



Processo n.º: 1.054.045
Natureza: Denúncia
Órgão: Prefeitura Municipal de Araguari
Denunciante: Horizonte Transporte Logística e Peças Ltda.
Referência: Pregão nº 79/2018 (Processo nº 143/2018)

À Secretaria da Primeira Câmara

Tratam os autos de petição protocolizada em 9/10/2018, sob o número 0005006810/2018, apresentada pela empresa Horizonte Transporte Logística e Peças Ltda., na qual aponta a existência de irregularidades no Pregão nº 79/2018 (Processo nº 143/2018), promovido pela Prefeitura Municipal de Araguari, cujo objeto é o “registro de preços para a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de mecânica, elétrica, hidráulica, funilaria, pintura (corretiva, preventiva e estética) e capotaria/tapeçaria, incluindo o fornecimento e troca de peças, acessórios, alinhamento, balanceamento e cambagem, trocas de óleo e filtros de ar e lubrificantes dos veículos automotivos terrestres, pertencentes à frota de veículos oficiais da Prefeitura Municipal de Araguari/MG e conveniados” (petição acostada às fls. 1 a 18).

A peticionária asseverou que, em 17/9/2018, enviou pedido de esclarecimento à Administração municipal sobre a possibilidade de se realizar a subcontratação no Pregão nº 79/2018, e que, em 18/9/2018, a administração municipal encaminhou-lhe resposta no sentido de que a subcontratação estaria vedada e que a sua adoção se encontra submetida ao juízo discricionário do órgão ou entidade promotora da licitação. Acrescentou o denunciante que a municipalidade não expôs as justificativas de sua negativa, o que ensejaria a nulidade do procedimento licitatório em tela, uma vez que até mesmo o ato discricionário deve ser motivado.

Aduziu, ainda, que possuía o interesse em participar do certame e que, na fase de execução contratual, pretendia subcontratar oficina para executar a parcela relativa à prestação de serviços mecânicos. Enfatizou que, no presente caso, ocorreria subcontratação parcial, já que o fornecimento das peças seria feito por ela diretamente e, não, pela empresa subcontratada e que, uma vez atendidos os requisitos previstos na Lei nº 13.429/2017 (“Lei da Terceirização”), não haveria impedimento à adoção do instituto. Concluiu dizendo que a subcontratação atenderia ao interesse público, propiciando agilidade à execução do objeto contratual, uma vez que ela subcontrataria empresa com sede no Município licitante ou em Município da região.

Ponderou a peticionária que, embora o objeto da licitação seja divisível, compreendendo a prestação de serviços mecânicos diversos e o fornecimento de peças, não se previu, no edital, o seu parcelamento, de modo que deveria ter sido permitida a subcontratação.

Afirmou, também, existir divergência entre a cláusula 15.5 do edital (fl. 42) e o item 3 do Anexo I do edital (fl. 48), uma vez que, na primeira, vedou-se a subcontratação, enquanto, no segundo, admitiu-se aquela.

Em razão da peculiaridade e da especificidade do objeto, a peticionária asseverou que a subcontratação se legitima por razões de ordem técnica, além de constituir instrumento necessário à manutenção da competitividade e da isonomia no certame e de encontrar respaldo no art. 72 e no art. 78, VI, ambos da Lei nº 8.666/1993 e no art. 48, II, da Lei Complementar nº 123/2006 (“Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”).

A peticionária argumentou que a “subcontratação é matéria que se insere também no âmbito dos negócios privados da Pessoa Jurídica, pelo que, a princípio, não deveria o Estado intervir, porque a este interessa apenas a execução satisfatória do objeto contratual”.

Ao final, a peticionária requereu, em preliminar, a concessão de medida cautelar *inaudita altera parte*, para que este Tribunal determinasse a suspensão da homologação do procedimento licitatório e da assinatura do contrato, e, no caso desse já ter sido celebrado, a suspensão da execução do contrato, até que fosse analisado o mérito da questão por ela suscitada. No mérito, requereu que o seu apontamento fosse julgado procedente e que este Tribunal determinasse a anulação do certame e dos contratos dele decorrentes, em razão da presença de vícios insanáveis.

A petição inicial veio acompanhada de cópia dos seguintes documentos: pedido de esclarecimento encaminhado pela peticionária à Prefeitura Municipal de Araguari e resposta ao pedido de esclarecimento encaminhada pela Prefeitura Municipal à peticionária (fls. 19 a 23 e fls. 75 a 93); e edital de licitação (fls. 24 a 74).

