

ANÁLISE DE DEFESA

Processo nº: 1084455

Natureza: REPRESENTAÇÃO

Relator: CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO

Data da Autuação: 29/01/2020

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Representação apresentada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por intermédio do Procurador Marcílio Barenco, em face do Município de Luz, na figura do Chefe do Executivo, Sr. Ailton Duarte, em razão de possíveis irregularidades na aquisição de peças automotivas e manutenção de veículos por meio do software de gerenciamento de frotas automotivo.

O Representante aduziu duas possíveis irregularidades:

- a) inexistência de certames para contratação de oficina mecânica e fornecimento de peças automotivas, e
- b) violação à impessoalidade do processo licitatório.

O processo foi distribuído e seguiu para a 3ª Coordenadoria de Fiscalização de Municípios que realizou a análise inicial (peça n. 5 - SGAP) concluindo nos seguintes termos:

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

Conclusão: pela **procedência parcial** da representação no que se refere aos seguintes fatos:

- Violação à impessoalidade do processo licitatório

Conclusão: pela **improcedência** da representação, no que se refere aos seguintes fatos:

- Inexistência de certames para contratação de oficina mecânica e fornecimento de peças automotivas. Imprecisão do objeto

Em sequência, os autos seguiram para o Relator que determinou a citação do Sr. Ailton Duarte, prefeito municipal (peça n. 7), da Sra. Sandra Lázara Ferreira Costa, pregoeira (peça n. 10) e o Sr. Lelton Santos Nogueira, procurador geral do município e subscritor do edital do Pregão Presencial n. 30/2017 (peça n. 10).

O Sr. Lelton Santos Nogueira apresentou sua defesa (peça n. 13), bem como a Sra. Sandra Lázara Ferreira Costa (peça n. 32), tendo o Sr. Ailton quedado-se inerte (peça n. 9).

Os autos retornaram à 3ª CFM para análise das defesas apresentadas.

2. ANÁLISE DE DEFESA

2.1 Apontamento:

Violação à impessoalidade do processo licitatório

2.1.1 Medidas propostas na análise inicial:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

2.1.2 Responsável(is) indicados na análise inicial:

Nome completo: AILTON DUARTE

CPF: 08181993691

Qualificação: Prefeito Municipal

2.1.3 Nome do(s) Defendente(s):

Lelton Santos Nogueira

Sandra Lázara Ferreira Costa

2.1.4 Razões de defesa apresentadas:

- **Lelton Santos Nogueira**

O defendente inicia sua defesa reiterando o que esta Unidade Técnica já havia trazido à baila acerca da possibilidade de adoção do modelo da quarteirização.

Em sequência, inclui julgado do TCU acerca da adoção de taxa de administração como critério de julgamento:

O Tribunal de Contas da União entende admissível a escolha da proposta que ofereça a menor taxa de administração, nas licitações cujo objeto seja a contratação de empresa especializada no gerenciamento. Assim:

[...] é adequado o uso do valor da taxa de administração como critério de julgamento. Não se trata, aliás, de nenhuma inovação, já que tal sistemática tem sido rotineiramente empregada - sem qualquer crítica desta Corte sob este aspecto, friso - em licitações para contratação de serviços de gerenciamento em que o contratado não é o fornecedor direto do bem ou serviço final demandado pela administração. (Acórdão nº 2731/2009, Plenário).

Portanto, não existe qualquer ilegalidade, pessoalidade, ou imoralidade no modelo de gerenciamento de frota.

Ademais, alega que o intuito da quarteirização foi justamente obter o maior número de prestadores de serviços para manutenção da frota de veículos municipal, razão pela qual um dos requisitos exigidos no edital foi o atendimento ao número mínimo de empresas fornecedoras credenciadas, devendo a licitante vencedora aumentar sua rede.

Finaliza sua defesa nos termos abaixo:

Portanto, patente que a impessoalidade esta demasiadamente presente na respectiva licitação, visto que a Administração Municipal sempre primou que existissem o maior número de credenciados para poder prestar os serviços. A Administração Municipal apontou como visto acima no item 6 da Rede Credenciada apenas as localidades (cidades) em que precisava de mais prestadores em razão de sua demanda de viagens para que assim a Contratada encarregasse de realizar os devidos credenciamentos, **jamaiz fazendo indicações específicas. Assim sendo, não há que se falar em violação da impessoalidade, visto que a Administração Municipal sempre presava pelo maior número de prestadores de serviços buscando agilidade, preço e eficiência.**

O credenciamento era feito pela Contratada, e não pelo Contratante, tendo inclusive a Contratada mesmo antes da contratação já uma rede vasta de prestadores de serviços em vários municípios do Brasil. Ademais, havia uma Comissão de Frotas devidamente designada que fazia a compra dos equipamentos necessários, e para tanto era requisitados orçamentos a no mínimo 03 empresas, e o serviço somente era feito naquele de menor preço apresentado.

- **Sandra Lázara Ferreira Costa**

A defendente inicia sua defesa arguindo a preliminar de ilegitimidade passiva, nos seguintes termos:

Conforme aduzido acima, à época dos fatos, a Representada exercia a função de Pregoeira no Município de Luz, coordenando os trabalhos da equipe de apoio e realizando os atos materialmente necessários para a condução dos procedimentos licitatórios na modalidade pregão no âmbito do ente federativo municipal e também exercendo as devidas atribuições, a saber, classificar as propostas, habilitar o licitante a ser contratado e adjudicar-lhe o objeto da licitação.

[...]

Consoante se observa do art. 3º da Lei 10.520/02 acima mencionado, é a “autoridade competente” a responsável pelas cláusulas do edital e não há qualquer delegação de poderes ao pregoeiro, mas apenas mera designação de servidores para atuar como Pregoeiro e equipe de apoio na chamada “fase externa” do Pregão. Desse modo, a subscrição do edital é dever atribuído à autoridade responsável por deflagrar e encerrar o certame, não podendo ser realizada pelo Pregoeiro ou pelo Presidente da Comissão de Licitação, salvo delegação dessa atribuição específica por meio de ato administrativo geral e anterior ao certame.

É sabido que, ao pregoeiro, não cabe inserir ou alterar as regras do edital, mas, tão-somente, operacionalizar o certame. Nota-se que não cabe, de forma alguma, ao pregoeiro elaborar o edital de convocação. Assim, o responsável por eventuais falhas detectadas no edital licitatório nº 72/12, Pregão Presencial nº 30/17, é das autoridades competentes, à época, ou seja, o titular da pasta da Secretaria Municipal de Obras Públicas e Transportes, Sr. Roberto Luiz Basílio Pereira, e o Prefeito Municipal, Ailton Duarte. Dessa forma, o pregoeiro não pode ser responsabilizado por eventual irregularidade em editais de licitação, uma vez que a elaboração desse não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas.

Para encerrar o argumento de sua ilegitimidade passiva, a defendente diz que assinou o edital, mas não detinha competência para sua elaboração.

Em sequência, repete no mérito as alegações referentes à ilegitimidade passiva e soma-se a isso o argumento de que a defendente não atuou de má-fé.

2.1.5 Documentos apresentados juntamente com a defesa:

Apenas procuração

2.1.6 Análise das razões de defesa:

Preliminarmente, cumpre analisar o argumento apresentado pela Sra. Sandra Lázara que, na condição de pregoeira, assinou o edital e levantou a hipótese de ser parte ilegítima, em função de suas competências envolverem apenas a fase externa do certame.

a) preliminar de ilegitimidade passiva alegada pela Pregoeira

De antemão registra-se a improcedência do argumento exposto, uma vez que já é cediço nesta Corte de Contas que o pregoeiro na condição de subscritor do edital se responsabiliza pelos seus termos.

Segue abaixo diversas decisões nesse sentido:

Nesse sentido, **tendo a Pregoeira**, Sra. Luciléia Maria Mendes, **subscrito o Edital** (fl. 242 – peça 15) que continha as irregularidades apontadas, **sua responsabilidade não se limita à fase externa, mas, também, pelo conteúdo das regras editalícia.**

(Edital de Licitação n. 1058748, Rel. Conselheiro Durval Ângelo, j. 14.09.2021)

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. LOCAÇÃO DE SOFTWARE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE. REJEITADA. MÉRITO. INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DESCUMPRIMENTO DE DISPOSIÇÕES CONTIDAS NAS LEIS N. 10.520/02 E 8.666/93. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTAS. RECOMENDAÇÕES. 1. Em conformidade com a orientação jurisprudencial do TCU, os pareceres jurídicos exigidos pelo art. 38 da Lei n. 8.666/93 integram a motivação dos atos administrativos, razão pela qual devem contemplar a avaliação integral dos documentos submetidos a exame da assessoria jurídica da Administração. **2. Conquanto a lei não atribua expressamente ao pregoeiro a competência para elaborar o edital, certo é que o subscritor do edital se responsabiliza pelo seu conteúdo. (...)**

(Denúncia n. 886286, Relator: CONS. SEBASTIÃO HELVECIO, Data de Julgamento: 12/12/2017, Data de Publicação: 12/01/2018)

Conquanto, a lei não atribua ao pregoeiro a competência de confecção do edital, certo é que o subscritor do edital se responsabiliza pelo seu conteúdo. Esse também é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

A alegação de que não é responsável em virtude de só ter assinado a Ordem Bancária não se sustenta. A lei exige a assinatura nos documentos exatamente para delimitar responsabilidades. [...] Quem assina um documento é responsável pelos seus efeitos

(Acórdão 343/2007 – Plenário, relator: Valmir Campelo)

Ademais, compete ao pregoeiro analisar se há falhas no procedimento licitatório antes de dar sequência, sob pena de responder pela irregularidade:

RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇOS DOS SERVIÇOS E PRODUTOS LICITADOS. IRREGULARIDADE. PREGOEIRO E SUBSCRITOR DO EDITAL. OBRIGAÇÃO DE ZELAR PELA LEGALIDADE DA LICITAÇÃO. LINDB. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA DO AGENTE PÚBLICO. PROVIMENTO. DESCONSTITUIÇÃO DA MULTA. ARQUIVAMENTO

2. Ao identificar uma falha no procedimento licitatório, o agente público deve recusar dar seguimento ao certame e levar a questão ao conhecimento da autoridade superior, sob pena de responder pela irregularidade.

(Recurso Ordinário n. 1092426, Rel. Conselheiro Mauri Torres, j. 7.7.21)

Portanto, esta Unidade Técnica rejeita a preliminar apresentada, pois não se coaduna com o entendimento deste Tribunal.

b) critério único de julgamento e violação à impessoalidade do processo licitatório

Nesse ponto, compete esclarecer que as defesas não trouxeram argumentos capazes de afastar o entendimento do TCEMG trazido na análise inicial.

O defendente apenas juntou decisão do TCU acerca da possibilidade de se adotar o critério de menor taxa de administração sem, contudo, se atentar para o fato de que o apontamento em análise diz respeito à adoção de menor taxa de administração como critério único.

Não está sob julgamento a possibilidade de se adotar a menor taxa de administração, mas, sim, a impossibilidade de se adotá-lo exclusivamente.

Quanto ao modelo de gestão escolhido, destaco a Consulta n. 1066820, relator conselheiro Cláudio Couto Terrão, Tribunal Pleno, sessão do dia 3/6/2020, in verbis:

CONSULTA. CONTRATAÇÃO. GERENCIAMENTO DE FROTA. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. É possível, observadas as disposições da Lei n. 8.666/93, a contratação de empresa especializada para o gerenciamento do fornecimento de combustível e da manutenção preventiva e corretiva dos veículos que compõem a frota, incluindo o provimento de peças, acessórios, mão de obra etc., desde que essa opção esteja devidamente justificada na fase de planejamento, demonstrando tecnicamente a viabilidade, a economicidade e a vantajosidade de sua adoção para o caso concreto.

Extrai-se da fundamentação da consulta:

Outro ponto primordial a ser considerado, quando da implementação do novo sistema, diz respeito aos pressupostos de competitividade e ao **critério de julgamento das propostas**.

Desta feita, importante observar que, como na contratação pelo novo modelo há dois serviços distintos sendo licitados em uma mesma ocasião (gerenciamento e abastecimento/manutenção veicular), a competitividade deverá incidir sobre ambos, **o que repele a utilização do critério “menor taxa de administração” como única forma de seleção de propostas, pelo simples fato de que, nesse caso, somente a melhor proposta para o gerenciamento estaria sendo eleita, ficando sem parâmetros os demais serviços pretendidos.** A ausência de disputa em torno dos preços das peças e dos serviços deixa indefinido o valor a ser pago pela Administração durante a execução do ajuste e impede a apuração da vantajosidade da proposta contratada

Colaciona-se, também, nesse sentido, o julgamento da Denúncia n. 1031300, de relatoria do conselheiro substituto Victor Meyer, Segunda Câmara, sessão do dia 13/2/2020, assim ementada:

PREGÃO PRESENCIAL. GERENCIAMENTO DE FROTA. AUSÊNCIA DA PESQUISA DE PREÇOS DOS SERVIÇOS E PRODUTOS NA FASE INTERNA DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. Na fase interna do certame, é indispensável a realização de cotação ampla e detalhada dos preços do objeto a ser contratado, possibilitando a elaboração do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, que, por sua vez, permite verificar se os preços praticados condizem com os valores de mercado, evitando, assim, que o poder público adquira bens e serviços superfaturados. 2. **O critério de julgamento baseado apenas no percentual da taxa de administração, sem que haja previsão no Edital acerca do valor de desconto sobre os serviços ou obediência à tabela oficial do preço das peças e o valor hora/homem, permite o superfaturamento dos preços e o consequente aumento dos valores percebidos pela empresa gerenciadora.**

Cita-se, ainda:

2. É irregular o uso da taxa de administração como critério único de julgamento da licitação, o que só seria considerado válido quando aliado a outros estudos, como serviços e bens adequadamente precificados.

(Denúncia n. 944502, Rel. Conselheiro José Alves Viana, publicado em 4 de dezembro de 2019)

Nesse sentido, é válido replicar trecho do artigo publicado na Revista do TCU, n. 116 de setembro de 2009, de autoria de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, citado pelo Conselheiro Substituto Adonias Monteiro em seu voto, nos autos da Denúncia n. 1041455, com as seguintes diretrizes sobre a questão:

[...] 4. A economicidade trazida pelo novo modelo [...]

Todo esse procedimento é insuscetível de controle, já que a empresa gerenciadora escolhe, de forma unilateral, as oficinas que participarão da coleta de preços para a execução dos serviços, abrindo-se, assim, a janela do arbítrio para a escolha de empresas que convenham ao interesse da empresa gerenciadora. Resultaria obstruída a aplicação, no caso concreto, do disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/93, que trata da fiscalização dos contratos administrativos pela Administração. **Hipóteses há em que se sagra vencedora da licitação a empresa gerenciadora que oferta a menor taxa de administração, mas superior a 0% (2%, 3,5%, 5%). Mesmo nesses casos, a taxa de administração representa índice pequeno em relação aos custos da execução dos serviços (peças e mão de obra). Não sendo esses fixados previamente, não há como se conhecerem os preços de maior vulto que devam ser pagos. (Grifei) E é justamente por desconhecer os preços que serão cobrados pelos serviços e pelas peças que a Administração Pública infringirá o princípio da economicidade.**

Mesmo tendo buscado três orçamentos, não tem a empresa gerenciadora o compromisso de escolher a cotação mais vantajosa entre as empresas da rede credenciada.

Assim, a empresa gerenciadora poderá solicitar os orçamentos entre fornecedores que praticam o preço máximo ou próximo do máximo da tabela oficial de peças da montadora, ou oficinas que praticam os maiores preços de valor/hora da mão de obra, pois repercutirá em maior rendimento para si. Quanto mais caro o fornecimento de peças e serviços, maior o valor auferido com a taxa de administração; ainda que a empresa gerenciadora aja de boa-fé, estará obrigada apenas nos termos do contrato celebrado com a Administração, daí a relevância de bem definir-se o perfil desse contrato e o seu conteúdo mínimo.

Pelo exposto, reitera-se os termos da análise inicial e rejeita-se as razões de defesa apresentadas por não terem sido capazes de afastar o entendimento do TCEMG.

2.1.7 Medidas propostas após análise da defesa:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).
- Recomendações para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas

Descrição da medida:

Esta Unidade Técnica entende que a melhor medida a ser adotada, no presente caso, é a recomendação, para que nos certames futuros que envolvam a chamada "quarteirização" o critério de julgamento adotado não seja exclusivamente o menor



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: 3ª CFM - 3ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DOS
MUNICÍPIOS



valor da taxa de administração.

Responsável(is) pela adoção da medida: Prefeito Municipal; Secretários Municipais, Equipe de Licitação responsável pela elaboração e assinatura do edital.

2.1.8 Conclusão da análise da defesa:

Pela rejeição das alegações de defesa.

3. CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

- Pelo não acolhimento das razões de defesa apresentadas pelo(s) defendente(s) quanto ao(s) seguinte(s) apontamento(s):

Violação à impessoalidade do processo licitatório

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- Aplicação das sanções previstas no art. 83 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008.
- Recomendações de providências para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas, nos termos do inciso III do art. 275 da Resolução nº 12/2008 (Regimento Interno do TCEMG).

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2022

Gabriela de Moura e Castro Guerra

Analista de Controle Externo

Matrícula 32473