização da manutenção de veículos se apresenta como uma evolução da já conhecida terceirização, tendo se desenvolvido e consolidado no setor privado nos últimos anos, passando a ser adotado mais recentemente pelo setor público na busca de maior eficiência na gestão dos serviços, suscitando-se questões quanto à sua aplicabilidade nesta esfera. Na quarteirização, a Administração contrata empresa especializada para gerenciar a execução da manutenção de sua frota de veículos. Tal manutenção, por sua vez, é realizada pelas oficinas que fazem parte da rede credenciada da contratada.

(...)

Neste modelo, o gerenciamento das manutenções é realizado por meio de sistema informatizado e integrado de gestão de propriedade da empresa gestora que interliga a rede credenciada de estabelecimentos do setor de reposição automotiva e o contratante (Administração). Este é responsável por escolher a oficina onde o veículo será levado, efetuar a cotação de preços e por aprovar o melhor orçamento. A Administração pode contratar ainda junto à empresa gestora, a disponibilização de sua equipe de especializadas em manutenção veicular, usualmente denominada de "Plataforma", para que esta efetue planos de manutenção aos veículos, indiquem a oficina onde cada veículo deve ser levado, analise os orçamentos recebidos, efetue cotações e negociações com a rede credenciada e apresente, em sistema, o melhor orçamento para aprovação do órgão/ entidade contratante (o.c)

Em extenso estudo sobre o tema, o Desembargador Jessé Torres Pereira Junior e a Advogada Marines Restelatto Dotti, apresentam a seguinte conceituação do modelo de quarteirização:

"Trata-se, nesse modelo, de a Administração Pública transferir a empresa privada especializada, vencedora de licitação, o gerenciamento de sua frota por meio de um sistema informatizado, cujo encargo principal é o de cuidar da manutenção preventiva e corretiva de veículos, incluindo o fornecimento de peças, acessórios, mão de obra e transporte por guincho. Manutenção e fornecimento esses a serem executados por meio de rede credenciada de oficinas localizadas em âmbito estadual, regional ou nacional, ou seja, a empresa especializada contratada pela Administração gerencia a prestação de serviços a serem executados por outras empresas. Há, portanto, duas ordens de relações jurídicas: a que se estabelece entre a Administração e a empresa gerenciadora e a que esta estabelecerá com as empresas executoras, em sistema de rede." (Revista do TCU 116 pág. 81)²

Ainda, ensinam que o novo modelo se propõe a modernizar os mecanismos de gestão pública, por meio da transferência de ações da Administração a particulares que se desdobram em dois níveis: o da gerência da prestação e o da execução da prestação. O esquema abaixo apresenta os vínculos existentes na terceirização e na quarteirização apresentadas neste trabalho.

² <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/294/339>



Em síntese, na quarteirização a Administração contrata empresa especializada que disponibiliza sistema de gerenciamento para a execução dos serviços automotivos (Manutenção veicular ou Abastecimento de combustíveis), os quais serão realizados pela rede de estabelecimentos conveniados.

Esse modelo diferencia-se do modelo de terceirização, pela existência da empresa gestora, que atua como intermediadora das relações entre Administração e rede credenciada.

Noutras palavras, a empresa gestora é, também, uma intermediadora dos pagamentos pela prestação dos serviços. Como disposto no quadro acima, ela está no meio da relação que, por imposição contratual, sem a sua presença não existiria.

A atividade de gerenciamento da frota veicular tem como elemento marcante a **INTERMEDIACÃO**; ao invés da aquisição direta de mercadorias ou serviços, a Administração Pública contratante se utilizará da intermediação de uma Gerenciadora para:

- i. gerenciar a prestação dos serviços por meio de sistema informatizado;
- ii. credenciar estabelecimentos para que realizem os serviços e/ou forneçam produtos, sendo as transações realizadas por meio de cartões;
- iii. realizar o repasse dos valores aos estabelecimentos

Além da prestação do serviço de gestão propriamente dita, trata-se da disponibilização de um meio de pagamento, o qual é colocado à disposição da Contratante para que essa adquira produtos e realize serviços, conforme sua necessidade.

Em alguns casos, a Administração consegue zerar ou até mesmo obter desconto sobre os valores transacionados, o que gera uma grande economia aos cofres públicos, pois, além de não pagar pelos serviços de gerenciamento (utilização do software via web), ainda obtém desconto sobre o valor transacionado.

