



Decisão 01702/2021-4 - 1ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 01669/2021-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMPC - Prefeitura Municipal de Pedro Canário

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: LUIZ CARLOS DADALTO FILHO, BRUNO TEOFILLO ARAUJO, GILBERTO CARLOS COELHO

Representante: LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFICIOS EIRELI

Procurador: FELIPE FAGUNDES DE SOUZA (OAB: 380278-SP)

**REPRESENTAÇÃO – RATIFICAR A DECISÃO
MONOCRÁTICA Nº 00348/2021-3 – CONCEDER
CAUTELAR – SUSPENDER O PREGÃO
ELETRÔNICO Nº 05/2021 – NOTIFICAR**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE
MACEDO:**

1 RELATÓRIO

Considerando o teor do parágrafo único do artigo 376 do Regimento Interno desta Corte que determina que as decisões monocráticas que concederam cautelar devem ser levadas para ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de sua eficácia, apresento o presente processo ao Plenário para RATIFICAÇÃO da Decisão Monocrática 00307/2021-4, na forma regimental.

Este processo trata de representação com pedido de medida cautelar, encaminhada pela sociedade empresária **Link Card Administradora de Benefícios Eireli**, em

face da **Prefeitura Municipal de Pedro Canário**, onde relata suposta irregularidade no **Edital do Pregão Eletrônico nº 05/2021**, direcionado ao *REGISTRO DE PREÇOS para futura e eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviços de gerenciamento e administração de despesas de manutenção (preventiva, corretiva e preditiva) dos veículos e máquinas/equipamentos desta prefeitura através de cartão magnético, sob o regime de Menor Percentual de Taxa de Administração.*

O certame impugnado iniciou-se com o acolhimento das propostas na data de 26/03/2021, e sua abertura estava prevista para o dia 13/04/2021 às 09:00h, estando ainda em andamento na data de 11/05/2021, conforme se extrai do site <http://www.pedrocanario.es.gov.br/licitacao>.

A Representante alega existência de vícios no edital, mormente quando estipula *taxa máxima a ser cobrada da rede credenciada, criando limitação ao desconto ofertado pelos players, ou seja, estipula um preço mínimo, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.*

Registra *intromissão injustificável nos negócios do futuro player a ser contratado, minimizando a competição, por criar norma que afasta o interesse na participação de empresas.*

Ressalta que, *por mais que existam disposições sobre setores específicos no Direito Regulatório, o contrato de credenciamento é uma relação comercial entre empresas que não está albergada por qualquer agência reguladora como ANS, ANTT, ANATEL, etc. Logo inexistem razões para tal invasão na seara privada, e que, por inexistir qualquer permissivo legal para tal exigência, a Administração está violando o princípio da legalidade, e em via reflexa macula o procedimento licitatório, tornando-o viciado.*

Por fim, requer o recebimento da representação e a concessão de medida cautelar por essa Corte com fim de suspender o Edital de Pregão Eletrônico nº 05/2021, para que a Representada publique outro edital, suprimindo a *exigência combatida que restringe a competição, referente à TAXA DE ADMINISTRAÇÃO IMPOSTA PELA CONTRATADA ÀS CREDENCIADAS.*

Após analisar os autos, e, diante do permissivo conferido a este TCEES para deliberar sobre a matéria e da necessidade de maiores informações e documentos para formar o convencimento, exarei a **Decisão Monocrática 00273/2021-9** determinando a oitiva dos Srs. Luiz Carlos Dadalto Filho – Pregoeiro; Gilberto Carlos Coelho - Secretário Municipal de Transportes e Bruno Teófilo Araújo - Prefeito Municipal, para prestarem informações necessárias, no prazo de 5 dias, em face da presente representação, deixando o exame da medida de urgência pleiteada e seus pressupostos para após a oitiva do responsável, nos termos do artigo 307, §1º do RITCEES.

