Acórdão 01502/2022-7 - 2ª Câmara

Processo: 02511/2022-3
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação
UG: PMCI - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim
Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha
Representante: PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA
Responsável: ERICK MOREIRA DE AGUIAR, LORENA VASQUES SILVEIRA, AMANDA CIPRIANO LEAL, LUIZ CARLOS ZANON DA SILVA JUNIOR
Procuradores: ANA LAURA LOAYZA DA SILVA (OAB: 448752-SP), RICARDO JORDAO SANTOS (OAB: 454451-SP), RAYZA FIGUEIREDO MONTEIRO (OAB: 442216-SP), MATEUS CAFUNDO ALMEIDA (OAB: 395031-SP), TIAGO DOS REIS MAGOGA (OAB: 283834-SP), RENATO LOPES (OAB: 406595-SP)

FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO – IMPROCEDENTE – REVOGAR CAUTELAR – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

É possível o estabelecimento de um valor máximo de taxa de credenciamento a ser cobrada da rede credenciada pela prestadora de serviço de gerenciamento (contratada do Poder Público) quando essa cobrança puder ser suportada, na prática, pela Administração Pública licitante.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada por PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do

Assinado por LUCIRLENE SANTOS RIBAS 18/01/2023 13:53
Assinado por SERGIO MANOEL NADER BORGES 10/01/2023 21:44
Assinado por LUCIANO VIEIRA 09/01/2023 16:31
Assinado por LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA 09/01/2023 13:47

Município de Cachoeiro de Itapemirim, em que alega irregularidade no **Edital de Pregão Eletrônico nº 019/2022**, cujo objeto é a *"Contratação de empresa especializada no gerenciamento da frota municipal de veículos, máquinas e equipamentos, de forma continuada, por meio de sistema informatizado, englobando administração, controle e compreendendo a manutenção preventiva e corretiva, inclusive todas as peças necessárias para a execução dos serviços, por meio de rede credenciada, a fim de atender as necessidades dos veículos, máquinas, tratores, ambulâncias, motocicletas, ônibus e equipamentos da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim/ES.*

Alega a representante, em síntese, que o edital traz exigência ilegal e restritiva à competitividade ao vedar a cobrança de taxa superior a 6,30% entre a Contratada e suas Credenciadas, o que interferiria na relação comercial entre particulares e na livre concorrência.

Alega ainda que a administração limitar a taxa de administração em 0% seria totalmente ilegal para o objeto da licitação, tendo em vista que ofertar taxas negativas feriria o caráter competitivo do certame e o princípio da seleção da proposta mais vantajosa.

Por fim, requer:

> *VIII. DO PEDIDO*
>
> *Diante do exposto, e considerando que o certame ocorrerá dia 27/04/2022, às 13:00horas, requer se digne Vossa Exa. que:*
>
> *1.Receba a matéria desta representação com suspensão liminar do procedimento licitatório EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 019/2022, bem como determine a notificação da Autoridade Administrativa para prestar as informações legais no prazo legal;*
>
> *2. Seja JULGADA PROCEDENTE A PRESENTE REPRESENTAÇÃO, determinando que a Representada promova as seguintes alterações no edital:*
>
> *i. Excluir as exigências ilegais de fixar taxa de cobrança entre a Contratada e suas Credenciadas (6,30%), pois interfere na relação comercial entre particulares e na livre concorrência;*
>
> *ii. Excluir a vedação de se ofertar taxa negativa, conforme a vasta jurisprudência do TCU, TCM/BA e demais Tribunais de Contas Estaduais;*
>
> *iii. Republicar os termos do edital reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.*

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

> *Destarte, requer a imediata suspensão do EDITAL DE PREGÃOELETRÔNICO Nº. 019/2022, e como direta obediência ao princípio da legalidade a retificação do edital convocatório coma devida adequação.*

Denota-se que através da Decisão Monocrática 396/2022 (evento 06) determinei a notificação do Senhor Erick Moreira De Aguiar (Pregoeiro) e da Senhora Lorena Vasques Silveira (Secretária Municipal de Administração) para que apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Pregão Eletrônico 19/2022 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito.

Através dos Termos de Notificação 968/2022 e 969/2022 os responsáveis foram devidamente notificados, e em resposta às notificações, foi encaminhada a Resposta de Comunicação 543/2022 (evento 10). Em síntese, informaram que a taxa fixa com a rede credenciada torna a execução do serviço mais transparente e benéfica para a prestação de contas, afirmando que o poder público seria o responsável pela absorção da referida taxa no valor final dos serviços contratados.

Informaram ainda que o edital não veda a proposta inferior a 0,00% (zero por cento), quer seja a taxa direta entre a Administração e a Contratada, quer seja entre a Contratada e o Credenciado, sendo que o critério de julgamento limita-se a esta segunda taxa (credenciante x credenciada).

Por meio da Decisão Monocrática 00462/2022-4 (evento 12) conheci da representação e encaminhei os autos à área técnica para instrução, de modo que foi produzida a Manifestação Técnica Cautelar 00077/2022-1 (evento 14) pelo Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, tal Núcleo fundamentou a concessão da medida cautelar.

Por meio da Decisão Monocrática 00552/2022 (ratificada pela Decisão TC-1903/2022 - 2ª Câmara) foi decidido por:

> **1. Deferir** a medida cautelar, nos termos do art. 307, §2º do RITCEES, visto que restaram demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, conforme fundamentação acima, para sustar o certame na fase em que se encontrar ou, caso tenha sido finalizado, sustar a execução da contratação.
>
> **2. Notificar** o senhor Erick Moreira De Aguiar (Pregoeiro) e a senhora Lorena Vasques Silveira (Secretária Municipal de Administração), nos termos do art. 307, § 4º, do Regimento Interno, para imediato cumprimento da decisão, publicação de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicação a esta Corte, no prazo de 10 dias, das providências adotadas, devendo se pronunciar, nos termos do art. 307, § 3º do Regimento Interno, no mesmo prazo de 10 dias.

3. Determinar aos responsáveis mencionados no item acima que juntem aos autos cópia integral do processo administrativo, onde se materializou o Edital de Pregão Eletrônico nº 019/2022, no prazo de 10 dias.

4. Cientificar a representante da decisão a ser proferida, conforme mandamento do §7º, do art. 307, do RITCEES.

Realizadas as notificações da Decisão acima, houve apresentação conjunta de justificativas pelos responsáveis (Resposta de Comunicação 00845/2022). Após, os autos foram encaminhados para área técnica, que elaborou a Instrução Técnica Inicial 00176/2022.

Devidamente citados da Instrução Técnica Inicial, os responsáveis apresentaram defesas (peças 52, 53, 57 e 61). Assim, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF), que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva 3837/2022, com a seguinte proposta de encaminhamento:

3 – CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Por todo o exposto e com base no inciso I, do artigo 95, da Lei Complementar Estadual 621/2012 e artigo 99, §2º[1], da Lei Complementar Estadual 621/2012 , sugere-se que seja reconhecida a **IMPROCEDENCIA** da representação, tendo em vista não ocorrência da irregularidade prevista no item 3.1 desta ITC.

3.2. Posto isso e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, **opinando** por:

3.2.1- Não acolher a preliminar de mérito suscitada pelo senhor Luiz Carlos Zanon da Silva Junior.

3.2.2. Acolher as razões de justificativa excluindo a responsabilidade dos senhores(as) Lorena Vasques Silveira– Secretária Municipal de Administração de Cachoeiro de Itapemirim/ES; Amanda Cipriano Leal –Coordenadora Executiva de Gestão de Transportes de Cachoeiro de Itapemirim/ES e Erick Moreira de Aguiar - Pregoeiro e Luiz Carlos Zanon da Silva Junior – Procurador Municipal de Cachoeiro de Itapemirim/ES pelo ato representado;

3.2.3. Por consequência da adoção das sugestões supra, propõe-se a revogação da medida cautelar que suspendeu o procedimento licitatório, Pregão Eletrônico 019/2022 da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, prolatada por meio da Decisão Monocrática 00552/2022 (evento eletrônico 16), ratificada pela Decisão 01903/2022 (evento eletrônico 31).

[1]Art. 99. omissis
§2º. Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

3.2.4. Seja declarado extinto o processo com julgamento do mérito com base no art. 142, § 3º da Lei Complementar nº 621/2012.

3.2.5. Por fim, sugere-se que seja dada CIÊNCIA ao signatário da representação do teor da decisão final a ser proferida.

O Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 5212/2022, exarado pelo Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu os argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica Conclusiva 3837/2022.

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. DA PRELIMINAR:

O procurador municipal, Sr. Luiz Carlos Zanon da Silva, alega, de forma preliminar, a incompetência de Tribunal de Contas para apreciar conduta de procuradores jurídicos e que estes não poderiam responder pela produção de pareceres jurídicos.