Em suma, no gerenciamento de frota, através de sistema via web, a Administração receberá um desconto (taxa negativa) pela empresa gestora que coloca à disposição da Contratante um “leque” de estabelecimentos para realização dos serviços.

Como ilustrado acima, neste tipo de contratação, existem 02 relações contratuais operando, sendo a primeira através de Contrato Público entre Contratante (órgão público) e Contratada (licitante) e a outra mediante Contrato Privado entre a Contratada (licitante) e a Rede Credenciada (prestadora dos serviços).

Portanto, é nítida a existência de duas relações contratuais, de modo que uma não pode interferir, de modo impositivo, na outra, conforme será demonstrado a seguir.

PONTO 01 - DA TAXA ADMINISTRATIVA

Em análise do citado edital, a Administração indica de forma clara a VEDAÇÃO de ofertas/lances com taxas negativas.

ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA

3.4. Não será aceito pela Administração, Taxa de Administração de percentual Zero (0,00%);

3.5. Não será aceito pela Administração, Taxa de Administração de Percentual Negativo (- %);

De plano se verifica a ilegalidade de fixar taxa mínima (0%), fato completamente vedado pela lei de licitação.

A lei de licitações veda a fixação de valores de preços mínimos:

Art. 40. *O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:***

[...]

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e **vedados a fixação de preços mínimos**, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

Neste sentido, **o TCU, no Acórdão 818-09/08-2, entendeu que fixar desconto máximo (taxa 0%) equivale a fixação de preço mínimo**, o que é vedado pela norma acima, veja-se:

GRUPO II – CLASSE VI – 2ª Câmara. TC 012.787/2006-2 (com 1 volume).
Natureza: Representação. Unidade Jurisdicionada: Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA. Interessado: Instituto Pobres Servos da Divina Providência (CNPJ 92.726.819/0012-01).

Sumário: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pelo Instituto Pobres Servos da Divina Providência, com base no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, apontando supostas irregularidades no pregão eletrônico 01/2006, realizado pelo Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA, objetivando a contratação de empresa para execução de serviços de manutenção preventiva e corretiva nos veículos da entidade, com fornecimento de peças e acessórios com garantia.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, com fundamento nos arts. 237, inciso VII e parágrafo único, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer da presente representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. acatar em parte as razões de justificativa apresentadas por Raimundo Monteiro dos Santos, Leonísio Lopes da Silva Filho e Rodrigo Soares de Vasconcelos;

9.3. determinar ao Incra/MA que:

9.3.1. nas contratações destinadas à manutenção de veículos em que o menor preço for aferido pelo critério de maior desconto incidente sobre tabelas de preço predefinidas, abstenha-se de:

9.3.1.1. conceder reajustes pleiteados com base em eventual aumento de salário, salvo se decorrido prazo mínimo de um ano contado a partir da apresentação da

proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;

9.3.1.2. estipular percentuais de desconto máximo, haja vista caracterizar fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993;

9.3.2. calcule o valor a ser gasto com cada item licitado, ainda que por estimativa, abstendo-se de realizar alterações em preços unitários com o simples objetivo de viabilizar a emissão de nota de empenho;

9.3.3. desclassifique, nas licitações, as propostas com preços manifestamente inexequíveis, de acordo com o disposto no art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993;

9.3.4. apresente em seus editais de licitação, como critério para julgamento, disposições claras e parâmetros objetivos, que impeçam mais de uma interpretação, em respeito ao art. 40, inciso VII, da Lei 8.666/1993;

9.3.5. dê ampla publicidade a qualquer modificação feita em editais de pregão que altere a formulação das propostas, consoante disposição do art. 20 do Decreto 5.450/2005;

9.3.6. elabore e disponibilize orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços a serem licitados, com base nos preços de mercado, conforme determina o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993;

9.3.7. mantenha os processos administrativos licitatórios com a documentação em ordem e sem rasuras que comprometam sua fidedignidade;

9.3.8. obedeça à correta classificação orçamentária das despesas realizadas;

9.4. apensar o presente processo às contas do Incra/MA referentes ao exercício de 2006, para que as irregularidades não elididas nestes autos sejam avaliadas em conjunto com os demais atos de gestão dos responsáveis;

9.5. cientificar o Incra/MA e o Instituto Pobres Servos da Divina Providência acerca desta deliberação.