Devidamente notificados, os Representados encaminharam justificativas conjuntas em resposta aos Termos de Notificação 00415/2021-1, 00416/2021-6 e 00417/2021-1 (Defesa/Justificativa 00422/2021-1).

*Encaminhados os autos à área técnica, esta fez acostar aos autos a **Manifestação Técnica 00038/2021-1** (doc. 17), na qual propôs a concessão de medida cautelar.*

Em consonância com a Manifestação Técnica 00038/2021-1, emiti a **Decisão Monocrática 00348/2021-3** no sentido de conceder a medida cautelar, da qual foram notificados os interessados na forma dos Termos de Notificação 00415/2021-1, 00416/2021-6 e 00417/2021-1, na data de 09/05/2021.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Admissibilidade

Por entender que os requisitos de admissibilidade da presente Representação estavam cumpridos, DECIDI, conforme **Despacho 16464/2021-1** (doc.12), **por CONHECER** da Representação com base nos arts. 94 e 99, da Lei Complementar nº 621/2012 c/c art. 177, 181 e 182 da Resolução TC 261/2013.

2.2 Da cautelar

Compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de providências para o fiel cumprimento da lei, bem como a

sustação de ato impugnado.

O art. 124, *caput* e o parágrafo único da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo descreve que no início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, esta Corte de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares. Inclusive, em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator.

A concessão de medida cautelar não exige juízo de certeza, mas sim da probabilidade de que o alegado pelo interessado seja plausível. Até mesmo porque o que se almeja é assegurar o resultado útil da atuação desta Corte.

Neste sentido, **acolho a fundamentação da Manifestação Técnica de Cautelar 00038/2021-1**, exarada pelo Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - NOF, onde promove a análise das informações e dados carreados aos autos, bem como os pressupostos da medida de urgência, nos seguintes termos:

“(…)

2. DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

A presente análise restringe-se à verificação quanto à presença dos requisitos para a concessão da medida cautelar estampados no artigo 376 do RITCEES, ou seja, se na presente situação restam caracterizados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Embora haja previsão para que este Tribunal determine cautelares diante de justo receio de que os responsáveis possam agravar a lesão ou tornar difícil, ou impossível a sua reparação, é necessário que o pleito trazido a lume venha calçado em dois requisitos legais, impreteríveis para plausibilidade de tal medida, quais sejam: a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Sobre esses requisitos, HELY LOPES MEIRELLES, o mais conceituado administrativista brasileiro, in sua obra "*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*", 16ª Edição, Malheiros, 1995, preleciona o seguinte:

Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito - fumus boni juris e periculum in mora. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direitos, nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado. (...)

Portanto, pode-se dizer que os pressupostos da concessão da liminar estão apostos em duas bases, necessitando, pois, a ocorrência de relevante fundamento, ou seja, a parte deve ter direito líquido e certo, que é aquele que deve ser comprovado, como se viu, de plano por meio de prova documental, ressaltando-se, outrossim, que tal requisito é mais do que o fumus boni juris; terá, também, de demonstrar que haverá ineficácia da medida, que do ato impugnado possa resultar, se não atendido, pressuposto este que é precisamente o periculum in mora.

O mesmo prestigiado mestre, em sua aludida obra, assim arremata:

"A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do Impetrante, que não pode ser negada quando ocorrer seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade".

Nesse passo, a medida cautelar não deverá se confundir com a satisfação do objeto da Representação e nem mesmo deverá possuir o escopo de

antecipar a tutela cognitiva de caráter meritório, mas tão somente deverá servir como uma garantia de efetividade do pronunciamento jurisdicional.

E é nesse sentido que passamos à análise do pleito cautelar pretendido.

3. DAS RAZÕES DA REPRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS

Alega a Representante, em síntese, a existência de vícios no edital de Pregão Eletrônico 05/2021 pelo fato de estipular limitação à taxa que poderá ser cobrada da rede credenciada envolvida na futura contratação, o que seria uma interferência da Administração na relação entre a licitante e sua rede credenciada, além de minimizar a competição por criar norma que afasta o interesse das empresas em participar do processo.