Pois bem. É pacífica nesta Corte de Contas a possibilidade de responsabilização de parecerista jurídico, mas isso deve ser analisado em cada caso concreto, haja vista a necessidade de estar presente erro grosseiro ou dolo.

Vejamos a análise da Instrução Técnica Conclusiva 3837/2022 em relação a tal preliminar, exame esse que acompanhamos:

> **ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA PRELIMINAR SUSCITADA**
>
> Preliminarmente, no que se refere à alegação de que o Tribunal de Contas Capixaba não possui competência para apreciar as condutas dos procuradores jurídicos e que os mesmos não poderiam ser responsabilizados pela emissão de parecer jurídico, ***entende-se que a mesma não merece prosperar***.
>
> Senão vejamos:

O art. 5º, parágrafo único da LC 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo) não alberga a irresponsabilidade do Parecerista Jurídico como quer argumentar o defendente, ele apenas explicita que não será objeto de análise o parecer jurídico como ato administrativo isolado, vejamos:

> Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:
>
> XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012)
>
> Parágrafo único. Excetuam-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012)

Este artigo não isenta o advogado público que venha a se enquadrar em uma das hipóteses definidas pelo Supremo Tribunal Federal, como passíveis de responsabilidade perante irregularidades perpetradas em face da Administração Pública.

O que não cabe ao Tribunal de Contas é avaliar e propor irregularidades pela mera emissão de pareceres jurídicos deficientes, porém se tal parecer contribuir para a prática de um ilícito então cabível a responsabilização do Parecerista. Abaixo trazemos como o tema tem evoluído na jurisprudência pátria, para, ao fim, avaliarmos se os atos praticados pelo defendente podem ou não ser responsabilizados por este Tribunal de Contas.

Quanto à responsabilidade solidária em razão da emissão de parecer deve-se atentar, inicialmente, que o tema ganhou relevância em razão do TCU ter passado a atribuir responsabilidade aos advogados públicos pela emissão de pareceres que serviram de suporte para a prática de atos, pela autoridade administrativa, maculados de ilegalidade e/ou com prejuízo ao erário.

Ademais, não há que se falar em irresponsabilidade jurídica de qualquer agente que atue em possíveis irregularidades, tal premissa feriria de morte o Princípio Republicano e o Estado Democrático de Direito, princípios balizadores de nossa Constituição e de nossa Nação. Com efeito, a lei se aplica a todos que cometerem irregularidades, sem exceções, até mesmo a Presidentes da República, desde que, claro, garantido o devido processo legal.

A questão sobre a responsabilidade dos agentes públicos chegou ao Supremo Tribunal Federal – STF – por força de mandados de segurança impetrados por advogados públicos que, no exercício da atividade de consultoria jurídica, emitem pareceres no âmbito dos órgãos e entes da administração pública para fundamentar a prática de atos administrativos em sentido amplo.

Os julgados da Corte Suprema acerca da matéria têm servido de objeto de estudo em uma infinidade de artigos e teses doutrinárias. Entretanto, a maioria destes estudos e teses é desenvolvida por advogados públicos que, por motivos evidentes, apresentam, muitas vezes, uma visão tendenciosa sobre o tema, pouco contribuindo para o seu aclaramento.

Nesse contexto, com a finalidade de trazer esclarecimentos acerca da posição do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade do emitente de manifestação técnico-jurídica proferida no âmbito de procedimentos administrativos, bem como, de analisar as teses de defesa apresentadas pelo defendente, procedemos ao

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

exame dos julgados do STF alusivos aos seguintes mandados de segurança: MS 24.073-DF; MS 24.584; MS 24.631-DF e 27.867-DF.

Vale dizer que os mandados de segurança ora elencados segundo a ordem cronológica de julgamento (MS 24.073-DF; MS 24.584; MS 24.631-DF e 27.867-DF) foram impetrados por advogados empregados públicos ou ocupantes de cargos públicos que, no exercício da consultoria ou assessoria jurídica de entes ou órgãos da Administração Pública, emitiram pareceres cujos fundamentos serviram de base para a prática de algum ato da autoridade superior, ato este considerado irregular pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

A seguir, tecemos uma síntese de cada um destes processos:

Do MS 24.073-DF

O **MS 24.073-DF**[2] teve julgamento em 06/11/2002, com publicação do respectivo Acórdão em 31/10/2003. Refere-se a mandado de segurança impetrado por procuradores da Petrobrás contra ato do Tribunal de Contas da União que determinou a inclusão dos impetrantes como responsáveis solidários pelas irregularidades apuradas por aquela Corte de Contas. No caso, os impetrantes haviam elaborado parecer favorável à contratação direta, pela Petrobrás, de empresa de consultoria internacional, fato reputado por irregular pelo TCU.

O Acórdão informa que a co-responsabilidade pretendida pelo TCU não decorreu da interpretação dada a dispositivo da Lei nº 8.666/93 pelos advogados pareceristas, mas sim, por não terem averiguado *"[...] com o devido rigor nas situações concretas, inclusive com base na doutrina e na jurisprudência pertinentes, a observância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações e Contratos [...]"*.

Foi Relator do MS 24.073-DF o então Ministro Carlos Velloso que reconheceu em seu Voto que o parecer *"[...] emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo [...]"*, mas sim, opinião técnico-jurídica *"[...] que orientará o administrador na tomada de decisão, na prática do ato administrativo [...]"*. Reconheceu-se, também, que autor de parecer que emite opinião não vinculante *"[...] não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inepto"*.

Também consignou o Relator do MS 24.073-DF que para a responsabilização do advogado parecerista *"[...] é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável"*.

Por fim, foi concedida a segurança pretendida para excluir os impetrantes do rol de responsáveis no processo em trâmite no Tribunal de Contas da União. A ementa do MS 24.073-DF foi publicada com o seguinte teor:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.
>
> I. – **Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador** que decidiu pela contratação direta: **impossibilidade, dado**

[2] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081> Acesso em 27 set. 2013.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

> **que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva**, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.
>
> II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.
>
> III. – Mandado de Segurança deferido (grifou-se).

Em síntese, balizando-se na doutrina tradicional, bem como, nos artigos 159[3] do Código Civil de 1916 e 32[4] da Lei nº 8.906/94 **considerou o STF, no julgamento do MS 24.073-DF, proferido em 2002, que os pareceres exarados em processos administrativos teriam caráter opinativo e que a responsabilidade do parecerista apenas adviria quando agisse com erro grosseiro ou de maneira dolosa ou culposa**.

Note-se que no julgamento do MS 24.073-DF não se cuidou de estabelecer-se uma classificação tipológica dos pareceres, que só viria no Voto do Ministro Joaquim Barbosa quando do julgamento do MS 24.584-DF e 24.631-DF, onde se procedeu à classificação dos pareceres em três tipos, quais sejam: opinativos, obrigatórios e vinculantes, como se verá no a seguir expendido.

Do MS 24.584-DF

O MS 24.584-DF[5] foi julgado no Plenário da Corte Suprema em 09/08/2007, com publicação em 20/06/2008. Trata-se de mandado de segurança manejado por procuradores federais em razão de terem sido incluídos no rol de responsáveis por supostas irregularidades apontadas em procedimento de fiscalização do Tribunal de Contas da União. No caso, o TCU havia entendido que os pareceres elaborados pelos impetrantes corroboraram a prática de irregularidades em convênios entabulados entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração (CETEAD).

Foi Relator o Ministro Marco Aurélio que pontua em seu Voto que a hipótese então em julgamento é diversa daquela contida no MS 24.073-DF, eis que os impetrantes teriam aprovado ou ratificado, através de seus pareceres, termo de convênio e aditivos, de sorte que não se poderia aplicar o precedente. Vale lembrar que o caso tratado no MS 24.073-DF referiu-se a parecer sobre possibilidade de contratação direta pela Petrobrás de uma dada empresa de consultoria.

Ainda em seu Voto, sublinhou o Ministro Marco Aurélio que os atos praticados pelos impetrantes nos processos administrativos alvo da fiscalização do TCU não se tratavam de *"[...] simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia (INSS), de convênio e aditivos, bem como de ratificações"*.

Com efeito, votou o eminente Ministro Relator pelo indeferimento da segurança pretendida uma vez que

---

[3] Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.
[4] Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.
[5] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534997> Acesso em 27 set. 2013.

> [...] **a hipótese sugere a responsabilidade solidária**, considerando não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. **A partir do momento em que ocorre**, pelos integrantes deste, **não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada**, **constata-se**, nos limites técnicos, **a assunção de responsabilidade** (grifou-se).

Na sequência do julgamento, foi proferido Voto-Vista pelo Ministro Joaquim Barbosa. Na oportunidade o ilustre magistrado da Corte Suprema apôs em seu Voto importantes lições que vem sendo adotadas pela doutrina e jurisprudência pátrias no dimensionamento da responsabilidade pela emissão de pareceres técnico-jurídicos nos órgãos e entes públicos.