(TC 012.787/2006-2, Ata nº 9/2008 – 2ª Câmara, Data da Sessão: 1º/4/2008 – Extraordinária, RELATOR Aroldo Cedraz).

Portanto, somente este fato já é suficiente para comprovar que o edital está em patente ilegalidade, devendo ser reformado para constar a possibilidade de se ofertar taxa negativa, o que trará vantajosidade para o erário público.

Outro ponto a se considerar é que a manutenção da vedação de taxa negativa **frustrará a competitividade do certame**, vez que certamente **todas as empresas ofertarão a taxa mínima aceita (zero)**, logo, não haverá a fase de lances, devendo a empresa **vencedora ser conhecida no sorteio, conforme determina a lei.**

Importante ressaltar que a Administração somente deve utilizar o modo “sorteio” quando não restar outra opção, devendo promover meios que busquem garantir a competitividade do certame. Desta forma, a falta de possibilidade de indicar lances

negativos, além de prejudicar diretamente a competitividade, ainda, incorre em prejuízo financeiro a própria Administração, uma vez que o princípio da busca pela proposta mais vantajosa, explicitado através do Art. 3º, da Lei 8.666/1993, ficará prejudicado.

É mister altear que existem serviços no mercado em que a remuneração do prestador é feita por meio de taxa de administração, cobrada sobre o valor do serviço intermediado (taxa de administração).

Este é o modo que atuam as administradoras de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível. Nesses casos, a empresa cobra uma taxa ou comissão sobre o valor total das operações intermediadas.

Os exemplos citados são considerados serviços comuns, logo são licitados na modalidade pregão, a qual permite a redução dos preços na fase de lances, do mesmo modo na modalidade Tomada de Preços, onde a proposta pode ser negativa.

Ocorre que, em certas circunstâncias, as taxas de administração propostas podem ter valor nulo ou até mesmo negativo. Considerando que o art. 44, §3º, da lei n.º 8.666/93 não admite propostas com preço irrisório ou de valor zero, poderia o pregoeiro aceitar uma oferta de taxa de administração nula ou negativa?

SIM. No tocante a taxa de administração pode ser aceita taxa zero ou negativa, tendo em vista a forma como esse serviço é executado. Isso porque a renda dos particulares prestadores de tal serviço decorre de três principais fontes: da contratante, de aplicações financeiras e dos estabelecimentos credenciados. **Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU, expresso na decisão 38/1996 - plenário.**

Deixe-se assente que, no que é pertinente às licitações destinadas ao fornecimento de gestão de frota para fornecimento de combustíveis e manutenção, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital;

O voto do relator teve por motivo o seguinte raciocínio:

7. Isso porque, 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).

E este entendimento já está pacificado na Corte de Contas Federal:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, encaminhada pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., sobre possíveis irregularidades no pregão presencial 53/2011 – CSL, conduzido pela Universidade Estadual do Maranhão – Uema para contratação de empresa para implantação e operacionalização de sistema de gerenciamento da frota de veículos, com utilização de tecnologia de cartão micro processado com chip, via web, para fornecimento de combustíveis, lubrificantes e produtos afins e, ainda, lavagem de veículos em rede própria ou credenciada, com valor estimado de R\$ 140.213,08 até 31/12/2011.

9.2. dar ciência à Universidade Estadual do Maranhão de que, no pregão presencial 53/2011 – CSL, verificou-se não aceitação de proposta de taxa de administração com percentual igual ou inferior a zero, assinalada na letra d.2 do subitem 5.1 do edital, não obstante este Tribunal tenha jurisprudência no sentido de que em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital, conforme decisão 38/1996-Plenário; (AC-1556-11/14-2 Número do Acórdão: 1556 Processo: 033.083/2013-4)

Outro meio da empresa obter remuneração são as aplicações no mercado financeiro do montante recebido do contratante para emissão dos vales. Tal atividade é chamada de operação de crédito antecipado. Nela, a administradora recebe do contratante o valor para emissão dos vales e o aplica no mercado financeiro. Isso é possível porque existe um intervalo entre a data em que a administradora é paga e a data em que o valor é repassado para os estabelecimentos credenciados. Nesse interstício, as aplicações do valor recebido geram renda para a empresa.