Ressalta que diante da ausência de permissivo legal para a exigência constar do edital, estaria a administração violando o princípio da legalidade, maculando, dessa forma, o procedimento licitatório tornando-o viciado.

Requer por fim, que seja deferida liminar por essa Corte de Contas no sentido de suspender o Edital de Pregão Eletrônico nº 05/2021 no estado em que se encontrar e a sua retificação visando suprimir a exigência combatida em relação à taxa de administração imposta pela contratada às prestadoras de serviços – credenciadas.

Por outro lado, os senhores **Luiz Carlos Dadalto Filho, Gilberto Carlos Coelho e Bruno Teófilo Araújo**, conjuntamente, argumentam que a representante participou do certame e de forma expressa aceitou a todos os termos do edital e anexos, conforme declaração constante de sua proposta comercial datada de 13/04/2021. Por esse motivo, sustentam os responsáveis, em preliminar, a perda do objeto impugnado pela representante.

Salientam que a questão posta na representação foi objeto de impugnação ao edital na licitação, sendo recebido pelo pregoeiro e encaminhado à Secretaria de Transportes do município que após analisar, manifestou-se pela sua improcedência, mantendo-se a exigência do edital.

Registram, por fim, que a empresa representante, apesar de considerar o edital 'eivado de vícios' participou do certame, sagrando-se a vencedora do Pregão Eletrônico 05/2021.

4 – ANÁLISE PROCESSUAL

Compulsando os autos, verifica-se que os notificados pleitearam, preliminarmente, a extinção do feito alegando a perda do objeto da presente representação, pelo fato da representante e participante do certame ter declarado, expressamente, na sua proposta comercial a aceitação a todos os termos do Edital de Pregão Eletrônico nº 05/2021 e anexos.

De início, cumpre ressaltar que o fato da licitante ter apresentado declaração de aceitação às condições e termos estabelecidos no edital e anexos, não exclui o seu legítimo direito como interessado à licitação de impugnar qualquer das cláusulas ou

disposições do edital, tal como diz a própria Lei 8666/93 em seu artigo 41, §1º, "*qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta lei, devendo protocolar o pedido até 5 dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação*".

Na visão do Tribunal de Contas da União - TCU, a referida declaração sequer deveria ser exigida, a fim de não induzir os pretensos licitantes a entenderem que, uma vez declarada, não teriam direito a posterior impugnação ao edital. Senão vejamos:

Acórdão TCU 1770/2003-P:

... não há previsão legal para que se exija declaração expressa de aceitação plena e total das condições estabelecidas [no Edital]

*... É que, ao exigir, para fins de habilitação, declaração expressa de concordância plena e total com as condições estabelecidas pelo edital, a **Administração Pública pode levar os pretensos licitantes a entenderem que uma vez expedida tal declaração não teriam direito a, posteriormente, impugnar nenhuma das suas cláusulas.*** (grifei)

(...)

...a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido de considerar indevida a exigência, para fins de habilitação técnica, de declaração expressa de concordância ou submissão tácita aos termos do edital licitatório (Decisão n.º 689/1997-Plenário).

(...)

9.2.1 - exija, para fins de habilitação técnica, somente a apresentação dos documentos listados no art. 30 da Lei 8.666/93, abstendo-se de incluir cláusulas estranhas ao referido regramento, tal como a que prevê a apresentação de declaração expressa dos licitantes no sentido de conferir aceitação plena e total às condições estabelecidas no edital regulador do certame, por falta de amparo legal;

O Superior Tribunal de Justiça mantém o mesmo entendimento no sentido de que a legitimidade ativa para impugnar edital licitatório é conferida a qualquer cidadão ou pessoa jurídica, uma vez que a legislação adotou esse critério "mais alargado de legitimidade ativa" para contestar a validade do instrumento convocatório pois, "*em se tratando de processo licitatório, estão em jogo não só os interesses jurídicos e econômicos imediatamente aferíveis, mas, sobretudo, a observância do princípio da legalidade e do interesse público envolvido*". (AgRg no MS 5.963/DF, Primeira Seção, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado, DJ 3/9/2001).