Desse modo, perfaz-se oportuno trazer à baila tais ensinamentos, consubstanciados no MS 24.584-DF, vejamos:

> [...]
>
> **A doutrina nacional reconhece, genericamente, a natureza meramente opinativa dos pareceres lançados nos processos administrativos** (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 28a edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189). Esse entendimento encontra respaldo em entendimento recente deste Tribunal no julgamento do MS 24.073, da relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso.
>
> Assim, via de regra, **se a lei** (i) **não exige expressamente parecer favorável** como requisito de determinado ato administrativo, **ou** (ii) **exige apenas o exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica**, **o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado**, **e dele não faz parte**. **Nesses casos, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, incorpora, sim, ao seu ato administrativo, os fundamentos técnicos; mas isso não quer dizer que**, com a incorporação dos seus fundamentos ao ato administrativo, **o parecer perca sua autonomia de ato meramente opinativo que nem ato administrativo propriamente dito é**, como bem define Hely Lopes MEIRELLES: "o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva" [...] (grifamos).

Após ponderar que o entendimento acima exposto *"[...] não se reveste de natureza absoluta a ser aplicada indistintamente a todas as hipótese e situações"*, prossegue o Ministro citando o administrativista francês Réné Chapus, acerca do exame sobre a sobre a natureza jurídica do parecer na esfera administrativa e suas implicações:

> O professor Chapus centra sua análise mais precisamente na obrigação que a lei impõe ou não ao administrador de proceder à consulta antes de praticar o ato administrativo.
>
> **O professor Chapus analisa**, assim, **três situações absolutamente distintas**:
>
> **A primeira situação** é aquela em que a **consulta é facultativa**. **Nesse caso, a autoridade não se vincula ao parecer proferido**, sendo que **seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo**;

> **A segunda hipótese** diz respeito àqueles casos em que a **consulta é obrigatória**, e a **autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário**. Caso pretenda praticar o ato com conteúdo e forma diversos do que foi submetido à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer. Isto porque, se submeter à consultoria a minuta ou esboço de um ato com um determinado conteúdo e, ao tomar a decisão, publicar ato de conteúdo diverso, estará burlando a obrigatoriedade do parecer prévio, que nada mais é do que um mecanismo adicional de controle da administração.
>
> **Por fim**, **quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante ou conforme** (*décider sur avis conforme*), **o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir**.
>
> A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nesta matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico tem sempre caráter opinativo. **O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório**. Nessa via é que esse mesmo autor aponta como maculado, por vício de competência, o ato administrativo expedido sem observância do "avis conforme" nos casos em que a lei o exige.
>
> Isto porque nesses **casos em que o parecer favorável de órgão consultivo é, por força da lei, pressuposto de perfeição do ato, há efetiva "partilha do poder de decisão" entre a autoridade executiva e o órgão consultivo** (grifou-se).

Prosseguindo em sua exposição passou o Ministro Joaquim Barbosa a tecer premissas quanto ao exercício da função consultiva no particular aspecto de responsabilização pelos emitentes de pareceres, fixando os seguintes paradigmas:

> Com essas considerações, no atual momento da jurisprudência do STF, eu acredito que seja possível formular as seguintes premissas para o exame de questões como a presente:
>
> **A) No silêncio da lei, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera, em princípio, responsabilidade do parecerista**. A contrário senso, e a bem da coerência do sistema, não cabe extrair dessa conclusão que o administrador também se isenta da responsabilidade, pois se a lei lhe reconhece autoridade para rejeitar entendimento da consultoria, também lhe imputa as eventuais irregularidades do ato. **Esse é o entendimento firmado no MS 24.073, ressaltando que se aplica a ressalva desse julgado quanto à possibilidade de verificação de "erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo"** (trecho da ementa do MS 24.073).
>
> B) **Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim o parecerista responde conjuntamente com o administrador, pois é também administrador nesse caso.**

Ao fim o Ministro Joaquim Barbosa proferiu Voto pelo indeferimento da segurança eis que considerou que a inclusão dos impetrantes como co-responsáveis em processo resultante de fiscalização perante o TCU se deu em razão de atos *"[...] por eles praticados que consistiram basicamente na aprovação de minutas de termos aditivos ao convênio fiscalizado pelo TCU"*.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

Importante destacar que o referido Ministro considerou que o disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 traz hipótese na qual o parecer assume caráter vinculante, originando a co-responsabilidade do parecerista. Eis o teor do dispositivo com a redação dada pela Lei nº 8.883/94:

> Art. 38.
>
> [...] omissis [...]
>
> Parágrafo único. **As minutas de editais de licitação**, bem como as dos **contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração** (grifou-se).

Frise-se, portanto, que o STF fixou, no julgamento do **MS 24.584-DF**, **por maioria de votos, o entendimento de que a manifestação jurídica sobre minutas de editais de licitação, de contratos, de acordos, de convênios e de ajustes, tem natureza vinculante, e não meramente opinativa, de sorte que o emitente do parecer terá responsabilidade solidária com a autoridade que vier a praticar o ato, uma vez que o dispositivo deixa claro que deverá haver aprovação da assessoria jurídica, condicionando a prática do ato à aprovação do parecerista, havendo, assim, segundo o STF, compartilhamento de poder decisório.**

Também se deve frisar que **o entendimento exarado no MS 24.073-DF**, segundo o qual o parecer teria caráter meramente opinativo, apenas gerando responsabilidade para o seu emitente em caso de erro grave ou presença de culpa em sentido amplo, não foi suplantado ou substituído pelo entendimento consubstanciado no julgamento do MS 24.584-DF. Pelo contrário, eis que o Voto do Ministro Joaquim Barbosa se preocupa em esclarecer que os casos concretos julgados nos referidos mandados de segurança são diferentes, deixando patenteado que:

> Ao conceder a segurança no MS 24.073, o eminente Ministro Carlos Velloso o fez com base em dois fundamentos. O primeiro, decorrente das circunstâncias do caso específico, que tratava de hipótese de parecer manifestamente não vinculante (interpretação de dispositivos da lei de licitações relativo a hipóteses de dispensa e inexigibilidade do certame licitatório) veiculou o entendimento de que o parecerista, por emitir opinião à qual o administrador não está vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com má-fé.

Note-se, portanto, que o STF também assentou, no MS 24.584-DF, que o parecer referente ao reconhecimento de casos de dispensa e inexigibilidade, tem caráter opinativo, subsistindo responsabilidade apenas quando elaborado com erro grosseiro ou culpa em sentido amplo.

Ao final do julgamento, por maioria de votos, foi indeferida a segurança pretendida, sendo o acórdão relativo ao MS 24.584-DF assim ementado:

> **Ementa**
>
> **ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

Deve-se atentar que os entendimentos exarados nos acórdãos do MS 24.073 e MS 24.584 não são excludentes, mas sim, se complementam e se harmonizam no sentido de que haverá casos, como o disciplinado no parágrafo único do art. 38 da LLC, nos quais o parecer será vinculante, gerando a responsabilidade solidária do seu emitente eis que compartilha o poder decisório com a autoridade que, ao final, praticará o ato, por outro lado, quando a lei não estabelecer que para a prática do ato deverá haver prévia aprovação da assessoria jurídica, o parecer emitido terá caráter opinativo, e o seu emitente somente será responsabilizado em caso de erro grave ou existindo autuação culposa ou dolosa.

Vale asseverar que o E. Tribunal de Contas da União, tendo em vista o que ficou assentado no julgamento dos MS 24.073 e MS 24.584, tem considerado que os pareceres emitidos quanto ao reconhecimento de hipóteses de dispensa e inexigibilidade não têm caráter vinculante, mas sim, opinativo, bem como, que os pareceres que consubstanciam aprovação de minutas de edital de licitação, de contratos, de acordos, de convênios e de ajustes, são vinculantes, decorrendo, de sua emissão, responsabilidade solidária de seu prolator em conjunto com a autoridade que praticou o ato. Nesse sentido foi redigido o Acórdão nº 2.121/2010, cujo excerto transcreve-se abaixo

> 12. **Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal em sede do MS 24.584-1/DF, a teor do disposto no art. 38 da Lei nº 8.666/93, a atuação do gestor fica condicionada ao exame e à aprovação prévios da assessoria jurídica no que tange às minutas dos editais de licitação e dos contratos, acordos, convênios ou ajustes** (parágrafo único do dispositivo citado), **o que torna possível a responsabilidade dos pareceristas jurídicos nessas hipóteses,** quando a ação do administrador se vincula à sua manifestação, imprescindível para a validade do ato.
>
> 13. **A compulsoriedade legal, no entanto, não alcança os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação**. Em que pese esteja prevista, no art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, a juntada oportuna ao processo administrativo de pareceres técnicos ou jurídicos emitidos, a LLC não exige expressamente que se submeta a matéria à apreciação e à aprovação dos assessores jurídicos. **Assim, apesar de bastante recomendável que a decisão pela dispensa ou pela inexigibilidade esteja respaldada em parecer jurídico, em não havendo exigência legal para a consulta, a manifestação do parecerista jurídico não se reveste de caráter vinculante, mas opinativo** (Acórdão nº 2.121/2010, Plenário, rel. Min. Benjamim Zymler, grifou-se).