Por fim, ainda há a possibilidade de a administradora cobrar, pelo credenciamento, uma mensalidade para mantê-lo ou um desconto sobre cada vale recebido.

Aceitar vales é vantajoso para o empresário, porque o recebimento de tais atrai consumidores. Por isso, os estabelecimentos optam por pagar pelo credenciamento.

Portanto, ainda que a taxa de administração oferecida no certame seja nula ou negativa, a empresa tem como executar o contrato e o seu preço não pode ser considerado inexequível.

Uma forma de se estabelecer um critério de exequibilidade da proposta é através de consulta às taxas praticadas no mercado e no âmbito da própria Administração em outros órgãos e entidades.

Tendo em vista o exposto, são admissíveis taxas de administração igual ou menor a zero nas licitações, especificamente para este tipo de objeto, desde que o valor seja exequível, conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União na decisão 38/1996 plenário.

Traz a lume o julgado do Proc. TCM nº 08060/14 do TCM da Bahia que acompanha o TCU, vejamos:

“Também se revelou desarrazoada a inadmissibilidade, pelo Edital (item “do julgamento das propostas - cláusula 7.1.3.1 - d), da Taxa Administrativa Negativa. O fato de o §3º do art. 44 da Lei nº 8.666 proibir preços irrisórios ou incompatíveis com o mercado não pode, por si só, servir de amparo à vedação editalícia, posto que tal apuração há de ser feita em função do caso concreto, para verificação da obtenção, pelo particular, de recursos por outras vias.

(...)

Assim, propostas que consignem taxas de administração de valor zero ou negativas não deveriam, por pressuposto, ser tidas por inexequíveis, pois podem corresponder, na prática, a um desconto a ser concedido sobre o valor de face dos vales, “devendo ser averiguada a compatibilidade em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente definidos no edital” (cf. consta do Acórdão nº 38/1996 – Pleno do TCU).”

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, através do Acórdão 1.350/2019 já proibiu para seus jurisdicionados que NÃO seja vedada a oferta de taxa negativa para objetos como o licitado, ou seja, se o edital vedar a oferta de taxa negativa está em desacordo com a recomendação do TCE/PE.

PROCESSO TCE-PE Nº 1925073-3
SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 01/10/2019
MEDIDA CAUTELAR
UNIDADE GESTORA: PREFEITURA MUNICIPAL DE BREJINHO
INTERESSADOS: ELISÂNGELA LUCENA DE LIRA ISIDRO,
GIVANILDO DOS SANTOS E LINK CARD ADMINISTRADORA DE
BENEFÍCIOS EIRELI
RELATORA: CONSELHEIRA TERESA DUERE
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA
ACÓRDÃO T.C. Nº 1350/19

VISTOS, relatados e discutidos os autos do Processo TCE-PE nº 1925073-3, ACORDAM, à unanimidade, os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, nos termos do voto da Relatora, que integra o presente Acórdão,

[...]

Em REFERENDAR a Decisão Interlocutória que deferiu Medida Cautelar para determinar que a Prefeitura Municipal de Brejinho anule o Pregão Presencial nº 24/2019, bem como publique um novo edital de licitação, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, com as adequações reclamadas pela auditoria, quais sejam:

1. Abster-se de lançar editais de licitação de gerenciamento eletrônico da aquisição de combustíveis ou manutenção de frotas de veículos sem que seja exigida a comprovação da boa situação financeira das licitantes (item 2.1.1);
2. Abster-se de lançar editais de licitação de gerenciamento eletrônico da aquisição de combustíveis ou manutenção de frotas de veículos sem o detalhamento das exigências mínimas de capacitação técnico-operacional dos proponentes (item 2.1.2);
3. Abster-se de vedar a oferta de taxas de gerenciamento negativas em licitações de gerenciamento de aquisição de combustíveis, manutenção de frotas e congêneres (item 2.1.3);

O judiciário também se posiciona no sentido de ser ilegal a fixação de preços mínimos (desconto máximo), conforme jurisprudências em Mandados de Segurança da própria PRIME:

“MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL - Processo 0801605-75.2021.8.15.0241 - 1ª Vara Mista de Monteiro/PB.

Pelas provas carreadas aos autos, entendo que a liminar deve ser concedida.