Portanto, não assiste razão aos defendentes ao argumentar a perda do objeto impugnado pelo fato da representante ter declarado, quando de sua participação no

certame, a aceitação aos termos e condições do edital de Pregão Eletrônico 05/2021, uma vez que tal declaração não tem o condão de afastar o legítimo direito à impugnação ao edital, pois, havendo justos motivos, qualquer cidadão ou pessoa jurídica, como dito pela lei e reafirmado pela jurisprudência, poderá impugnar os termos constantes em edital. (g.n.)

Com relação às questões trazidas pela representante, cumpre salientar:

O objeto da licitação estabelecido no Edital de Pregão Eletrônico 05/2021 é o Registro de Preços para futura e eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviços de gerenciamento e administração de despesas de manutenção (preventiva, corretiva e preditiva) dos veículos e máquinas/equipamentos desta prefeitura através de cartão magnético, sob o regime de menor percentual de taxa de administração.

Especificamente, a representante insurge-se contra dispositivo constante do Termo de Referência – Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico 05/2021, que estabeleceu um percentual máximo a ser cobrada pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados, e segundo a representante essa relação jurídica seria entre particulares, o que poderia caracterizar uma interferência da administração pública em negócios privados.

Transcreve-se a seguir o que dispõe o edital:

ANEXO I -TERMO DE REFERÊNCIA

DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO IMPOSTA PELA CONTRATADA ÀS CREDENCIADAS:

Eventual "taxa de administração", "taxa de repasse", "taxa de uso do cartão", "taxa de comissão" imposta pela Contratada às Credenciadas, qualquer que seja a sua natureza ou o nome que se lhe atribua, não pode superar a alíquota de 5% (cinco por cento) sobre o valor do faturamento dos serviços prestados e produtos fornecidos, de maneira que o valor nominal a ser repassado pela Contratada à Credenciada não seja, em hipótese alguma, inferior a 95% (noventa e cinco por cento) do valor pago pela Contratante à Contratada; (grifei)

DA TAXA ADMINISTRATIVA IMPOSTA PELA CONTRATADA À CREDENCIADA:

Distintamente da taxa de administração prevista no Item deste termo de referência, cuja finalidade é, em tese, remunerar a

Contratada pela prestação do serviço de gestão compartilhada de frota, a praxe comercial é a Contratada impor às Credenciadas uma segunda "taxa de administração", por vezes chamada de "taxa de repasse", "taxa de uso do cartão", "taxa de comissão", dentre outras denominações usuais no mercado. Essa taxa de administração secundária, assim chamemo-la, merece especial atenção por parte da Administração, uma vez que inúmeros licitantes do ramo comercial de prestação de serviço de gestão de frota, para vencer os pregões a qualquer custo, vêm ofertando lances com taxa de administração primária próxima ou igual de zero ou mesmo negativas. Isso significa que o mecanismo real de remuneração pela prestação do serviço de gestão de frota migrou, na prática, da taxa de administração primária (cobrada da Administração) para a taxa de administração secundária (cobrada das credenciadas).

Ademais, é de conhecimento de integrantes deste órgão que diversas empresas abrem mão de credenciar-se devido às taxas administrativas secundárias exorbitantes impostas por algumas Contratadas às Credenciadas, da ordem de absurdos 20% (vinte por cento) sobre o valor faturado.