Do MS 24.631-DF

O **MS 24.631-DF**[6], cujo julgamento se deu também em 09/08/2007, com publicação do Acórdão em 01/02/2008, diz respeito a mandado de segurança impetrado por procurador autárquico do DNER contra ato do Tribunal de Contas da União que convocou o impetrante para apresentar justificativas acerca de parecer, de sua lavra, favorável à admissibilidade de transação judicial que culminou com o pagamento, pela autoridade superior, de acordos extrajudiciais sem homologação judicial.

No julgamento do MS 24.631-DF, o Plenário do STF, de forma unânime e nos termos do Voto do Relator (Ministro Joaquim Barbosa), reconheceu que o impetrante havia proferido parecer jurídico *"[...] fundamentando seu entendimento na Lei 9.469/97, para concluir assim ser favorável ao envio do processo ao Diretor-Geral da Autarquia para autorização da transação em juízo"*. Reconheceu-se, também, que na decisão do TCU, convocando o impetrante para apresentar

[6]Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595> Acesso em 25 set. 2013.

justificativas, *"[...] não há qualquer demonstração de culpa ou de seus indícios; o que houve foi uma presunção de responsabilidade"*.

Em verdade, o deferimento da segurança, como se percebe da leitura integral do acórdão – e isto fica claro nos debates que se seguiram ao Voto do Relator – deveu-se mais ao reconhecimento de que o impetrante havia elaborado parecer opinando pela possibilidade da realização de acordo judicial (e não extrajudicial), opinamento este que foi utilizado de maneira inadvertida e fugidia pelo seu superior hierárquico, que acabou realizando acordos extrajudiciais. Ou seja, reconheceu-se que não havia culpa do impetrante parecerista no que tange à irregularidade apontada pelo TCU.

De todo modo reconheceu-se que o aludido parecer tinha natureza meramente opinativa.

Perceba-se, ademais, que a matéria veiculada no MS 24.631 não se refere à temática das licitações e contratos da Administração Pública.

Ao final do julgamento foi deferida, por unanimidade de votos, a segurança pretendida pelo impetrante para que fosse excluído do rol de responsáveis do processo em trâmite no TCU. O Acórdão relativo ao MS 24.631-DF foi assim ementado:

> **EMENTA**: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.
>
> I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.
>
> II. **No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante**. **Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa**, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.
>
> III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.
>
> Mandado de segurança deferido (grifou-se).

Do MS 27.867-DF

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

O **MS 27.867,** por sua vez, teve seguimento negado em decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, publicada em 03/09/2012. Objetivava o impetrante anular Acórdão, proferido pelo TCU, no qual foi condenado, solidariamente com outros responsáveis, ao ressarcimento ao Erário, no valor de R$ 85.516.861,71, acrescido de multa individual de R$ 20.000,00. Acrescente-se que o impetrante havia atuado como chefe da Procuradoria Distrital do DNER, onde foi signatário de parecer em processo administrativo referente à proposta de acordo extrajudicial e por essa razão foi arrolado como co-responsável e posteriormente condenado em procedimento de Tomada de Contas Especial perante o TCU.

Entretanto, o MS 27.867, conforme sobredito, teve seguimento negado pelo Ministro Relator eis que considerou que o caso demandaria *"[...] profunda análise probatória [...]"*, sendo incompatível, portanto, com o procedimento do mandado de segurança, que não comporta dilação probatória exigindo, isto sim, a presença de direito líquido e certo demonstrado de plano através de prova documental pré-constituída encaminhada junto à petição inicial.

Ante a negativa de seguimento de seu mandado de segurança, interpôs o impetrante o recurso de Agravo Regimental[7], perante a 1ª Turma do STF, onde requereu a reconsideração da decisão monocrática, tendo a 1ª Turma improvido o recurso pelos mesmos fundamentos expostos na decisão monocrática.

De qualquer forma foi reafirmado no Acórdão de julgamento do Agravo Regimental no MS 27.867 que ***"[...] é possível a responsabilização de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa nas situações em que restar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro"***,

Sintetizando-se todo o expendido acerca dos mandados de segurança MS 24.073-DF; MS 24.584; MS 24.631-DF e 27.867-DF pode-se afirmar no que tange à responsabilidade do parecerista jurídico, que:

- através do MS 24.073-DF, julgado em 2002, o STF firmou o entendimento de que pareceres de natureza opinativa, em regra, não geram responsabilidade solidária do seu emitente com o administrador. Entretanto, mesmo em se tratando de parecer meramente opinativo, **haverá responsabilidade do parecerista nos casos em que elaborar seu parecer com erro grave (grosseiro) ou agir culposa ou dolosamente;**

- o MS 24.073-DF não desceu a minúcias quanto à classificação dos tipos de pareceres e tratou de um caso concreto no qual o parecer foi emitido para reconhecer uma situação que contemplava a possibilidade de contratação direta;

- o MS 24.584-DF, julgado em 2007, trouxe uma classificação tipológica dos pareceres, exposta no Voto Vista do Ministro Joaquim Barbosa, que passou a ser adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias desde então;

- no julgamento do MS 24.584-DF, reconheceu o STF, a existência de três tipos de consultas, quais sejam:

> 1) a facultativa, que se dá quando a autoridade administrativa, embora haja parecer proferido, não vincula a sua decisão aos termos da manifestação da consultoria jurídica, o seu poder decisório continua pleno e independe do opinamento exarado no parecer;
>
> 2) a obrigatória, na qual a autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário. Caso a autoridade queira praticar o ato com conteúdo e forma diferentes

[7]Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875188> Acesso em 01 out. 2013.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

daquele que foi submetido à consultoria, deverá solicitar nova emissão de parecer. Assim, exemplificativamente, se a consultoria jurídica, após consultada sobre a possibilidade de contratação direta, opina, positivamente, pela pertinência da contratação enquadrando-a em hipótese de dispensa, não poderá a autoridade administrativa contratar através de inexigibilidade, salvo se submeter a pretensão a novo parecer da consultoria. De qualquer forma, deve ser ressaltado que embora a consulta prévia seja obrigatória, a autoridade mantém incólume o seu poder decisório, podendo praticar o ato submetido à consulta mesmo que haja parecer contrário à prática;

3) a vinculada a parecer, nesse caso a lei estabelece que o ato da autoridade administrativa deverá ser previamente aprovado pela consultoria jurídica. Trata-se da hipótese de parecer vinculante, onde o administrador *"[...] não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir"*.

- nos dois primeiros casos (consulta facultativa e consulta obrigatória) o STF considera que o parecer tem natureza opinativa, de sorte que, em regra, não haverá co-responsabilidade do parecerista, exceto comprovação de erro grave ou conduta culposa/dolosa;

- no caso de parecer vinculante o STF considera que a sua natureza não é meramente opinativa, mas sim, que *"[...] há efetiva partilha do poder decisória [...]"* entre o parecerista e a autoridade administrativa que pratica o ato, de sorte que haverá responsabilidade solidária entre o emitente do parecer e a autoridade administrativa que pratica o ato aprovado pelo parecerista, caso incorra-se em ilegalidade e/ou prejuízo ao erário. Note-se que na hipótese de parecer vinculante o STF não condicionou a responsabilidade do parecerista à presença de erro grave, culpa ou dolo, mas é evidente que deverá haver nexo de causalidade, ou seja, deverá ser demonstrado, no caso concreto, que a ilegalidade ou prejuízo resultaram do opinamento manifestado no parecer.

- no julgamento do MS 24.584-DF, o STF reconheceu, por maioria de votos, que a hipótese descrita no parágrafo único, do artigo 38, da Lei nº 8.666/93, trata-se de caso no qual o parecer emitido tem caráter vinculante. Dessa forma, **a aprovação, pela consultoria jurídica, das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, dos acordos, dos convênios ou dos ajustes, vincula-se à própria prática do ato pela autoridade administrativa gerando co-responsabilidade entre esta e o emitente do parecer**.

- afimou-se, ainda no julgamento do MS 24.584-DF, que o caso específico tratado no MS 24.073-DF era diverso, eis que relativo a parecer onde se interpretou dispositivos da Lei nº 8.666/93 referentes a hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Nesse passo, assentou o STF, que o parecer que consubstancia o reconhecimento de casos de dispensa e inexigibilidade tem caráter opinativo.