Acolhendo a proposição contida no Relatório de Triagem nº 724 (fls. 107 e 108), em 10/10/2018, o Presidente deste Tribunal recebeu a petição inicial e a documentação que a acompanha como denúncia e determinou a sua autuação e distribuição (fl. 109).

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 10/10/2018 e entregues ao meu Gabinete na mesma data (fl. 110).

Informo, por oportuno, que a petição inicial foi protocolizada, neste Tribunal, em **09/10/2018**, em momento posterior ao da sessão de abertura do pregão, realizada em **19/09/2018**, nos termos do preâmbulo do edital (fl. 26).

Feitas essas considerações preliminares, passo a apreciar o pedido da denunciante de concessão de medida cautelar.

De início, destaco que a concessão de medidas cautelares por este Tribunal constitui medida excepcional, que pode, inclusive, ser determinada em caráter unilateral, sem o estabelecimento de prévio contraditório. Em razão dessa excepcionalidade, as cautelares devem ser adotadas em situações restritas, quando se mostrar necessário garantir a efetividade da ação de controle ou prevenir a ocorrência de lesão ao erário, nos termos do *caput* do art. 95 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008.

Nesse contexto, o Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU), Benjamin Zymler, na obra *Direito Administrativo e Controle*, ao tratar de medidas cautelares no âmbito do TCU, ensina que a sua concessão se justifica “sempre que se tenha **evidenciada a existência de dano potencial ao Erário**, em razão do *periculum in mora* e de **indícios veementes de irregularidade no ato jurídico impugnado**” (Grifos nossos.)¹.

Destaco, ainda, que, no artigo “A cautelaridade nos tribunais de contas”, Rachel Campos Pereira de Carvalho e Henrique de Paula Kleinsorge lecionam que “a particularidade que reside na análise do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no processo de controle é que ambos devem se referir aos **interesses públicos, não sendo relevante, isoladamente, a consideração da ofensa ao direito e do prejuízo na esfera privada**” (Grifo nosso.)².

Pela análise dos presentes autos, entendo, num primeiro momento, que inexistente a “fumaça do bom direito” no apontamento da denunciante, conforme argumentação abaixo desenvolvida.

Em relação à alegação da denunciante de que a administração municipal, ao responder o seu pedido de esclarecimento, **não motivou** o seu posicionamento de vedar a subcontratação, entendo que ela não merece prosperar. Conforme se depreende da manifestação acostada às fls. 21 a 23, a Administração municipal, além de ter asseverado que a admissão (ou não) da subcontratação constitui ato discricionário, nos termos do art. 72 da Lei nº 8.666/1993, fundamentou a sua decisão de vedar o instituto na decisão proferida por este Tribunal nos autos da Denúncia nº 932.885. A título de elucidação, transcrevo excerto da manifestação da municipalidade:

Inicialmente, cumpre salientar que apesar da solicitante demonstrar decisão do Supremo Tribunal Federal em sua peça, o ato de aceitar ou não a subcontratação é discricionário da Administração, ou seja, a subcontratação deve estar exposta de forma clara no Edital e com limites predeterminados, conforme exposto no artigo 72, da Lei 8.666 de 21 de junho de 1.993.

Não obstante, conforme exposto pela Empresa solicitante em sua Peça de Pedidos de Esclarecimentos, o item 15.5 do Edital, expõe a vedação da subcontratação o que repetimos mais uma vez, é um ato discricionário da Administração, como exposto em decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nos autos nº. 932885 (anexo).

Acrescento que, nos autos da Denúncia nº 932.885, este Tribunal, ao analisar edital de pregão, cujo objeto era a “contratação de empresas para prestação de serviços automotivos para manutenção preventiva e corretiva dos veículos leves e pesados, com fornecimento de todas as peças e componentes a serem executados nos veículos pertencentes à frota municipal”, **não considerou irregular disposição editalícia que vedava a subcontratação dos serviços**. A título de elucidação, transcrevo excerto do voto do Relator, Conselheiro Mauri Torres, aprovado, por unanimidade, pela Primeira Câmara na sessão de 29/11/2016:

¹ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 273.

² Artigo disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1531.pdf>.

A Denunciante alegou que o edital continha as seguintes irregularidades:

(...)

c) objetos distintos exigidos em lote único, fornecimento de peças e prestação de serviços mecânicos, vedando a subcontratação dos serviços.

Embora os responsáveis tenham apresentado alegações acerca de todos os itens denunciados, verifica-se que no exame inicial da denúncia, às fls. 561/576, a Unidade Técnica considerou improcedentes os itens 'a' e 'c', acima elencados, no que foi acompanhado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em seu parecer preliminar às fls. 579/581.