Há base constitucional e legal para amparar o município à minimamente regular, no âmbito da compra pública, a taxa administrativa secundária, dentre outras, pelas seguintes razões: Uma taxa administrativa secundária exorbitante vulnera, a um só tempo, o princípio constitucional da isonomia e o princípio legal da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, pilares elementar e da licitação;

Ademais, uma taxa administrativa secundária exorbitante esvazia o princípio da eficiência, vez que uma plêiade de oficinas de reconhecida eficiência e qualidade do serviço recusam-se a credenciar-se, face às taxas abusivas praticadas pela Contratada;

A taxa administrativa secundária, em razão de sua natureza de custo administrativo, ao fim e ao cabo, é repassada à Administração embutida no preço cobrado pela Credenciada quando da efetiva prestação do serviço ou do fornecimento do produto. Logo, tanto a taxa administrativa primária (que é paga diretamente pela Administração à Contratada pela prestação do serviço de gestão de frota), quanto a secundária (que é paga indiretamente pela Administração à Contratada, já que a Contratada retém parcelado valor pago pela Administração pela prestação do serviço da "quarteirizada"), na hodierna modelagem

das compras públicas de serviço de gestão de frota, servem, direta ou indiretamente, para remunerar a Contratada. E onde impera a mesma razão deve imperar o mesmo direito: se pode a Administração estabelecer a alíquota máxima da taxa de administração primária, igualmente pode a Administração estabelecer a alíquota máxima da taxa de administração secundária, porquanto ambas -- de forma imediata ou mediata -- são oriundas do orçamento público e se prestam a remunerar a Contratada;

Conforme extrai-se do edital, a Administração fixa o percentual máximo de 5% (cinco por cento) sobre o valor do faturamento dos serviços prestados e produtos fornecidos, a ser cobrado pela licitante vencedora do certame, da rede credenciada.

A Lei 8666/93, em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, prevê que as licitações devem ser feitas sem exigências impertinentes ou irrelevantes, em relação ao objeto contratado, *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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010);” (grifei)

No caso concreto, a aplicação do artigo em referência, permite chegar-se a conclusão que a exigência do edital, ora impugnada, que estipula um percentual máximo a ser cobrada pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados, interfere na relação jurídica entre a empresa gerenciadora (contratada) e os executores dos serviços (rede credenciada) sendo esta regida por normas de direito privado.

Nesse modelo de contratação, desenvolvem-se duas ordens de relações jurídicas: a que se estabelece entre a Administração e a empresa gerenciadora e a que se estabelecerá entre esta e as empresas executoras.

Sob o ponto de vista do Direito Administrativo, a relação jurídico-contratual entre a Administração e a empresa gerenciadora estabelece-se por meio do processo licitatório, que se consolida pelo contrato administrativo, regido pelo regime jurídico desse contrato, que, por sua vez, confere à administração as prerrogativas, poderes e deveres enunciados no art. 58 da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, a relação jurídica entre a empresa gerenciadora e os contratados para a execução de serviços e fornecimentos de bens (rede credenciada) rege-se pelas normas de direito privado, mormente aquelas referentes aos contratos em geral, no Código Civil. É, portanto, uma relação jurídica privada, autônoma e independente da relação jurídica-contratual ajustada entre a Administração e a empresa gerenciadora.

Essa relação jurídica-contratual entre a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada), está, portanto, fora do âmbito jurídico-contratual da relação a ser posta entre a contratada (gerenciadora) e a administração pública (contratante), porquanto, aquela relação trata-se de contrato de prestação de serviços a ser regido pela lei civil.

Por isso, a exigência contida no edital de Pregão Eletrônico 05/2021 é conflitante com as disposições do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.

Cabe ressaltar, entretanto, que não está sendo discutida aqui a questão da responsabilidade solidária, que tanto a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada) têm com a administração pública, em

caso de reparação de danos, porquanto, esta poderia exigir a devida reparação de qualquer uma, tanto da gerenciadora, como da executora dos serviços, por ser a administração pública a destinatária final dos serviços que vierem a ser prestados, em decorrência da contratação pública a ser feita.