Diante desse breve arrazoado acerca da posição atual do STF sobre a responsabilidade do parecerista, **opinamos no sentido do não acolhimento da preliminar de mérito suscitada pelo senhor Luiz Carlos Zanon da Silva Junior.**

Assim, adotamos a fundamentação acima, de modo a rejeitar a preliminar suscitada pelo senhor Luiz Carlos Zanon da Silva Junior de não responsabilidade de parecerista jurídico perante esta Corte de Contas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

2.2. DO MÉRITO

A irregularidade considerada na Instrução Técnica Inicial 00176/2022 foi de: “limitação da taxa de credenciamento, interferindo na relação comercial entre particulares e na livre concorrência”.

O Edital de Pregão Eletrônico 019/2022 fixou que a contratada cobre a taxa máxima de 6,30% da rede de estabelecimentos credenciados, o que, pela argumentação da representante, poderia configurar uma interferência indevida da Administração Pública.

Porém, há situações em que a taxa de administração afeta de forma direta os preços praticados pela rede credenciada, haja vista que esta acrescenta a taxa de credenciamento no valor dos serviços realizados.

Isso envolve, então, uma vantajosidade econômica do modelo de gestão da frota que o ente municipal adotou, pois, na prática, o valor recai sobre o custo das peças utilizadas na manutenção e nos serviços realizados.

Mostra-se abaixo a fundamentação da Instrução Técnica Conclusiva 3837/2022, que cita posicionamento do Tribunal de Contas da União favorável à limitação imposta pelo representado:

> **Análise**
> Alega a representante que a limitação de “Taxa secundária de Administração” em 6.30% a ser cobrada pela empresa contratada da rede de estabelecimentos credenciadas (fl 58, evento 04) seria verdadeira ingerência do poder público na relação entre particulares, sendo, ao seu ver, impertinente ou irrelevante tal exigência, infringindo-se, portanto, o art. 3º, § 1º, inciso I da lei 8666/93.
> .
> Em outras palavras, a Representante alega que a relação jurídica-contratual entre a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada), está fora do âmbito jurídico-contratual da relação a ser posta entre a contratada (gerenciadora) e a administração pública (contratante), sendo contrato de prestação de serviços a ser regido pela lei civil que somente diz respeito a empresa gerenciadora e suas credenciadas.
>
> Ocorre que, diferentemente do que se coloca como uma relação entre particulares, a resultante desse contrato afeta diretamente os preços praticados pela rede credenciada, que por motivos óbvios, embute essa taxa de credenciamento nos custos dos serviços realizados.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

O novel modelo de contratação foi implementado com vistas, sobretudo, a garantir a agilidade no atendimento, a eficiência na gestão, o controle e também a economicidade, isso se dá devido ao sistema de gerenciamento que proporciona a emissão de relatórios gerenciais que se traduzem em ferramentas úteis para o efetivo controle, por parte do Poder Público, acerca da execução dos serviços realizados em sua frota.

Contudo, é imprescindível que o Poder Público efetive a contratação avaliando a vantajosidade econômica do contrato, pois, para que faça a substituição de um modelo de gestão própria pelo de gestão terceirizada, deve, necessariamente, fazê-lo em **estrito respeito aos princípios e regras norteadores das licitações e contratações públicas**, tendo como fonte legitimadora para suas escolhas discricionárias a Constituição e a legislação específica.

De acordo com o novo modelo de gestão comumente chamada pela doutrina de "querteirização", o poder público transfere à empresa especializada o gerenciamento da manutenção da frota e o serviço ou peças são fornecidos ou executados pelas empresas credenciadas. Essa modalidade de contratação somente é possível porque, em tese, a empresa contratada pode gerir a manutenção de sua frota veicular de forma mais eficiente, proporcionando uma melhor logística e atendimento tempestivo das demandas, o que seria possível considerando-se sua vasta rede credenciada em âmbito regional ou nacional.

Assim, em breve síntese, a contratação da empresa gerenciadora funciona como um facilitador para o Ente Público que, ao se deparar com a necessidade de manutenção, preventiva ou corretiva, dos veículos entra em conato com a empresa gerenciadora que aciona uma oficina da rede credenciada, essa, por sua vez, verifica o tipo de serviço a ser realizado e quais peças e acessórios demandam substituição. Com base nesse relatório, a empresa gerenciadora solicita das oficinas integrantes da rede credenciada um orçamento, costumeiramente no número mínimo de três. De posse desses orçamentos cumpre ao agente público fiscal do contrato, com base no relatório de serviços e nos orçamentos apresentados, tomar as seguintes providências: (a) aprovar a execução dos serviços, de ordinário com base no menor valor orçado; (b) diligenciar acerca da regularidade do estabelecimento credenciado; (c) acessar o sistema através de senha fornecida pela empresa gerenciadora; (d) autorizar a realização do serviço.

Ocorre que esses orçamentos **carregam consigo embutidos os custos de operação das empresas credenciadas, dentre eles a taxa de credenciamento que a empresa credenciada terá que arcar com a gerenciadora da frota**, portanto, **essa taxa não pode ser irrelevante aos olhos do poder público**, **ela consiste em fator determinante para o aumento dos preços ofertados pelas empresas credenciadas e não deve ser ignorado pela Administração**, **sob pena de se perder de vista a vantajosidade econômica do modelo de gestão da frota adotado pelo Ente Público.**

Se o gestor, no exercício de seu poder discricionário, optou por abrir mão da gestão direta da frota, optando pela "quarteirização" do serviço, esse tem o **dever de buscar a melhor proposta de preço**, o que efetivamente foi feito tendo em vista o estabelecimento de um limite máximo de cobrança de taxa de credenciamento.

Encontra-se, inclusive, no Anexo I do Termo de Referência a justificativa para a escolha do critério, senão vejamos:

3. DA FORMA DE CONTRATAÇÃO

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

> 3.1. A presente contratação será realizada por meio do processo licitatório na MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO, prevista na Lei 10.520/2002, sob o critério de julgamento de MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO PARA O ESTABELECIMENTO CREDENCIADO, considerando que a taxa a ser exigida da CONTRATANTE (Administração Pública Municipal) será igual a 0% (zero por cento).
> 3.2. O presente critério de julgamento é legítimo, em virtude da interferência direta no valor final a ser pago pela Administração Pública nos serviços prestados, vez que os estabelecimentos credenciados, embutem no valor final do serviço a respectiva taxa.
> Nessa toada, têm-se que o custo dessa taxa é repassado a Administração Pública, tendo em vista a individualidade dos serviços prestados.
> Sendo assim, em razão do poder público ser o responsável pela absorção da referida taxa no valor final dos serviços contratados, o critério de julgamento escolhido demonstra-se legítimo e oportuno para a pretensa contratação.

A empresa Represente argumenta que "o que deve ser da preocupação da Administração Pública é a extensão de sua rede credenciada, por exemplo, e não o valor pactuado entre as empresas de gerenciamento e seus estabelecimentos conveniados, **até mesmo porque estes estabelecimentos prestam serviços para outros clientes das Gerenciadoras, casos em que se justifica a cobrança de taxas de administração maiores que o imposto ilegalmente no edital**."(grifei).

Ocorre que, diferentemente do que argumenta a Representante, a taxa em comento **onera os cofres públicos, desse modo ela pode e deve ser uma preocupação do Poder Público a composição do custo do serviço pretendido é da conta do município contratante**, e, numa situação de livre concorrência, incumbe às empresas interessadas em participar do certame avaliar se as condições estabelecidas no Edital lhes são, ou não, atraentes, podendo, até mesmo, caso entenda não ser razoável a limitação da taxa de credenciamento, se abster de participar do certame.

Uma solução para as empresas interessadas em oferecer esse serviço aos Entes Públicos, atraídas pelas contratações vultosas (no caso concreto no montante de R$ 4.500.000,00), seria a cobrança diferenciada da Taxa de Credenciamento conforme o tipo de cliente (particular ou público) ou pelo tamanho da frota a ser gerenciada, ajustando-se às necessidades do mercado para se manter competitiva também para os órgãos Públicos, isso se pretender solucionar o problema apresentado pela representante, que reside, em suas palavras, aos "**casos em que justifica a cobrança de taxas de administração maiores que o imposto ilegalmente no edital".(grifamos)**

Portanto, a preocupação da administração pública em impor que a empresa a ser contratada para gerenciar a sua frota tenha como limite determinado percentual a ser despendido a título de Taxa de Credenciamento é razoável e vai ao encontro com a persecução do interesse público, protegendo o erário de um dispêndio superior a 6,30% a ser gasto, em última análise, com recursos públicos, a título de taxa de credenciamento.

Se outro fosse o raciocínio estar-se-ia sacrificando a vantajosidade econômica do contrato, portanto, o edital deve **estabelecer esse limite**, pois, **na prática, esse valor recai diretamente sobre o custo do serviços e peças utilizados na manutenção da frota.**

É esse o entendimento explicitado na Revista do TCU 116, senão vejamos o trecho:

> **4. A economicidade trazida pelo novo modelo**
> (...)
> Sob a perspectiva da eficácia e da celeridade, o novo modelo pode sustentar-se, todavia **é na da economicidade que a Administração**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

> **Pública pode encontrar barreiras à sua adoção**. **Se cabe ao gestor a discricionariedade (o que não o exonera de externar os motivos de seu convencimento racional) de definir o objeto que superiormente atenda ao interesse público, como bem salientou a Corte de Contas federal, incumbe-lhe, também, o dever de considerar o fator preço nessa escolha**. Não se diga que o critério de julgamento da proposta baseado na menor taxa de administração (percentual a ser aplicado sobre o valor dos serviços e peças cobrados pelas oficinas credenciadas) consulta o princípio da economicidade, mesmo que a proposta vencedora oferte taxa de administração 0% (zero por cento) ou negativa, **se for deixado em aberto o real valor a ser pago pelos serviços, ainda que as peças com código da montadora e os quantitativos de mão de obra para cada espécie de serviço constem de tabelas. Não há vantagem econômica em obter-se taxa de administração 0% (zero por cento) ou negativa, quando os preços efetivos das peças e dos serviços a serem prestados** – que representam a maior parte dos valores despendidos com a contratação – não forem objeto de licitação. Sendo desconhecidos, não há como se obter a garantia de que o novo modelo é o mais vantajoso para a Administração Pública. **As empresas privadas perseguem o lucro e, por evidente, se ofertam taxa de administração igual ou inferior a zero é porque auferem rendimentos que são cobrados da própria rede de estabelecimentos credenciados, ou porque embutem taxas extras nos preços finais orçados pelas oficinas credenciadas, ou ambas as hipóteses cumuladas, onerando, assim, o custo da contratação. Percebe-se então, sob esse aspecto, que a taxa de administração igual ou inferior a 0% não significa, necessariamente, vantagem econômica para a Administração Pública**. 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. 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.(grifamos)**

Portanto, para que o contrato seja verdadeiramente viável do ponto de vista econômico, a Administração Municipal **deve se cercar de cuidados com vistas a impedir práticas abusivas que levem a prejuízos ao erário.** Acerca do tema prossegue a mencionada Revista do TCU ponderando acerca da melhor forma de se evitar as desvantagens desse tipo de contratação, senão vejamos:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

5. O princípio da economicidade no julgamento das propostas

Indaga-se, então, qual seria o critério de julgamento de proposta apto para atender ao princípio da economicidade, quando o objeto da licitação for a contratação de empresa especializada em administração e gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos. Sem fugir do tipo de licitação cujo critério de seleção da proposta seja baseado no menor preço ofertado pelo licitante (art. 45, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93), **a resposta é a busca da proposta que ofereça o menor valor da mão de obra (hora/homem) para o serviço de manutenção. Assim, deve vencer a licitação a empresa gerenciadora que oferecer o menor preço da hora trabalhada, tanto para a manutenção preventiva como para a corretiva, sem perder de vista que para cada tipo de serviço há tabelas oficiais desenvolvidas pelas montadoras para o quantitativo de mão de obra a ser despendido para cada espécie de serviço (tabela de tempo padrão de reparos).** Pelo critério do menor valor hora/homem**, o preço do serviço executado será o mesmo, em qualquer oficina da rede credenciada**. Afasta-se, ainda, a necessidade de estabelecer-se, no edital, como medida de redução de custos para a Administração, a obrigação de a empresa gerenciadora buscar três orçamentos com base na localização geográfica das oficinas, ou seja, aquelas mais próximas do veículo a ser reparado. Sendo uniforme o valor da hora/homem, a empresa gerenciadora incumbir-se-á de escolher a oficina credenciada mais próxima, reduzindo custos. **E como ficaria a despesa relativa às peças, já que excluída do critério de julgamento? Basta que o instrumento convocatório, que é a lei do certame, estabeleça o percentual de desconto que deva ser praticado pela empresa gerenciadora vencedora da licitação, sobre o preço à vista da tabela oficial de peças da montadora**. Esse percentual de desconto deve guardar equivalência com aquele praticado pelo mercado (5%, 10%, 15%), tendo em vista que a fixação de um percentual elevado pode ser economicamente vantajoso para a Administração, mas desvantajoso para as empresas licitantes, fator bastante para restringir a competição. E na hipótese de existirem peças não contempladas com código da montadora e, portanto, ausentes da tabela oficial de preços? Nesse caso, caberá à empresa gerenciadora proceder às cotações de preços das peças necessárias junto ao mercado fornecedor, informando em relatório ao fiscal do contrato, que, após certificar-se das cotações realizadas, autorizará a empresa gerenciadora a adquiri-las do fornecedor que apresentar a oferta mais vantajosa, em regra a de menor preço. Nem sempre a oferta de menor preço da peça ou do acessório de que necessita a Administração representa maior vantagem. Há outros fatores favoráveis à Administração, como a existência de fornecedor que ofereça prazo maior de garantia para o produto, ou menor prazo de entrega, ou assistência técnica em ampla rede de empresas autorizadas.

Diante das características da contratação se afigura imprescindível que Administração Pública, optante pela licitação para a contratação de empresa gerenciadora de manutenção preventiva e corretiva de veículos, **realize ampla pesquisa de mercado, tanto para estabelecer o preço hora/homem como para o percentual de desconto sobre o preço da tabela oficial das peças, inclusive no âmbito de outros órgãos e entidades públicas que hajam licitado o mesmo objeto.**

Tendo em vista que a pesquisa será o balizador de preços, **é indispensável que essa seja documentada nos autos do processo licitatório**, tanto os dados obtidos(preços) como suas **respectivas fontes**. Nesse orçamento detalhado devem ser considerados concretamente todos os fatores de formação dos custos do contrato, inclusive a média de valores pagos a título de "Taxa de credenciamento", essa não pode passar desapercebida pois faz parte dos custos da contratação.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

Cumpre frisar que incumbe aos agentes públicos, conforme o art. 113 da Lei nº 8.666/93, a **demonstração de regularidade de seus atos**, isso significa que para que o poder público, fazendo uso de seu poder discricionário, opte por esse tipo de contratação, deve fazê-lo embasado em estudos técnicos que demonstrem a vantajosidadede da pretendida "quarteirização" propiciando, em última análise, a possibilidade de fiscalização dos órgãos de controle e da sociedade.

Quanto à relação jurídica entre a empresa gerenciadora e os contratados para a execução de serviços e fornecimento de bens (rede credenciada), prospera razão à Representante quando aduz que é regida pelas normas de direito privado, sendo uma relação jurídica autônoma e regulamentada pelo Código Civil.

Nessa relação subjacente são partes o contratante (empresa gerenciadora da frota) e os contratados (prestadores de serviços, fornecedores de peças e acessórios), contudo, **o destinatário final dos bens fornecidos ou serviços prestados pelos executores não é a empresa gestora, e sim a Administração Pública**, que mesmo não sendo parte nesse contrato entre particulares, é quem vai usufruir dos serviços prestados e das peças adquiridas e arcar com os custos dessa relação.
Cumpre mencionar que essa Corte de Contas, em ocasião anterior (TC 01669/2021), havia se posicionado no sentido de ser irregular a estipulação de uma taxa máxima de credenciamento a ser cobrada dos estabelecimentos pela administradora por entender que se configuraria uma interferência na relação jurídico-contratual entre a contratada e a sua rede de estabelecimentos credenciados , cujo enunciado segue abaixo:

> **Decisão 01702/2021 – 4 (processo TC 01669/2021)**
> ***Enunciado:***
> *O edital de licitação não pode* ***estabelecer*** *percentual máximo a ser cobrado pela contratada da rede de* ***estabelecimentos credenciados*** *pois tal exigência 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 por interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.*

Nesse processo a Prefeitura de Pedro Canário revogou a licitação, e o Acórdão 01183/2021 (evento 48 do TC 01669/2021) foi pela extinção do feito com julgamento de mérito.
Ocorre que o entendimento mais moderno do TCU, construído a partir da observação das práticas comuns de mercado, onde se verifica que as empresas prestadoras desse tipo de serviço, ao invés de cobrar uma taxa de administração positiva, estavam repassando essa taxa à sua rede credenciada, o que culminava na oneração dos contratos, **reformulou seu entendimento para admitir que o Ente Público estabeleça um limite para a cobrança dessa "Taxa de Credenciamento".**
Constatou aquela Corte que as administradoras, como empresas que perseguem o seu lucro, em última análise, transferem essa Taxa de Credenciamento ao Poder Público, destinatário final do serviços/peças fornecidos pelas empresas credenciadas, e que, desse modo, se legitima a limitação dessa taxa para que essa prática não configure oneração excessiva ao erário.
Portanto, além das argumentações defendidas anteriormente a recente jurisprudência do TCU também considera regular a inserção de fixação de limite para à taxa secundária ou taxa de credenciamento, por entender que tal regra **se revela uma forma de aperfeiçoar o modelo de contratação**, é o que se depreende do Acórdão nº 1.949/2021 do Processo 25.832/2021-2 - TCU – Plenário, senão vejamos um trecho da sua fundamentação:

> (...)
> 6. A primeira irregularidade apontada está relacionada à regra inserida no edital que impõe um valor mínimo que a futura contratada deverá

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

repassar aos estabelecimentos por ela credenciados. De acordo com o item 20.1 do edital (peça 3, p. 44-45):

20.1. Eventual “taxa de administração”, “taxa de repasse”, “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 6% (seis 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 94% (noventa e quatro por cento) do valor pago pela Contratante à Contratada.

7. Aparentemente, a regra busca garantir a qualidade dos serviços mecânicos que serão prestados e das peças que serão fornecidas pelas empresas que compõem a rede credenciada da contratada, e evitar impactos negativos no valor a ser pago pela Administração, fruto do possível repasse à Administração dos “custos” da taxa de comissão.

8. No âmbito do TC 029.646/2020-0, que analisou possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico para Registro de Preços 12/2020, conduzido pelo Comando Militar da Amazônia, que tinha como objeto a contratação de empresa especializada na gestão compartilhada de frota mediante credenciamento de rede especializada em manutenção veicular (serviços mecânicos e fornecimento de peças de reposição, acessórios, implementos, ferramentas e insumos veiculares) e gestão compartilhada de rastreamento mediante credenciamento de rede especializada em serviço de telemetria, rastreamento e monitoramento, através de sistema informatizado (com software disponibilizado em tempo real pela internet) e integrado com tecnologia de cartão magnético ou cartão eletrônico tipo smart com chip, visando a atender às necessidades da frota oficial do Comando da 17ª Brigada de Infantaria de Selva esta Corte examinou a previsão contida naquele instrumento convocatório que impunha teto à cobrança de taxa de administração secundária.

9. Em sua análise, esta unidade técnica considerou não apenas a observância à legislação aplicável, mas sopesou os benefícios e prejuízos da inserção de tal regra no instrumento convocatório.

10. Reproduz-se a análise empreendida naqueles autos (peça 37 do TC 029.646/2020-0), tendo em vista que a situação se encaixa perfeitamente no exame que deve ser aqui realizado:

19. O Pregão 21/2019 do 5º BEC, utilizado como referência pela Unidade Jurisdicionada, também foi objeto de representação junto a esta Corte, no âmbito do TC 008.346/2019-4. Cabe aqui, portanto, transcrever trechos da instrução realizada após a promoção de oitiva ao órgão (TC 008.346/2019-4, peça 19, p. 4), por se encaixar perfeitamente na análise que deve ser aqui também empreendida:

7. Contudo, no caso da contratação a ser efetuada pelo 5º BEC, é provável que ocorram dificuldades operacionais para que a Administração controle a nominada “taxa máxima secundária”, cobrada pela gerenciadora contratada das credenciadas, em razão dos serviços prestados. Com efeito, pode-se antever dificuldades na execução da tarefa, já que se refere a uma relação eminentemente privada, sobre a qual o Estado, em princípio, deve evitar interferência, ante o princípio da livre iniciativa (art. 170 da Constituição Federal). 8. Ademais, no âmbito do Poder Executivo a não intervenção no que diz respeito à formação dos preços privados é a tônica também. Nesse quadro, cumpre destacar o que diz o anexo VII-A da IN 5/2017 (estabelece diretrizes gerais para elaboração do ato convocatório na contratação de serviços):

7.11. É vedado ao órgão ou entidade contratante exercer ingerências na formação de preços privados por meio da proibição de inserção de custos ou exigência de custos mínimos que não estejam diretamente relacionados à exequibilidade dos serviços e materiais ou decorram de encargos legais. (grifos não são do original)

20. No âmbito daquele processo, foi exarado o Acórdão 5.890/2019-1ª Câmara, relator Ministro Weder de Oliveira, que concluiu pela ciência ao

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

órgão quanto à seguinte impropriedade: a fixação da taxa máxima secundária a ser cobrada pela empresa contratada das credenciadas no contrato que decorrerá do Pregão 21/2019, ainda que não tenha sido determinante para o resultado do certame, não restou evidenciada como critério adequado de seleção da proposta que poderia atender do melhor modo possível aos interesses públicos, considerando o previsto no art. 170 da Constituição Federal e no item 7.1.1 do anexo VII-A da IN 5/2017.

21. Assim, no âmbito do TC 008.346/2019-4 o Tribunal, em situação muito semelhante à aqui tratada, já havia concluído pela irregularidade, tanto da adjudicação global, quanto da estipulação do limite para a taxa de administração secundária. Aliás, a Unidade Jurisdicionada informou que utilizou como base para sua contratação aquela empreendida pelo 5º BEC, e demonstrou ter conhecimento da decisão exarada no âmbito daquele processo, mas, ao defender que a fixação da taxa de administração não seria contrária ao art. 170 da Constituição Federal e ao item 7.11 da IN 5, declarou que era “necessário insistir que a sua aplicação não configura violação efetiva aos referidos dispositivos” (peça 15, p. 7).

22. Apesar disso, o fato de que não se conseguiu demonstrar a adequação da fixação da taxa máxima secundária como um critério de seleção da proposta mais vantajosa, conforme citado no acórdão acima, não a torna, de imediato, irregular.

23. Os motivos expostos pela Unidade Jurisdicionada para a fixação da taxa são legítimos e buscam, em última instância, a proteção ao erário. Não se pode negar o risco de que a cobrança de taxas secundárias mais elevadas resulte no repasse desse custo, integral ou parcialmente, à Administração de forma indireta, quando das cotações realizadas junto às oficinas para a realização dos reparos. Dessa forma, limitar tal cobrança parece caminhar no sentido de diminuição dos custos contratuais a serem suportados pelo erário.

24. De fato, a regra é a não intervenção na formação dos preços privados ofertados à Administração, conforme determinam o art. 170 da Constituição Federal e o item 7.11 do Anexo Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66312524. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 12 Secretaria-Geral de Controle Externo Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas VII-A da IN 5/2017. Esse regramento tem por premissa que as empresas detêm o pleno conhecimento de seus custos e o procedimento licitatório consegue promover a adequada competição, refletindo valores praticados pelo mercado. Nesse cenário não cabe à Administração elevar artificialmente propostas, ampliando seus custos, em função, exclusivamente, de seu crivo de exequibilidade não amparado em legislação aplicável.

25. Por outro lado, em contraposição ao cenário padrão anteriormente descrito, estamos diante de um possível subterfúgio adotado pelas concorrentes para onerar indiretamente a Administração Pública. Sendo a gerenciadora uma mera interposta, esta anula ou negativa sua taxa de administração ofertada à Administração com o fito de sagrar-se vencedora do certame. Os serviços prestados pela rede credenciada não passam por licitação regular em cenário de plena competição, mas são pagos diretamente pelo órgão público. A taxa secundária tende a ser, portanto, sua principal remuneração da credenciadora no contrato e tende a ser considerada, pelas credenciadas, na precificação dos serviços ofertados ao órgão contratante.

26. Em todo esse fluxo, o que mais se assemelha a um processo seletivo é a obtenção de várias propostas entre as credenciadas preliminarmente à escolha para a execução de cada um dos serviços. Ocorre que, estando todas elas sob a mesma relação comercial supostamente abusiva, qualquer proposta ofertada nessa situação estará condicionada a preços maiores pelo mesmo deságio a ser repassado para a Administração. Em outras palavras, nesse modelo de contratação, a aparente vantagem obtida na licitação pode se refletir em desvantagem futura, a depender da taxa

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

secundária aplicada pela gerenciadora e do uso ou não de limitadores e/ou referenciais de preços pela Administração.
27. No que se refere a outros tipos de redes credenciadas, a exemplo de alimentação e refeição, entende-se menos problemática a questão Nesses estabelecimentos, os preços costumam ser tabelados, independentemente da forma ou fonte de pagamento ou do comprador ou contratante. No caso das oficinas, há maior risco de a proposta ofertada variar conforme o reparo a ser feito e o contratante, a depender dos custos envolvidos nessa relação.
28. No caso da presente contratação, no entanto, esse problema é mitigado, pois os preços dos serviços que serão contratados devem observar descontos mínimos sobre tabelas oficiais de preços de peças e acessórios novos da montadora/fabricante, bem como sobre o custo unitário da mão de obra indicado, conforme disposto no Termo de Referência.
29. Há, também, outras questões a serem discutidas para que se possa concluir pela adequação do critério de seleção de propostas. O primeiro deles diz respeito à verificação dessa prática pela Administração, ou seja, até que ponto tem o órgão ferramentas para fiscalizar a cumprimento da taxa secundária praticada. Mais do que isso, caso haja essa possibilidade, qual é o custo dessa verificação por parte da Administração? A depender da complexidade e custo dessa fiscalização, começa-se a questionar até mesmo a finalidade da gerenciadora, uma vez que o credenciamento e contratação direta das oficinas pelo órgão passam a ser possibilidade talvez até menos onerosa do ponto de vista da fiscalização e gestão do contrato.
30. Dessa forma, quanto à fixação da taxa secundária máxima, entendemos que, novamente, não restou evidenciada como critério adequado de seleção da proposta que poderia atender do melhor modo possível aos interesses públicos, considerando o previsto no art. 170 da Constituição Federal e no item 7.1.1 do anexo VII-A da IN 5/2017, o que deverá ser objeto de ciência à unidade jurisdicionada quando da proposta de mérito. Quanto à adjudicação global, conforme exposto anteriormente, cabe audiência ao responsável pela elaboração do Termo de Referência - TR (Cap. Jorge José da Silva) e ao ordenador de despesas (Cel. Everton Luís Navarro de Almeida), por ter aprovado o TR e homologado a licitação, mesmo com a irregularidade citada. (grifos nossos).
11. Mediante o Acórdão 1.176/2021-Plenário (ministro relator Marcos Bemquerer Costa), o TCU deu ciência à unidade jurisdicionada da irregularidade identificada, quanto à imposição de limite à taxa secundária, para que a falha não fosse reproduzida em licitações futuras:
9.2. com fulcro no art. 9º, inciso I, da Resolução/TCU 315/2020, dar ciência ao Comando Militar da Amazônia das seguintes falhas identificadas no Pregão Eletrônico 12/2020, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:
(...)
9.2.3. fixação de taxa máxima secundária a ser cobrada pela empresa contratada das credenciadas no contrato que decorrerá do Pregão Eletrônico 12/2020, conforme previsto no item 22 do Termo de Referência, que, ainda que não tenha sido determinante para o resultado do certame, não restou evidenciada como critério adequado de seleção da proposta que poderia atender, do melhor modo possível, aos interesses públicos, considerando o previsto no art. 170 da Constituição Federal e no item 7.1.1 do Anexo VII-A da IN/MPDG 5/2017;
12. No mesmo sentido é o Acórdão 4.069/2020-Plenário (ministra relatora Ana Arraes):
Acórdão 4.069/2020-TCU-Plenário, Ministra-Relatora Ana Arraes
9.5. dar ciência ao 54º Batalhão de Infantaria de Selva de que a fixação da taxa máxima secundária a ser cobrada pela empresa contratada das credenciadas no contrato decorrente do Pregão Eletrônico 15/2020 não restou evidenciada como critério adequado de seleção da proposta que poderia atender do melhor modo possível aos interesses públicos;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

13. Constata-se, assim, que este tribunal vinha considerando indevida a fixação da taxa máximo secundária (cobrada pela contratada das credenciadas), entendimento que foi modificado conforme se exporá a seguir.

14. No âmbito do TC 014.997/2021-5, esta unidade técnica examinou possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico 4/2021, conduzido pela Justiça Federal de 1ª Instância em Goiás (JFGO), que tinha como objeto a contratação de serviços de administração e gerenciamento compartilhado de frota, por meio de sistema informatizado e plataforma web, para a manutenção de veículos da Justiça Federal em Goiás, de forma continuada, junto a rede de estabelecimentos credenciados, com fornecimento de peças, serviços, componentes, acessórios e transporte por guincho não coberto pelo seguro da frota.

15. Na análise ali empreendida, considerou-se novamente a legislação aplicável, a jurisprudência do TCU relativa ao tema, bem como os benefícios e prejuízos decorrentes da inserção da licitação na taxa secundária. Ao final, a Selog concluiu pela regularidade da fixação de limite à taxa secundária, afastando a irregularidade apontada pela representante (peça 25 do TC 014.997/2021-5):

20. Não obstante essas decisões do TCU, os argumentos trazidos pela unidade jurisdicionada, neste caso concreto, em resposta à impugnação da licitante, ora representante, revestem-se de coerência. O custo da taxa de credenciamento estará indiretamente embutido no preço orçado pela credenciada prestadora dos serviços. Se tal valor for definido meramente sem o conhecimento da contratante, e sem que ele componha o valor da proposta vencedora, restará prejudicado o objetivo da licitação, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa.

21. Dito de outra forma, de nada adianta permitir a disputa de preços apenas quanto à taxa de administração cobrada do órgão público contratante pela empresa gerenciadora, se o valor cobrado dos credenciados pela empresa gerenciadora não é conhecido pela Administração Pública. Nesse caso, qualquer eventual desconto obtido na fase de lances pode ser compensado pela empresa gerenciadora com o aumento da taxa cobrada dos credenciados e repassado como custo do serviço à contratante.

22. Entende-se, como o trazido pela unidade jurisdicionada, que "a inclusão do comissionamento cobrado pela empresa gerenciadora dos seus credenciados nas propostas das empresas licitantes e o estabelecimento de critérios no edital de licitação relacionados ao processo de credenciamento das oficinas e revendedoras de peças são formas de aperfeiçoar o modelo de contratação" (peça 18).

23. Sendo assim, o que houve foi uma preocupação da JFGO em incluir na tabela de composição de preços, de forma separada, a taxa de administração cobrada da contratante pelo serviço de gerenciamento e a comissão cobrada pela empresa gerenciadora das suas credenciadas, custo esse que, em última análise, é suportado pela Administração contratante e precisa ser objeto de disputa entre os licitantes.

24. Além disso, o prazo de 60 dias (item 12.41, transcrito abaixo) para que a Contratada reembolsasse os estabelecimentos credenciados, após as ordens de serviços estarem finalizadas e devidamente recebidas pelo gestor do contrato, não pode ser considerado excessivo, pois as empresas credenciadas, caso necessitem dar maior prazo para a gerenciadora reembolsar seus serviços, seguramente repassariam os valores dispendidos para suportar esse atraso de reembolso para a Administração Pública.

16. O entendimento da Selog foi referendado pelo TCU, mediante o Acórdão 1.387/2021-Plenário (ministro relator Benjamin Zymler), que não relacionou a fixação de limite à taxa secundárias nas irregularidades ensejadoras de expedição de ciência ao órgão contratante.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

> **17. Por essa razão, em observância à recente jurisprudência do TCU que considera regular a inserção de fixação à taxa secundária, por entender que tal regra se revela uma forma de aperfeiçoar o modelo de contratação, considera-se improcedente a alegação da representante quanto a esse ponto. (grifos nossos)**
>
> Diante das considerações anteriores, tendo em vista a prática comum de mercado onde as empresas do ramo ofertam taxas negativas de administração, e diante do fato de que evidentemente o lucro dessas empresas advém justamente da taxa de credenciamento cobrada dos estabelecimentos comerciais, e na ausência de vedação expressa dessa prática, o critério de julgamento de menor "Taxa de Credenciamento", se afigura como legítimo, desse modo, **opinamos pelo afastamento da irregularidade.**

Nota-se, então, a possibilidade de estabelecer um valor máximo de taxa de credenciamento a ser cobrada da rede credenciada pela prestadora de serviço de gerenciamento (contratada do Poder Público) quando essa cobrança puder ser suportada, na prática, pela Administração Pública licitante.

Desse modo, pelos elementos constantes dos autos, adoto como razões de decidir o posicionamento da área técnica e do *Parquet* de Contas, conforme a Instrução Técnica Conclusiva 3837/2022 e o Parecer 5212/2022, quanto a improcedência da presente representação.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1502/2022:

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

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

1.1. REJEITAR A PRELIMINAR suscitada pelo senhor Luiz Carlos Zanon da Silva Junior, pela razões constantes no item 2.1 do voto;

1.2. CONSIDERAR IMPROCEDENTE a presente representação, na forma do artigo 178, inciso I da Resolução TC 261/2013 – RITCEES, de forma a excluir a responsabilidade dos senhores(as) Lorena Vasques Silveira – Secretária Municipal de Administração de Cachoeiro de Itapemirim/ES, Amanda Cipriano Leal – Coordenadora Executiva de Gestão de Transportes de Cachoeiro de Itapemirim/ES e Erick Moreira de Aguiar - Pregoeiro e Luiz Carlos Zanon da Silva Junior – Procurador Municipal de Cachoeiro de Itapemirim/ES pelo ato representado;

1.3. REVOGAR A MEDIDA CAUTELAR que suspendeu o procedimento licitatório, Pregão Eletrônico 019/2022 da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, prolatada por meio da Decisão Monocrática 00552/2022, ratificada pela Decisão 01903/2022;

1.4. DAR CIÊNCIA aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;

1.5. ARQUIVAR os presentes autos, na forma regimental.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 09/12/2022 – 50ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator).

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição).

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 09FF9-53651-E142E