Inicialmente, vale destacar que a concessão de liminar não é uma disponibilidade da justiça, o que significa dizer que uma vez preenchidos os requisitos legais, deve ser deferida, conforme lição de Hely Lopes Meireles:

“A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrerem seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade” (in Mandado Segurança Malheiros Editora, 31ª edição, 2008, pág. 84).

No caso em tela, segundo alegado na inicial, consta no edital que o critério de julgamento adotado no Pregão Eletrônico será o menor preço global do grupo, sendo o edital omissivo quanto à oferta de taxas negativas. Impugnou-se, pois, o edital quanto a este particular, contudo, a impetrante informa não ter havido resposta formal até então, tendo a impetrada apenas esclarecido informalmente (via e-mail) que é vedada a oferta de taxa negativa, conforme se vê no doc. de ID 41666080 - Pág. 1.

Com efeito, a Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, em seu artigo 40, inciso X, veda expressamente a fixação de preços mínimos, senão vejamos:

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (grifos nossos).

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5000626-55.2021.8.21.0092/RS - Vara Judicial da Comarca de Constantina/RS

A impetrante se insurge contra dois aspectos constantes no edital: (i) a proibição de estipulação, na proposta de preço, de taxa de administração negativa (ou seja, inferior a zero), conforme item 6.1; e (ii) exigência da comprovação da rede credenciada como condição para assinatura do contrato (item 2.1.5).

Estou por deferir a liminar reclamada, pois tais exigências indicam, em tese (ao menos até que se possa conhecer das razões da Autoridade Coatora), possível comprometimento do caráter competitivo do certame, violando o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Com efeito, não se identifica, à partida, razão para que se vede a oferta de taxa de administração negativa. Primeiro porque a remuneração pelos serviços da contratada não decorre apenas da cobrança de taxa de administração, mas provém também de outras fontes, conforme explicitado na inicial. Sendo assim, não haveria falar em proposta de valor irrisório ou incompatível (vedada pelo art.44, parágrafo 3º, da Lei 8.666/93). Segundo porque a própria Lei de Licitações, em seu art. 40, X, veda que a Administração estipule preço mínimo (é o que ocorre no caso concreto, quando o edital veda proposta com taxa de administração inferior a zero). Terceiro porque tal exigência frustrará (em princípio) o caráter competitivo do certame, pois ao se estabelecer que a taxa máxima será de 0,00% e, ao mesmo tempo, proibir percentual negativo, haveria prejuízo que daria esvaziada à fase de

lances, aumentando a probabilidade de resolução do pareia através de sorteio (item 7.7 do edital).

Em suma: a vedação de apresentação de proposta que contemple taxa de administração negativa parece estar na contramão do melhor interesse público, consistente na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Além de ser um absurdo neste tipo de contratação **vedar taxa negativa é um crime contra o erário público**, tendo em vista que intencionalmente não se busca selecionar a proposta mais vantajosa e promover a competitividade no certame, uma vez que os lances dos licitante estarão, obrigatoriamente, entre 0% e ironicamente em 0%, tendo em vista que a estimativa é de 0% de taxa para esta contratação.

Repita-se, a manutenção da vedação de taxa negativa **frustrará a competitividade do certame**, vez que obrigatoriamente todas as empresas ofertarão a taxa mínima e máxima aceita (zero por cento), logo, não haverá a fase de lances, devendo a empresa **vencedora ser conhecida no sorteio, conforme determina o § 2º do art. 45 da Lei n.º 8.666/93:**

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

[...]

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Ou seja, se não pode efetuar lances inferiores a zero, as licitantes já entrarão com propostas com taxa 0% (zero por cento), não havendo competitividade, nem seleção da proposta mais vantajosa, recaindo sobre a hipótese o desempate por sorteio.

Logo, a inadmissibilidade de se ofertar taxas negativas fere o caráter competitivo do certame e o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, esculpido no art. 3º da Lei n.º 8.666/93, *in 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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

l - 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;

Convém sobrelevar ainda que inúmeros órgãos públicos permitem de forma clara em seus editais, a indicação de taxas zero e negativa, tais como Polícia Militar do DF, TCU, STF, entre outros.

Portanto, os órgãos públicos determinam a oferta de taxas negativas (descontos), neste caso, o intuito é fomentar a competitividade e conseqüentemente a busca pela proposta mais vantajosa, como preceitua o Art. 3º, da Lei 8.666/1993.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, se firmam no sentido da fundamental importância da seleção da melhor proposta à Administração, afinal, essa a pedra fundamental do processo licitatório.

Nas lições do Insigne Jurista, José Afonso da Silva, “O princípio da licitação pública significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público”. [grifos nossos]

Não restam dúvidas quanto ao caráter legal e vinculativo da seleção da proposta mais vantajosa, uma vez que existe previsão legal para tanto, e mais do que isso, trata-se de uma premissa básica da licitação que dever ser protegida, de forma diferente, estaria a Administração causando prejuízo a si mesma e conseqüentemente aos cofres públicos.

Desta forma, a proposta mais vantajosa certamente não será aquela escolhida via simples "sorteio", para onde caminha o processo licitatório em questão.

Portanto, não aceitar taxa negativa fere o princípio do julgamento objetivo e o da seleção da proposta mais vantajosa, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, e vai na contramão da doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como fixar o desconto máximo (ou taxa mínima - 0,01%) é ilegal nos termos do art. 40, inc. da Lei n.º 8.666/93.

3 - DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

A concessão do EFEITO SUSPENSIVO é medida que se impõe, conforme comprovado de forma clara e objetiva, existe nítida ilegalidade nas cláusulas principais do edital do Pregão Eletrônico n.º 2021.08.10.1, agendada para o dia 14/09/2021.

Assim, plenamente presente os requisitos ensejadores para concessão do efeito suspensivo, o fumus boni iuris evidenciado, em face de a competitividade estar comprometida pela vedação de oferta de taxa negativa (fixação de preços mínimos - Lei n.º 8.666/93), bem como exigências não previstas na lei de licitações e outras excessivas, que frustram o caráter competitivo do certame e não seleciona a proposta mais vantajosa, cerne de todo procedimento licitatório.

O periculum in mora caracteriza-se no iminente risco de realização da licitação, frustrando a competitividade.

E, diante disso é que reside a insistência da Impetrante em que esse Ilustríssimo Juízo, se pronuncie a respeito dos fatos narrados no presente *mandamus*, de modo que a decisão não sirva apenas como cunho reparador, mas para que também passe a servir de orientação futura a seus Administrados, a fim de evitar que os mesmos concorram em práticas irregulares.

Logo, conclui-se, sem medo de incidir em erro, que a inobservância aos princípios norteadores da licitação pública, irá trazer prejuízos tanto ao erário público e

em especial a Impetrante que possui o Direito Líquido e certo de participar de um certame onde seja garantido a lisura do processo.

Hely Lopes Meirelles ensina que: “...o mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

Portanto, **LIMINARMENTE** se faz necessário a **IMEDIATA SUSPENSÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 2021.08.10.1**, com fulcro no Art. 7º, inciso III da lei 12.016/2009.

4 - DOS PEDIDOS

Ex positis, após apreciação de Vossa Excelência, exímio julgador, requer:

1. A concessão, “*inaudita altera pars*”, de medida liminar para provisoriamente garantir a cautelar e **imediata SUSPENSÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 2021.08.10.1**, na fase em que se encontrar, promovido pela PREFEITURA DE HORIZONTE / CE, bem como todo ato administrativo posterior a propositura da demanda, até julgamento de mérito do presente *mandamus*, haja vista a relevância do pedido e a possibilidade de dano irreparável conforme linhas acima traçadas, com fulcro no Art. 7º, inciso III da lei 12.016/2009.
2. Seja notificada, após concessão da medida liminar anteriormente requerida, as autoridades coatoras, de todo teor do presente *writ*, entregando-lhe a segunda via, para que, no prazo legal, preste as informações que julgar necessárias, nos termos do inc. I, do art. 7º da Lei Federal nº. 12.016/2009, bem como remetida cópia ao órgão de representação judicial do IMPETRADO;

3. A confirmação da Segurança, ensejando na **ANULAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 2021.08.10.1**, promovido promovida pela **PREFEITURA DE HORIZONTE / CE**, em afronta aos princípios DA COMPETITIVIDADE, DA SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA E DA EFICIÊNCIA.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Nesses termos, pede deferimento.

Santana de Parnaíba, 13 de setembro de 2021.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Dr. Renato Lopes - OAB/SP 406.595-B

Dr. Tiago dos Reis Magoga - OAB/SP 283.834