Sobre a questão aqui debatida, o Tribunal de Contas de São Paulo (TCE-SP) firmou posicionamento nos mesmos termos do entendimento até aqui exposto, conforme se extrai do Voto do Conselheiro Robson Marinho TC SP - 040780/026/10 TC-001620/004/10:

“No entanto, analisando de forma mais acentuada, já que a dilação probatória e a suspensão do certame me permitiram esta reflexão no presente caso – **entendo que tanto o repasse de 2% como também a limitação da taxa de administração, ainda que direcionadas à vencedora, merecem reparos, pelos seguintes motivos: a primeira, porque carece de amparo legal, e a segunda por ser questão atinente à relação entre a contratada e os credenciados, não me parecendo apropriado a interferência do órgão licitante neste vínculo, impondo limites naquela fixação.**

A propósito, relembro excerto do r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa sobre o tema, acolhido pelo Plenário na sessão do dia 24/6/2009, nos autos do TC-858/006/09, como segue:

‘[...] De igual maneira, procede a reclamação contra estipulação de **limite máximo da taxa de administração cobrada de terceiros**, regra veiculada pelo item 8.1.b do instrumento, segundo a qual a proposta comercial deverá prever ‘(...) taxa de administração a ser cobrada de terceiros (fornecedores dos produtos alimentícios), que não poderá ser superior a 3,5% (três vírgula e meio por cento) (...)’.

Sem embargo da elogiável preocupação de se garantir as melhores condições de compra para os futuros beneficiários desta contratação – na medida em que se alega ser tal requisito responsável pelo credenciamento de fornecedores de grande porte – **entendo que essa disposição realmente extrapola os limites da atividade**

de produção de regras da licitação, por interferir em relações jurídicas do direito privado, travadas entre a licitante vencedora e terceiros, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federal.

Diante do exposto, circunscrito às impugnações suscitadas durante a instrução processual, voto pela procedência parcial das representações formuladas por Trivale Administração Ltda. e VS Card Administradora de Cartões Ltda. contra o pregão presencial nº 172/10, devendo a Prefeitura Municipal de Cubatão corrigir o edital, suprimindo a exigência do repasse de 2% do valor remunerado ao seu Fundo de Assistência Social, **bem como deixar de estabelecer quaisquer limites à taxa de administração**, nos termos consignados neste voto. (grifei).

Caracterizado o *fumus boni iuris*, entende-se, também, que está presente o requisito do *periculum in mora*, tendo em vista que a licitação ainda está em andamento, conforme consulta em 04/05/2021 ao sítio institucional da Prefeitura Municipal de Pedro Canário¹.

Dentre as medidas cautelares descritas na Lei Orgânica desta Corte de Contas, Lei Complementar Estadual nº 621/12, artigo 125, encontra-se o inciso II que traz como possível: “a *sustação da execução de ato ou de procedimento administrativo, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada*”.

Nesses termos, opina-se pela **concessão da medida cautelar** para que seja susgado o certame na fase em que se encontrar ou, caso tenha sido finalizado, a execução da contratação.

5 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

5.1 **Deferir a medida cautelar** pleiteada pela representante, visto que restaram demonstrados os requisitos gerais autorizadores para sua concessão;

5.2 Determinar que a Prefeitura Municipal de Pedro Canário adote providências no sentido de decretar a **suspensão do procedimento**

1

<http://www.pedrocanario.es.gov.br/licitacao/index/12?ano=2021&fkmodalidade=123&fksituacao=&se arch=&vencedor=>

licitatório – Pregão Eletrônico 05/2021 - na fase em que se encontrar ou, caso tenha sido finalizado, a execução da sua contratação;

5.3 Notificar os responsáveis para, com fundamento no artigo 307, § 4º, do RITCEES, cumprirem a decisão no prazo assinalado, publicarem extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão proferida e comunicarem as providências adotadas ao Tribunal;

5.4 Cientificar a Representante do teor da decisão a ser proferida, nos termos do artigo 307, § 7º do RITCEES.

Vitória, 07 de maio de 2021.