Conforme se depreende da transcrição acima, a decisão deste Tribunal proferida nos autos da Denúncia nº 932.885 que considerou regular a vedação à subcontratação se baseou no relatório preliminar da Unidade Técnica, que se manifestou sobre a matéria no seguinte sentido:

(...) no que concerne à alegação do denunciante de que o edital não previu expressamente a possibilidade de subcontratação (fl. 05), entende esta Unidade:

(...)

A Lei de Licitações, em seu art. 72, autoriza que a Administração, em cada caso, avalie a conveniência de permitir a subcontratação, respeitados limites predeterminados. Dessa forma, a subcontratação só é admitida se autorizada no edital de licitação ou no contrato.

No presente caso, da leitura do edital e seus anexos, verifica-se que a Administração Municipal (...) não previu a possibilidade de subcontratação.

Dessa forma, considerando que a prerrogativa de se admitir, ou não, a subcontratação, bem como seus limites, é da Administração Pública (...), nenhuma razão assiste ao Denunciante quando questiona na denúncia acerca da subcontratação.

Destarte, com base no exposto acima, esta Unidade Técnica entende que a denúncia apresentada é improcedente quanto ao item em comento.

Quanto à alegação da denunciante de que haveria divergência entre a cláusula 15.5 do edital e o item 3 do Anexo I do edital, entendo que ela não merece prosperar, uma vez que, pela leitura das referidas disposições, é possível concluir que, na primeira, previu-se como **regra geral** a vedação à licitante vencedora de subcontratar total ou parcialmente a execução do objeto e que, na segunda, previu-se uma **exceção** àquela regra, na medida em que foi permitida a subcontratação apenas dos “serviços de guincho/reboque (caminhão reboque com prancha articulada)”. Desse modo, as disposições editalícias não são divergentes, ao contrário, elas se complementam, e, como prova dessa constatação, transcrevo-as a seguir:

CLÁUSULA 15.5 DO EDITAL	ITEM 3 DO ANEXO I DO EDITAL
15 - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS (...)	3 – DAS SUBCONTRATAÇÕES DOS SERVIÇOS

15.5 - É vedado à licitante vencedora subcontratar total ou parcialmente a(s) prestação(ões) de serviço(s) referente ao objeto deste Pregão.	3.1 – Admitir-se-á a subcontratação dos serviços objeto do presente instrumento que comprovadamente, a empresa não possa executar nas situações a seguir enunciadas, ficando, desde já estabelecido, que as condições e obrigações se darão entre as partes contratantes, ou seja, a empresa ficará inteiramente e integralmente responsável pelos orçamentos, envio e recebimento dos veículos, guarda segurança e integridade física do bem contra danos materiais, sinistros, intempéries, independente de culpa ou dolo, que venham a atingir o patrimônio da Municipalidade de forma parcial ou total, bem como pela execução e perfeita entrega dos serviços, de suas garantias, como também, pelo faturamento, recebimento e quitação pelos serviços prestados/ executados: 3.1.1 – Serviços de guincho/reboque (caminhão reboque com prancha articulada).
--	---

Em relação à alegação da denunciante de que a subcontratação constitui matéria que se insere no âmbito dos negócios privados da pessoa jurídica sobre a qual o Poder Público não deveria intervir, entendo que ela, também, não merece prosperar, uma vez que, nos contratos administrativos, não se aplica, regra geral, o regime ordinário de um contrato de Direito Privado, mas, sim, as normas da Lei nº 8.666/1993, possuindo a administração pública prerrogativas especiais para a proteção do interesse público que a colocam numa posição de superioridade em relação ao contratado. Sobre a matéria, transcrevo as lições de Joel de Menezes Niebuhr:

(...) a atividade da Administração Pública é marcada pela unilateralidade, por privilégios que lhe são concedidos em favor da imposição do público ao individual, o que revela relações jurídicas desequilibradas, bem diferentes das que são típicas dos ramos do Direito Privado. Em apertada síntese, cabe dizer que a Administração Pública é armada de poder, isto é, da capacidade de fazer os seus desígnios em face dos interesses de cunho individual, independentemente do consentimento de seus titulares.

(...) em que pese a imprescindível concordância do contratado para a formação do vínculo, as relações contratuais firmadas pela Administração Pública apresentam caráter peculiar, justamente em tributo às prerrogativas especiais que lhe são conferidas, que têm o condão de conformar o inicialmente pactuado às cambiáveis sujeições do interesse público, desequilibrando a posição dos contratantes³.

Nesse contexto, destaco que a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 72, “autoriza (...) que a Administração, em cada caso, **avalie a conveniência de permitir a subcontratação**,

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 656 e 657.

respeitados limites predeterminados” (Grifo nosso.)⁴. Em outras palavras, a decisão quanto à permissão ou vedação da subcontratação deve ser pautada pelo interesse público, ou seja, a administração pública deve levar em conta se a subcontratação se mostra adequada sob os aspectos técnico, econômico e de segurança, independentemente dos interesses individuais das empresas que pretendem participar da licitação.

Por fim, ressalto que este Tribunal, em algumas deliberações⁵, aderiu ao entendimento de que, nas licitações que envolvem a prestação de serviços mecânicos e o fornecimento de peças, não haveria impedimento à contratação conjunta, **sem o parcelamento do objeto**, uma vez que **a prestação de serviços mecânicos e o fornecimento de peças guardam relação direta de continuidade**, de modo que o desempenho de ambas as tarefas por uma única empresa facilita o gerenciamento do contrato e eventual responsabilização pela administração pública, diminui o tempo de execução do contrato, previne a ocorrência de descontinuidade entre a manutenção e o fornecimento da peça, evitando que o veículo fique parado na oficina, e reduz o risco de serviço mal executado, proporcionando maior segurança aos usuários dos veículos.

A título de elucidação, transcrevo trecho do voto proferido pelo Conselheiro Wanderley Ávila nos autos da Denúncia nº 944.592, aprovado por unanimidade pela Segunda Câmara na sessão de 24/8/2017:

(...) o usual é que todas as oficinas mecânicas, conforme podemos constatar no nosso dia a dia, estão aptas a fornecer peças para veículos nos quais realizam manutenção, providenciando-as junto ao fabricante ou revendedor, não constituindo um empecilho para a concorrência e a disputa de preços.

Há que se levar em conta, também, a gestão contratual, e a operacionalização dos serviços por mais de uma empresa, haja vista que, após análise do defeito pela oficina mecânica, seria necessário contatar outra empresa contratada pela Administração para o envio das peças necessárias e posterior encaminhamento à oficina, o que poderia gerar certo atraso e morosidade, por óbvio.

Na mesma linha de entendimento acima exposta, transcrevo excerto da proposta de voto proferida pelo Conselheiro Substituto Hamilton Coelho nos autos da Denúncia nº 924.111, aprovada por unanimidade pela Primeira Câmara na sessão de 24/2/2015:

Acerca da opção da Prefeitura de contratar a aquisição das peças e a prestação dos respectivos serviços conjuntamente, tenho que, por se tratar de serviços estritamente vinculados aos produtos a serem fornecidos, a alternativa é razoável, uma vez que proporciona óbvias vantagens logísticas, reduz o tempo de execução, facilita o acompanhamento e eventual responsabilização, além de otimizar a durabilidade e o

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1263.

⁵ Denúncia nº 932.607 (sessão de 7/2/2017), Denúncia nº 932.433 (sessão de 4/4/2017), Denúncia nº 944.592 (sessão de 24/8/2017), Denúncia nº 924.253 (sessão de 1/11/2016) e Denúncia nº 924.111 (sessão de 24/2/2015).

desempenho dos bens e, conseqüentemente, proporcionar maior segurança aos usuários dos veículos.

(...)

No caso dos autos, verifiquei que das dificuldades técnicas e econômicas de se franquear a licitação a empresas distintas resulta que, de fato, a opção pelo parcelamento do objeto da licitação importaria em risco de execução insatisfatória e aumento dos custos dos produtos adquiridos para a Prefeitura de (...). Portanto, concluo que não restou configurada a irregularidade.

Diante do exposto, **indeferir** o pedido da denunciante para que este Tribunal determine a suspensão cautelar da homologação do Pregão nº 79/2018 (Processo nº 143/2018), promovido pela Prefeitura Municipal de Araguari, ou, conforme o caso, a suspensão cautelar da execução do contrato dele decorrente, tendo em vista que não se encontra evidenciada, nos autos, a existência de dano potencial ao erário nem de indícios veementes de irregularidade na vedação à subcontratação contida no edital.

Intime-se a denunciante por meio de publicação no Diário Oficial de Contas e por meio do *e-mail* informado na petição inicial (horizontetransportebh@yahoo.com), devendo ser disponibilizada no *e-mail* cópia do presente despacho.

Cumprida a medida acima, a Secretaria da Primeira Câmara deverá encaminhar os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, a qual deverá elaborar relatório técnico e, em seguida, enviar os autos ao meu Gabinete, caso seja favorável à concessão de medida cautelar, ou enviá-los ao Ministério Público junto ao Tribunal, caso não seja favorável à concessão.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2018.

Durval Ângelo
Conselheiro Relator
(assinado digitalmente)