[...]"

Diante da argumentação desenvolvida pelo Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - NOF, no caso sob exame, entendo estar presente a plausibilidade do direito alegado frente a existência do *periculum in mora*, tendo em vista que a licitação ainda está em andamento, e do *fumus boni iuris*, requisitos estes autorizadores da concessão de provimento cautelar, no que se refere à exigência editalícia de percentual máximo a ser cobrado pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados (**taxa de administração imposta pela contratada às credenciadas**), por interferir *na relação jurídica entre a empresa gerenciadora (contratada) e os executores dos serviços (rede credenciada) sendo esta regida por normas de direito privado*, requisitos estes autorizadores da concessão de provimento cautelar.

Neste sentido, decido por *ordenar a suspensão de todo e qualquer ato decorrente do Pregão Eletrônico nº 05/2021 da Prefeitura Municipal de Pedro Canário, na fase em que se encontra, devendo a Administração se abster de praticar quaisquer atos relativos à continuidade do certame*, nos termos dos artigos 376, 377, I e II do RITCEES, *até ulterior decisão desta Corte de Contas*.

Diante do permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria, presentes os requisitos para concessão da medida cautelar, **VOTO** por **RATIFICAR** a **Decisão Monocrática 00348/2021-3**, observando a necessidade de serem consideradas as consequências práticas, conforme abaixo:

3.1 ACOLHER a proposta do NOF – Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, para a **CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, eis que

presentes seus requisitos autorizadores, previstos no art. 1º, XV e art. 124, parágrafo único da Lei Complementar nº 621/2012, **para que a autoridade competente** suspenda todo e qualquer ato decorrente do **Pregão Eletrônico Nº 05/2021**, na fase em que se encontrar, devendo a Administração se abster de praticar quaisquer atos relativos à continuidade do certame, até ulterior decisão desta Corte de Contas.

3.2 NOTIFICAR os Srs. **Luiz Carlos Dadalto Filho** – Pregoeiro, **Gilberto Carlos Coelho** - Secretário Municipal de Transportes e **Bruno Teófilo Araújo** - Prefeito Municipal, para que se pronunciem no prazo de **10 (dez) dias**, nos termos do §3º do art. 307 do RITCEES;

3.3 NOTIFICAR os Srs. **Luiz Carlos Dadalto Filho** – Pregoeiro, **Gilberto Carlos Coelho** - Secretário Municipal de Transportes e **Bruno Teófilo Araújo** - Prefeito Municipal, para que no prazo de **10 (dez) dias**, nos termos do § 4º do art. 307 do Regimento Interno, cumpra a decisão e comunique as providências adotadas a este Tribunal, sob pena de aplicação de multa pecuniária à responsável, nos termos do art. 135, IV da Lei Complementar 621/2012;

3.4 Nos termos do art. 309 do Regimento Interno, após manifestação do denunciado ou transcorrido o prazo acima, sejam os autos encaminhados à área técnica para elaboração de instrução, no prazo de 15 (quinze) dias;

3.5 Seja encaminhada ao agente responsável cópia da **Manifestação Técnica de Cautelar 00038/2021-1** por meio digital.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

1. DECISÃO TC-1702/2021-4

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator:

1.1. RATIFICAR a Decisão Monocrática 00348/2021-3.

1.2. ENCAMINHAR os autos à **Secretaria-Geral das Sessões** para os impulsos necessários;

1.3. DAR ciência ao Representante acerca desta Decisão, conforme previsto no art. 307, §7º da Resolução TC nº 261/2013;

1.4. ENCAMINHAR os autos para a Área Técnica.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 11/06/2021 - 26ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator) e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Heron Carlos Gomes de Oliveira.

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente