Questões Frequentes

TERCEIRIZAÇÃO - 03 | 16 | SET | 2010

Ementa:

Autor: **Jessé Torres Pereira Júnior/ Marinês Restelatto Dotti**

RESPOSTA

Por: Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor, entre outras, das obras Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública (8ª. ed.); Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável (2. ed.); e Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas, em coautoria com Marinês Restelatto Dotti.

Marinês Restelatto Dotti,

Advogada da União, Especialista em Direito do Estado e Direito e Economia pela UFRGS.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um novo modelo de gestão. 3. Contratação de empresa especializada no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos. 4. A economicidade trazida pelo novo modelo. 5. O princípio da economicidade no julgamento das propostas. 6. A questão do percentual de desconto. 7. Ampla pesquisa de mercado. 8. A competitividade do certame. 9. O entendimento do Tribunal de Contas da União e formas de credenciamento. 10. Fiscalização do contrato. 11. Da Terceirização para a "Quarteirização". 12. Objetivos da "quarteirização". 12.1 eliminação de estruturas internas; 12.2 profissionalização da gestão dos contratos e do relacionamento entre empresas; 12.3 garantia jurídica e preservação econômica da relação. 13. A relação jurídica entre a Administração e a empresa gerenciadora. 14. A relação jurídica entre a empresa gerenciadora e os executores dos serviços (rede credenciada). 15. Responsabilidade subsidiária da Administração em decorrência do descumprimento de obrigações trabalhistas e sociais pela empresa gerenciadora (terceirizada) e pelos executores dos serviços ("quarteirizados"). 16. Orientação do Supremo Tribunal Federal. 17. O gerenciamento do fornecimento de combustíveis. 18. Critérios de julgamento das propostas. 19. A natureza do contrato de gerenciamento e sua duração. 20. A contratação de empresa gerenciadora por meio do Sistema de Registro de Preços (SRP). 21. Conclusão

1. Introdução

O Decreto-lei nº 200/67 positivou a distinção entre a atuação estatal no cumprimento de suas atividades inerentes (vinculadas aos fins jurídicos do Estado, em caráter próprio e indelegável), daquela em que administra outras meramente acessórias (atividades-meio), terceirizáveis ao setor privado. Recorde-se a regra de seu art. 10:

"A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público...".

O intuito da vetusta orientação era o de possibilitar que órgãos públicos e entidades vinculadas à administração estatal (inclusive aquelas providas de personalidade jurídica de direito público - autarquias e fundações autarquizadas) se valessem da *expertise* da iniciativa privada para a consecução de atividades auxiliares àquelas que são específicas e privativas da instituição estatal. Em outras palavras, estimulava-se a contratação, pela Administração Pública, de empresas privadas que lhe prestassem serviços de apoio, liberando as estruturas administrativas estatais para a concentração no desempenho de tarefas e deveres próprios de suas finalidades institucionais.

Mas nem de longe o legislador de quase meio século atrás estaria a cogitar de que o princípio da descentralização conduziria a gestão pública à generalizada adoção da técnica que a empresa privada batizou de "terceirização", com a dupla finalidade de especializar a execução de serviços de apoio e de economizar custos. Muito menos que fosse possível à Administração Pública passar ao movimento seguinte, qual seja o da "quarteirização", que empreendimentos privados de maior abrangência e complexidade gerencial vieram a conceber, para que empresas especializadas em gestão assumissem a gerência da execução daqueles serviços de apoio por outras empresas.

A edição do Decreto federal nº 2.271/97 é ilustrativa. Seu objetivo foi o de implementar melhorias na atuação da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, por meio da delegação, a entidades privadas, de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal dos entes estatais, tanto que o Decreto arrola, de forma exemplificativa, algumas atividades que, preferencialmente, serão executadas de modo indireto por terceiros privados.

As portas da "terceirização" na gestão pública se foram abrindo, com defeitos e virtudes conhecidos, porém a busca de maior eficiência na gestão dos serviços descortina horizonte ainda mais amplo, de que já se vislumbram evidências e indícios, rumo à "quarteirização". O presente texto procura captá-los em segmentos relevantes para o cotidiano dos serviços de apoio, quais sejam os de manutenção da frota e fornecimento de combustíveis aos veículos do serviço público, fonte de notórios aborrecimentos e desvios.

É que a "quarteirização" desafia questões jurídico-adminstrativas interessantes, que apenas começam a ser enfrentadas pelos gestores públicos e as instituições incumbidas de seu controle interno e externo, seguindo-se a conveniência e a oportunidade de examinarem-se alguns pontos capitais, com o fim de fixar conceitos, prevenir equívocos e suscitar alternativas.

2. Um novo modelo de gestão

As contratações de bens, obras e serviços pela Administração Pública sujeitam-se a sistema jurídico-normativo que lhes impõe limitações no que se refere à realização de licitação prévia, bem como à sua dispensa ou inexigibilidade, conforme o caso.

Esse sistema não repele a influência do natural processo evolutivo por que passam as relações comerciais e que acaba por refletir-se nas contratações empreendidas por órgãos e entidades públicas, incorporando, ao longo do tempo, variações de modelos e paradigmas com o propósito de amoldar-se a novos mercados, suas exigências e diversificações.

É o que se vê ocorrer com a contratação de empresa privada para o gerenciamento do fornecimento de combustíveis e a prestação de manutenção corretiva e preventiva de veículos do serviço público. O novo modelo propõe-se a modernizar os mecanismos de gestão pública - sem fugir à regra da licitação e da necessária fiscalização do contrato -, por meio da transferência de ações da Administração a particulares que se desdobram em dois níveis - o da gerência da prestação e o da execução da prestação. Ignorar esse processo, ou seja, não permitir a transcendência de um modelo para outro, presumidamente mais eficaz, pode desestimular esforços em prol da melhoria da qualidade do serviço público.

Mas o novo modelo não se pode distanciar, a pretexto de amoldar-se a novas realidades comerciais, dos princípios constitucionais e administrativos aplicáveis às licitações e contratações administrativas, ou seja, o administrador deles não se pode afastar sob o argumento de que seriam inconciliáveis com o novo modelo pretendido. Toda inovação que não se componha com aqueles princípios deve, por isso mesmo, ser descartada, dado o caráter balizador universal do sistema de que são dotados os princípios, no direito público contemporâneo. Logo, qualquer prática inovadora, dissociada desses princípios, não se harmoniza com o sistema e com ele colidirá, provocando disparidades e entraves de difícil, senão impossível, superação.

Também a "quarteirização", tal como ocorreu, e ainda ocorre, com a "terceirização", ao ser transplantada da ordem econômica privada para as práticas do serviço público, deve conter-se nos limites estabelecidos ou criar soluções que a eles se afeiçoem.

3. Contratação de empresa especializada no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos

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

Esse novo paradigma substitui a tradicional contratação direta com os prestadores dos serviços de manutenção de veículos. Adota-se sistema centralizado em uma só empresa gerenciadora, possibilitando que pequenos estabelecimentos, inclusive em cidades do interior, possam credenciar-

se junto à empresa gerenciadora contratada pela Administração, o que lhes ensejará prestar serviços cujo acesso era antes inviável.

O modelo pretende garantir à Administração: (a) gerenciamento de sua logística por empresa especializada em gestão, a propiciar presumível ganho de eficiência; (b) padronização dos serviços prestados; (c) atendimento tempestivo das demandas, em especial quando dos deslocamentos de veículos entre pontos diversos; (d) pronta disponibilidade de veículos em condições de trafegabilidade; (e) redução, ou mesmo supressão, do uso constante de suprimentos de fundos para fazer frente a despesas com manutenção de veículos, em localidades não alcançadas pela única oficina prestadora dos serviços, nos moldes da antiga contratação.

O modelo também almeja evitar que a Administração Pública delimite, no instrumento convocatório da licitação, o perímetro em que deva estar localizada a oficina que prestará os serviços de manutenção, já que a existência de rede de oficinas credenciadas, sediadas em diversas localidades, supre tal exigência.

Não que seja vedada a delimitação de área na qual devam estar sediados os estabelecimentos, nas licitações tradicionais para contratação de uma única empresa fornecedora de bens e prestadora de serviços. Mas, em face das restrições à competição e da busca da proposta mais vantajosa que a adoção da medida pode ensejar, é necessário que o administrador público justifique a decisão pela delimitação de área, apresentando os pressupostos de fato e de direito que a amparam, sobretudo relacionados à economicidade, eficácia e eficiência para a atuação administrativa, o que nem sempre é satisfatoriamente cumprido pelos gestores.

Não se diga que se tornou ineficaz o modelo tradicional, ou seja, aquele em que a Administração contrata uma única oficina para a manutenção de sua frota. É que, dependendo do porte da frota existente no órgão, da natureza de suas atividades, da frequência dos deslocamentos para outros municípios e estados da federação, do número de registros de consertos em outras localidades não atendidas pelo contrato existente, da considerável utilização do suprimento de fundos para atender a despesas com manutenção, deve a Administração Pública repensar o modelo tradicional, para outro que possa suprir as deficiências de manutenção que se tornaram criticamente habituais.

O Tribunal de Contas da União enfrentou o tema da contratação de empresa gerenciadora da manutenção preventiva e corretiva de veículos, em julgado que sopesou diversos aspectos relacionados à legalidade, à moralidade, à impessoalidade, à eficiência e à economicidade da alternativa do credenciamento. No que tange à escolha ou não do novo modelo, ponderou o Ministro Revisor:

"14. Ressalvo, desde logo, que as sugestões apresentadas no quarto título, relativo ao modelo de credenciamento, inserem-se no âmbito de discricionariedade do gestor, a quem compete avaliar a conveniência e oportunidade de adotá-las. Isso porque não cabe a este Tribunal, no desempenho de suas funções de controle, imiscuir-se no papel do administrador público, sob pena de ingerência indevida nas atividades do ente jurisdicionado. [...]

Tanto que esta Corte vem admitindo, ao longo do tempo, variações em torno do modelo legal para viabilizar contratações de acordo com as situações fáticas encontradas no dia a dia da Administração, atinentes a mercados específicos. [...]

Assim, por se tratar de inovação, que, em tese, está em consonância com normas e princípios que

regem as licitações e a atuação dos agentes públicos, creio que esta Corte, no desempenho do papel de indutora de aprimoramento da gestão pública, que tem pautado a atuação dos órgãos de controle no mundo moderno, deve abster-se de inibir o prosseguimento da tentativa de inovação em análise." - Acórdão nº 2731/2009, Plenário, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa. Revisor Min. Aroldo Cedraz. Processo TC nº 032.202/2008-1, DOU de 20.11.09.

4. A economicidade trazida pelo novo modelo

Louváveis são as propostas de adoção de sistemas mais ágeis e que forneçam relatórios gerenciais, ferramentas úteis para o efetivo controle pelo gestor público da execução dos contratos administrativos. Mas é fundamental avaliar as vantagens de substituir-se um modelo por outro, à luz dos princípios e regras regentes das licitações e contratações públicas, com sede na Constituição e na legislação específica.

O novo modelo, por meio do qual se transfere à empresa especializada o gerenciamento da manutenção da frota, pode ser eficaz para a Administração gerenciar a sua logística de forma a obter não só a padronização nos serviços prestados, mas também o atendimento tempestivo das demandas (celeridade), em especial quando da necessidade de deslocamentos dos veículos pelo território do estado, ou em âmbito regional ou nacional, com garantia de cobertura na manutenção.

Assim, quando um veículo necessitar de manutenção preventiva ou corretiva, é encaminhado pela empresa gerenciadora a uma oficina da rede credenciada, onde será verificado qual o tipo de serviço a ser realizado e quais as peças e acessórios que demandam substituição. Com base nesse relatório, a empresa gerenciadora solicita de algumas das oficinas integrantes da rede credenciada, costumeiramente três delas, a apresentação de orçamentos para a execução do mesmo objeto. Ao agente público fiscal do contrato, com base no relatório de serviços e nos orçamentos apresentados, incumbe 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.

Sob a perspectiva da eficácia e da celeridade, o novo modelo pode sustentar-se, todavia é na da economicidade que a Administração 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.

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.

6. A questão do percentual de desconto

Em alguns contratos de manutenção corretiva e preventiva de veículos, as despesas com peças superam, consideravelmente, aquelas realizadas com os serviços (mão de obra). Sendo essa a realidade habitual da Administração, o caminho é a inversão do critério de julgamento acima apresentado, ou seja, vencerá a licitação a proposta que oferecer o maior percentual de desconto sobre o preço à vista da tabela oficial das peças da montadora, cabendo ao instrumento convocatório fixar o valor da hora/homem (mão de obra) que deva ser praticado pela empresa gerenciadora vencedora da licitação. O valor atribuído no edital para a hora/homem (mão de obra), sublinhe-se, deve refletir aquele praticado pelo mercado, fruto de ampla e séria pesquisa previamente realizada, evitando-se o desinteresse dos possíveis concorrentes na licitação.

Os contratos decorrentes de procedimentos licitatórios alicerçados no critério de maior percentual de desconto, aplicável a uma determinada planilha de preços, são mais vulneráveis a fraudes e majorações de valores, se comparados àqueles cujas licitações adotam o critério de julgamento com fulcro no menor preço, seja global ou unitário. É que, no primeiro caso (maior percentual de desconto), há a possibilidade de elevarem-se os valores das tabelas de preços utilizadas como referência no contrato, as quais podem ser alteradas de forma alheia ao controle administrativo e, até mesmo, em comum acordo entre fornecedor e gerenciadora contratada.

Todavia, a utilização do critério de julgamento baseado no maior percentual de desconto sobre o preço à vista da tabela oficial das peças da montadora - que ao final leva ao mesmo resultado da licitação do tipo menor preço[1] - é uma situação bastante específica, em vista de que a tabela adotada tem caráter oficial, não podendo ser manipulada pelas partes. É importante que o fiscal/gerente do contrato, antes de cada pagamento, verifique se realmente foram adotados os

preços registrados na tabela de referência e aplicado o percentual de desconto que se sagrou vencedor da licitação.

Importa que o critério de julgamento das propostas, a ser adotado para a escolha da empresa gerenciadora da manutenção corretiva e preventiva de veículos - quer o de menor valor hora/homem ou o de maior percentual de desconto sobre o preço à vista da tabela oficial das peças -, seja precedido de levantamentos/estudos desenvolvidos pela Administração, suficientes, com o maior nível de precisão possível, para extrair do modelo sua máxima rentabilidade, isto é, a melhor relação que se possa alcançar entre os custos direta e indiretamente envolvidos e a racionalização almejada, cotejando-se os valores gastos com a contratação tradicional de uma única oficina prestadora de serviços, nos exercícios anteriores.

A fixação do valor hora/homem ou do percentual de desconto sobre as peças, posto no edital, não interfere no livre exercício da atividade econômica e na obtenção do lucro pela empresa gerenciadora, desde que decorra de ampla e séria pesquisa realizada pela Administração Pública e reflita, verdadeiramente, os preços ou percentuais praticados pelo mercado. Em um dos itens (percentual de desconto sobre as peças, por exemplo) a empresa gerenciadora é remunerada segundo os percentuais fixados pela Administração, que devem ser os de mercado, manejando a captação do lucro sobre o preço ofertado na proposta quanto ao outro item (valor hora/homem).

7. Ampla pesquisa de mercado

Imprescindível que Administração Pública, quando da licitação para a contratação de empresa gerenciadora de manutenção preventiva e corretiva de veículos, realize ampla pesquisa de mercado, tanto para 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.

É dever jurídico da Administração Pública, ainda na fase interna do procedimento licitatório e também no procedimento para a contratação direta, apurar o custo estimado do objeto que pretende adquirir, por meio de ampla pesquisa de preços praticados pelo mercado. Trata-se de instrumento idôneo para a apuração e a avaliação dos custos da futura contratação, traduzindo aplicação dos princípios da economicidade e da eficiência.

Vejam-se os dispositivos que tratam da necessária, prévia e ampla pesquisa de preços:

Na Lei n.° 8.666/93:

"Art. 7° [...]

§ 2.º - As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: [...]

II - existir **orçamento detalhado** em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; [...]

§ 9.° - O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos dispensa e inexigibilidade de licitação. [...]

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...]

III - **submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado**; [...]

Art. 43 - A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes requisitos procedimentais: [...]

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com **os preços correntes no mercado** ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;"

Na Lei n.º 10.520/02:

"Art. 3.º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: [...]

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o **orçamento**, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;"

No Decreto n.º 3.555/00:

"Art.8.º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras: [...]

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, **diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado**, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o **seu valor estimado em planilhas**, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado; [...]

V - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o **orçamento estimativo** e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; [...]

Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte: [...]

III - **planilhas de custo**;"

No Decreto n.º 5.450/05:

"Art. 9.º (...)

§ 1.º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no **orçamento estimativo** e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração;

§ 2.º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento**, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado**, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva."

No Decreto n. 3.931/01:

"Art. 3.º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência ou de pregão, do tipo menor preço, nos termos das Leis nos 8.666, de 21 de julho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002, **e será precedida de ampla pesquisa de mercado**. [...]

§ 2.º Caberá ao órgão gerenciador a prática de todos os atos de controle e administração do SRP, e ainda o seguinte: [...]

IV - realizar a **necessária pesquisa de mercado** com vistas à identificação dos valores a serem licitados;"

A referência à adoção de um orçamento detalhado indica a necessidade de considerarem-se concretamente todos os fatores de formação dos custos do contrato.

A pesquisa de preços não se pode satisfazer com aparências porque será ela a fonte dos parâmetros de verificação da conformidade de cada proposta apresentada com os preços de mercado, ensejando a desclassificação quando desconforme.

Mesmo que utilizado o critério de julgamento da proposta baseado no maior percentual de desconto sobre o preço da tabela oficial de peças da montadora, que se traduz no tipo de licitação baseado no menor preço, o levantamento junto a outros órgãos e entidades públicas é importante.

Nada obstante a existência de vários dispositivos no sistema jurídico-normativo fazendo alusão à necessária pesquisa de preços, observa-se, na coletânea de jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que, reiteradamente, o órgão tem deliberado no sentido de impor à Administração Pública a obrigatoriedade de apurarem-se os custos por meio da pesquisa de preços.

De acordo com o art. 113 da Lei n.º 8.666/93, compete aos agentes públicos a demonstração da regularidade dos atos praticados. Como a pesquisa será o balizador de preços, é indispensável documentar os dados obtidos, e suas respectivas fontes, nos autos do processo licitatório ou de contratação direta. Essa medida administrativa, além de presente no ordenamento normativo, deve transparecer aos órgãos de controle e à sociedade.

8. A competitividade do certame

À Administração Pública, após concluir pela vantagem de licitar a contratação de empresa especializada no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos, cumpre buscar

alternativas que compatibilizem a escolha com o princípio constitucional da ampla competitividade entre os interessados. Para isso é necessário que avalie a conveniência de exigir-se, no instrumento convocatório, que a empresa gerenciadora contratada se relacione com rede de oficinas, cuja largueza definirá - todo o território nacional, determinada região ou determinados estados.

As localidades habituais de deslocamento da frota é que guiarão a decisão. Se os deslocamentos são restritos a um único estado da federação, por exemplo, basta a exigência de que a empresa gerenciadora conte com uma rede de oficinas credenciadas localizadas apenas no território do estado do órgão que promove a licitação. A ampliação da rede credenciada para uma região ou para todo o território nacional, sem que isso seja necessário, constitui-se em fator que pode restringir o acesso de empresas do ramo de gerenciamento na licitação e reduzir o universo competitivo sem motivo.

Sendo necessária uma rede de atendimento em todo o território nacional ou extensa região, pode o edital autorizar a participação de empresas em consórcio, no desígnio de aumentar a competitividade, sem perda de especialização, coordenação e eficiência.

9. O entendimento do Tribunal de Contas da União e formas de credenciamento

Após analisar o tema da contratação de empresa especializada no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos, à luz dos princípios e normas aplicáveis às licitações e contratações administrativas, em julgado que contou com valiosas ponderações do representante do Ministério Público, dos Ministros Relator e Revisor, entendeu a Corte de Contas federal de:

"9.3. determinar ao [...] que, diante da especificidade do caso concreto, efetue estudos, no prazo de um ano, **com vistas a verificar a viabilidade de realizar credenciamento de oficinas para prestação dos serviços de manutenção de suas viaturas, seja diretamente ou por meio de empresa especializada** (o grifo não consta do original), estabelecendo, no ato de convocação, regras objetivas a serem observadas em todo procedimento e por ocasião das futuras contratações, em especial no que se refere à forma de qualificação dos interessados, em consonância com os arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993, condições de pagamento e critérios a serem observados por ocasião da escolha da empresa que executará os serviços;" (Acórdão nº 2.731/2009, Plenário).

Depreende-se que o TCU considera lícita a utilização do credenciamento quando, em vista das particularidades do objeto contratado, tornar-se conveniente e viável para a Administração contar com número ilimitado de interessados.

O credenciamento de oficinas para a prestação de serviços, efetuado diretamente pela Administração, não se confunde com o credenciamento das oficinas levado a efeito pela empresa gerenciadora. Por meio deste último modelo, a empresa gerenciadora credencia uma série de estabelecimentos prestadores de serviços, exercendo o controle sobre suas atividades. O outro (credenciamento de estabelecimentos diretamente pela Administração), entendido como hipótese de inexigibilidade de licitação inserta no *caput* do art. 25 da Lei n. 8.666/93, não encontra amparo na lei para sua utilização na forma proposta no Acórdão.

É que, no credenciamento do art. 25, examina-se a inviabilidade de competição caracterizada pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão. Esse raciocínio não se estende ao credenciamento de oficinas diretamente pela Administração porque os preços cobrados

pelos diversos estabelecimentos não são uniformes (tabelados), o que obriga a Administração a buscar aquele que ofereça o menor preço nas condições estabelecidas no instrumento convocatório. Um dos aspectos que poderia ser considerado para a utilização do art. 25, no caso de credenciamento de oficinas diretamente pela Administração, seria a possibilidade desta fixar o valor do objeto (valor hora/homem, por exemplo). Todavia, essa fixação de preços para o objeto somente se justifica se for mais vantajoso para a Administração em relação àqueles provenientes de licitação. A realização de licitação deve sempre buscar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Há outro aspecto que distancia o credenciamento do art. 25 da contratação em estudo: o credenciamento do art. 25 refere-se a serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado o nível técnico da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação, como, por exemplo, no credenciamento de profissionais da área da saúde. Não é o caso das oficinas de manutenção de veículos, cuja qualidade e presteza das atividades podem variar significativamente de um para outro estabelecimento. Sob tal aspecto, o modelo de credenciamento pela empresa gerenciadora permite que esta efetue o descredenciamento automático da oficina cujas atividades não tenham sido desenvolvidas satisfatoriamente. Além disso, a Administração, por meio do credenciamento direto, não teria condições de atender à oferta de todas as oficinas que estivessem dispostas a prestar serviços de manutenção, havendo, portanto, espaço para a competição entre os interessados.

10. Fiscalização do contrato

Todo contrato administrativo deve ser objeto de fiscalização por agente público ou comissão designada para esse fim, consoante estatui o art. 67 da Lei nº 8.666/93. No contrato por meio do qual a Administração transfere à empresa especializada o gerenciamento da manutenção da frota, é fundamental que a fiscalização verifique: (a) se a empresa gerenciadora cumpre o percentual de desconto sobre o preço, à vista da tabela oficial de preços das peças, fornecida pela montadora, consoante percentual fixado no instrumento convocatório, ou o percentual de desconto que se sagrou vencedor da licitação; (b) a comparação entre o tempo gasto para a execução do serviço e o quantitativo de horas (mão de obra) estabelecido em tabela pela montadora (tabela de tempo padrão de reparos); (c) o cumprimento do valor da hora/homem ofertado na proposta vencedora, quando esse tenha sido o critério de julgamento adotado na licitação, ou o valor hora/homem fixado no edital.

O novo modelo implica o fornecimento de relatórios pela empresa gerenciadora, a par de racionalizar o trabalho administrativo do órgão ou entidade pública, daí simplificar a fiscalização estatal sobre a execução do contrato.

Nada obstante tenha a Administração Pública celebrado contrato com a empresa gerenciadora vencedora da licitação - a quem coube comprovar todos os requisitos de habilitação exigidos no instrumento convocatório -, e não com as oficinas credenciadas, é de indagar-se se estas devem figurar na relação jurídica como executoras dos serviços e, em caso afirmativo, se também haveriam de comprovar o atendimento aos requisitos de habilitação, embora não houvessem participado da licitação.

A questão é das mais interessantes porque demanda exame sobre a natureza jurídica dos contratos entre a Administração e a empresa gerenciadora do serviço, e entre esta e as oficinas credenciadas. Seriam esses contratos entre a gerenciadora e as oficinas da rede espécie de subcontratação, por isto que teriam de contar com prévia autorização da Administração, em cada caso? Ou seriam

contratos autônomos? Seria a Administração interveniente necessária nesses segundos contratos? Poderia a Administração efetuar pagamentos diretamente às oficinas? Haveria responsabilidade solidária entre a empresa gerenciadora e as oficinas da rede perante a Administração?

Ver-se-á adiante.

11. Da Terceirização para a "Quarteirização"

No âmbito da Administração Pública, o processo de terceirização consiste na delegação a terceiros de atividades de mero apoio à sua vocação institucional; transferem-se procedimentos e funções específicas a empresas ou profissionais especializados no domínio operacional e técnico da atividade terceirizada. Isso permite que a Administração concentre esforços em sua atividade-fim, em prol de maior eficiência e eficácia no atendimento ao interesse público.

A "quarteirização" é estágio seguinte ao da terceirização, constituindo-se na contratação, pela Administração, de um terceiro privado, especializado em gerenciar pessoas físicas[2] ou jurídicas, os "quarteirizados", que o terceiro contratará para a execução de determinados serviços ou o fornecimento de certos bens necessários ao serviço público. Em síntese: a função da empresa gerenciadora é administrar a execução do objeto cuja execução contratará a outrem.

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, mercê do que, do ponto de vista do Direito Administrativo, a "quarteirização" pretenderia ser instrumento destinado a elevar o teor de concretização do princípio da eficiência, preconizado pelo art. 37, *caput*, da CR/88, na premissa, carente de comprovação a cada caso, de que ambos os segmentos - o da empresa gerenciadora e o das empresas ou profissionais executores - serão capazes de superiormente produzir os resultados com que conta a Administração para assegurar apoio adequado aos fins de interesse público que lhe cumpre alcançar.

12. Objetivos da "quarteirização"

12.1 eliminação de estruturas internas

As Administrações Públicas que optam por administrar diretamente, com os recursos de seus próprios quadros e os meios de seus serviços, as relações com terceiros, são obrigadas a montar uma estrutura interna voltada para a seleção, o gerenciamento e a fiscalização dos respectivos contratos. Os custos assim gerados sobrepõem-se, por vezes, aos ganhos obtidos com a contratação de serviços especializados a terceiros ou os anulam, a saber, o ganho de qualidade e produtividade, a redução da máquina administrativa, a redistribuição de servidores para o exercício de outras funções, eficácia e eficiência na atuação administrativa. A "quarteirização" surge como alternativa para prevenir o inchaço da estrutura interna da Administração Pública, na tentativa de estabelecer-se maior agilidade e pró-atividade na prestação de serviços públicos.

12.2 profissionalização da gestão dos contratos e do relacionamento entre empresas

A "quarteirização" tende a evitar a improvisação de gestores, não raro agentes públicos em desvio de função, situação que, além de dificultar ou mesmo impedir a especialização do profissional, resulta em natural sentimento de insatisfação daquele desviado de sua função, com inevitável perda de eficiência. A negociação contratual dirigida por pessoal não afeito a tal atividade acarreta desgaste individual e, muitas vezes, favorecimento, ainda que inconsciente, a determinados

contratados, em prejuízo de outros. A gestão por meio de empresas especializadas tende a despersonalizar a relação com os prestadores de serviços da rede credenciada.

12.3 garantia jurídica e preservação econômica da relação

Na medida em que a empresa especializada contratada assume a gestão da rede por ela credenciada, nenhuma, em princípio, é a relação desta com a Administração. Assim, espaço não haverá para questionamentos fundados em suposta subordinação hierárquica (característica do contrato de trabalho) entre a Administração e os empregados das empresas executoras. Incumbirá à empresa gestora monitorar a idoneidade econômico-financeira e a regularidade fiscal das empresas executoras, bem como o pagamento de obrigações trabalhistas, sociais e tributárias incidentes ou decorrentes da execução dos serviços credenciados, pelo que nenhuma responsabilidade solidária ou subsidiária terá a Administração se os credenciados falharem na observância daquelas obrigações.

13. A relação jurídica entre a Administração e a empresa gerenciadora

A relação jurídico-contratual entre a Administração e a empresa gerenciadora estabelece-se, de ordinário, por meio do processo seletivo da licitação, admitindo-se a contratação direta, isto é, sem licitação, se o caso concreto corresponder a uma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade previstas em lei. Haja, ou não, procedimento seletivo, sublinhe-se que a empresa gestora presta serviços especializados, logo, é indispensável que entre os objetivos expressos em seu ato constitutivo (contrato social e/ou estatuto) figure a gerência de contratos na forma de "quarteirização".

O contrato administrativo, decorrente dessa licitação, rege-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54 da Lei nº 8.666/93).

O regime jurídico do contrato administrativo celebrado com a empresa gerenciadora confere à Administração as prerrogativas - vale dizer, poderes-deveres -enunciadas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, a saber: (a) modificá-lo, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (b) rescindi-lo, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/93; (c) fiscalizar-lhe a execução; (d) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; e (e) nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Se, na hipótese de rescisão contratual, o art. 58, V, autoriza a Administração Pública a ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, é de admitir-se a possibilidade de a Administração estabelecer uma relação jurídico-contratual provisória diretamente com a rede credenciada, com o fim de evitar a descontinuidade da prestação do serviço público, caso rescinda o contrato com a empresa gerenciadora. Trata-se de situação excepcional, insuscetível de ocorrer na vigência do contrato entre a Administração e a empresa gerenciadora.

14. A relação jurídica entre a empresa gerenciadora e os executores dos serviços (rede credenciada)

A relação jurídica entre a empresa gerenciadora e os contratados para a execução de serviços e fornecimento de bens (rede credenciada) rege-se pelas normas de direito privado, mormente aquelas

do título referente aos contratos em geral, no Código Civil.

No capítulo VII, referente ao contrato de prestação de serviços, a lei civil estabelece que toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição e que, não sendo o prestador de serviço contratado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições.

Nessa relação jurídica privada, autônoma e independente da relação jurídico-contratual ajustada entre a Administração e a empresa gerenciadora, são partes o contratante (a empresa gerenciadora) e os contratados (prestadores de serviços, fornecedores de peças e acessórios, fornecedores de combustíveis). Estes se obrigam, perante a empresa gerenciadora, a executar o objeto da gestão a esta contratada pela Administração, o que desde logo afasta desse contrato o perfil de relação de consumo, posto que esta se caracteriza pelo fato de o consumidor ser o destinatário final do bem ou serviço (CDC, art. 2º). No caso, o destinatário final dos bens fornecidos ou serviços prestados pelos executores não é a empresa gestora, mas a Administração, que parte não é no contrato.

Se dessa relação contratual advier algum dano ou prejuízo para a Administração, respondem, solidariamente, a empresa gerenciadora e o contratado executor (empresa da rede), seguindo-se que a obrigação de ambos, perante a Administração, é indivisível, ou seja, tem por objeto coisa ou fato não suscetível de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico (CC, art. 258).

Na solidariedade passiva, o credor tem o direito de exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto (art. 275 do CC). Por conseguinte, não executado o serviço a contento ou não fornecido o bem com as especificações previstas, empresa gerenciadora e executante estarão solidários no dever de reparar os danos daí decorrentes perante a Administração e esta poderá dirigir o pleito reparatório a qualquer deles ou a ambos.

Situação diversa daquele que resulta do subcontrato autorizado pela Administração (Lei nº 8.666/93, art. 72), em que somente o contratado pela Administração e subcontratante do terceiro, responde pela inexecução, total ou parcial, de todo o contrato, incluindo o subcontrato, ainda que a inexecução se relacione ao objeto subcontratado ao terceiro.

Por isto mesmo importa que o contrato administrativo (o celebrado entre a Administração e a empresa gerenciadora) estabeleça cláusula de garantia para eventual caso de ressarcimento de danos causados à Administração. O edital deverá conter regra específica, como exige o *caput* do art. 56 da Lei n º 8.666/93.

No que tange ao contrato a ser celebrado entre a empresa gerenciadora e os contratados executores (rede credenciada), releva que: (a) contenha cláusulas acordadas com base em critérios objetivos, que precatem conflitos durante e após a execução das obrigações; e (b) tracem normas técnicas e operacionais que pormenorizem a prestação, os meios de comprovação de sua execução e as exigências legais específicas para o credenciamento e autorização para funcionamento dos credenciados, inclusive quanto às normas ambientais pertinentes.

15. Responsabilidade subsidiária da Administração em decorrência do descumprimento das obrigações trabalhistas e sociais pela empresa gerenciadora (terceirizada) e pelo contratado executor dos serviços ("quarteirizado")

Questão desafiante é a que considera a repercussão sobre a "quarteirização" da responsabilidade subsidiária decorrente do descumprimento de obrigações trabalhistas e sociais pela empresa gerenciadora e/ou pelo contratado executor dos serviços, em relação aos seus empregados.

Recorde-se o Enunciado nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*: "*O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).*"

O Tribunal Superior do Trabalho há muito vem se posicionando no sentido da responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto às obrigações trabalhistas não satisfeitas pelo empregador, prestador dos serviços, pela falta de fiscalização, desde que aquele conste da relação processual e do título executivo judicial. De acordo com o TST, o art. 71 da Lei nº 8.666/93, mesmo ao estabelecer que a inadimplência da contratada não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento das obrigações trabalhistas, não excluiu a responsabilidade subsidiária, visto que esta decorre da culpa "*in vigilando*" e/ou da culpa "*in eligendo*".

E quanto à "quarteirização", haveria responsabilidade subsidiária da Administração Pública? A jurisprudência trabalhista tem entendido que sim.

Ilustra-se com alguns julgados do TST, no sentido de responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública nas relações contratuais que envolvem a "quarteirização":

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1465/1999-302-02-40.2, em que é agravante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP e são agravados JESSÉ JOSÉ DE LIMA, GALVÃO ENGENHARIA LTDA. e COOPERATIVA DOS TRABALHADORES DA BAIXADA SANTISTA. [...]

VOTO

Sensível ao fenômeno da terceirização, a jurisprudência acabou por se cristalizar no E.331 do TST, que expressamente reviu o E.256, passando a admitir a não formação do vínculo com a tomadora de serviços no caso de serviços de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do empregador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

No caso particular da autora, sequer há como se entender que o trabalho que desenvolvia não está ligado à atividade fim da recorrente reclamada, posto que impossível a esta abastecer a cidade com água e esgoto, sem que de forma habitual construa e reforme aquedutos e redes de captação de esgoto.

Acrescente-se que em se beneficiando dos serviços do obreiro, ainda que contratado por empresa contratada por outra empresa que lhe presta serviços - e aqui chegamos ao requinte da quarteirização - permanece a responsabilidade da recorrente, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador. O fundamento legal para tal consiste exatamente na culpa *in vigilando,* uma vez que se a recorrente não tem as cautelas devidas, contratando com empresa que escolhe prestadora de serviços que não cumpre com as obrigações contratuais perante seus empregados, que sequer os registra, deixando-os ao total desamparo, empregados estes que em

última análise colocam sua força de trabalho aos interesses da recorrente, por certo, sendo tal caminho aberto à fraude, há que responder na ausência do cumprimento das obrigações contratuais trabalhistas por parte da empregadora.

Ainda que alegue contratação regular por licitação pública, para excluir a culpa *in eligendo*, remanesce a culpa *in vigilando*, mormente quando a prestadora dos serviços deixa de cumprir quaisquer de suas obrigações trabalhistas, em especial pagamento de saldo salarial e verbas rescisórias.

A Lei 8.666/93 mencionada no recurso, com redação da Lei 9.032/95, e, em especial, o art.71, referente à contratação por licitação, não é capaz de afastar a responsabilidade por culpa *in vigilando* que emerge do Código Civil." (PROCESSO AIRR - 146540-42.1999.5.02.0302)

"Em que pesem as argumentações delineadas pela recorrente, analisando os presentes autos, constato que a 1.ª Turma deste Tribunal, ao apreciar o recurso ordinário interposto pela empresa CERON (fls. 298/307), no que diz respeito à responsabilidade do tomador de serviço, proferiu entendimento que este deve assumir todas as conseqüências pelo inadimplemento das obrigações contratuais não satisfeitas pela contratada. Com relação à subsidiariedade, o venerando acórdão foi assim ementado: *TOMADOR DE SERVIÇOS. Conforme infere-se dos termos da Súmula 331/TST, a responsabilidade subsidiária abrange de forma ampla o descumprimento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, devendo o tomador assumir todas as conseqüências pelo inadimplemento da contratada, mesmo porque beneficiou-se dos serviços do reclamante. A subsidiariedade persiste mesmo nos casos de quarteirização. CERON. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LICITAÇÃO. Em se tratando de responsabilidade decorrente da terceirização ou quarteirização, aplicam-se às sociedades de economia mista as mesmas regras referentes aos entes privados.*" (PROCESSO Nº TST-AIRR-679/2006-031-14-40.7)

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° TST-AIRR-2.434/2007-006-09-40.2, em que é Agravante DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO ESTADO DO PARANÁ - DETRAN e Agravados FLÁVIO GAIER e DIRETA CONSULTORIA, ASSESSORIA E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA. [...] VOTO [...] Sustenta que é indevida a responsabilidade subsidiária que lhe foi imposta. Consta do v. Acórdão: *Cabe destacar inicialmente que, ao contrário do alegado pelo recorrente, a primeira reclamada (Direta Consultoria Assessoria e Serviços de Informática Ltda.) não foi a vencedora da licitação, tendo ocorrido, no presente caso, o fenômeno da quarteirização. (...) Quanto à responsabilidade, encontra-se pacificado na jurisprudência desta Especializada (Súmula 331, IV, do C. TST) o reconhecimento de que o tomador dos serviços é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas inadimplidas decorrentes do contrato de trabalho havido entre o reclamante e a prestadora.*

Muito embora o vínculo empregatício tenha se dado exclusivamente com a prestadora do serviço, nem por isso deixa o tomador de responder por eventuais danos causados por aquela ao trabalhador. Observe-se que a lei atribui responsabilidade inclusive àquele que não praticou diretamente o ato danoso: art. 43, 932 e 942 do Código Civil e art. 455 da CLT, por exemplo.

O fundamento da responsabilidade está na presumida culpa in eligendo e in vigilando, que se atribui a quem (tomador) indiretamente (por meio do contrato com a prestadora) causou prejuízo a terceiro (empregado). Entende-se nesse caso que o tomador contratou sem as devidas cautelas ou não fiscalizou devidamente o cumprimento de obrigações decorrentes desse contrato. Não se questiona da liberdade de contratar, mas como o próprio Código Civil (art. 421) dispõe, a liberdade de

contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (...)

Não há nessa construção jurisprudencial ofensa ao art. 5º, inc. II, da CF/88, tampouco ao art. 265 do Código Civil, segundo o qual a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes. (...)

Trata-se de aplicação do art. 927 do Código Civil, não de reconhecimento de que o tomador e a prestadora são solidários nas obrigações trabalhistas. Depois, o art. 37, § 6º, da CF/88 prevê a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes. Trata-se de responsabilidade objetiva, conforme a doutrina e jurisprudência, tornando desnecessário perquirir sobre eventual culpa in eligendo ou in vigilando. (...)

Nesse sentido, basta o inadimplemento das verbas trabalhistas para que o ente público seja responsabilizado, tal como previsto na Súmula 331, IV, do C. TST. Por conseguinte, não prospera o argumento do recorrente de ser indevida a responsabilidade subsidiária, diante do contido na cláusula 6ª do contrato de prestação de serviços firmado pelos reclamados.

*Por tudo isso, tem-se por correta a responsabilização subsidiária do DETRAN pelos créditos do reclamante1.[...]*A Turma decidiu em sintonia com a Súmula 331, IV/TST, o que não permite divisar ofensa aos dispositivos legais invocados e inviabiliza o seguimento do recurso, inclusive por dissenso jurisprudencial (Súmula 333/TST). [...]

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao Agravo de Instrumento." (PROCESSO Nº TST-AIRR-2.434/2007-006-09-40.2)

16. Orientação do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão pela procedência da Reclamação nº 9.016, ajuizada pelo Estado de Rondônia contra decisão do Tribunal Superior de Trabalho (TST), que o condenara a pagar as verbas trabalhistas devidas por prestadora de serviços terceirizados, com base na responsabilização subsidiária. Assim:

"DECISÃO RECLAMAÇÃO - VERBETE VINCULANTE Nº 10 DA SÚMULA DO SUPREMO - ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - AFASTAMENTO NA ORIGEM SEM INSTAURAR-SE O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A Assessoria prestou as seguintes informações: o Estado de Rondônia, folhas 2 à 10, articula com a inobservância do Verbete Vinculante nº 10, da Súmula do Supremo. Visa a anular o acórdão proferido no Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 787/2008-004-14-40.9, em 26 de agosto de 2009, pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido da incompatibilidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 com o § 6º do artigo 37 da Constituição de 1988 (folha 22 a 26). Alega haver sido condenado, presente a responsabilização subsidiária, ao pagamento de verbas trabalhistas devidas por prestadora de serviços terceirizados, mediante pronunciamento do órgão fracionário, sem observar-se a cláusula de reserva do plenário. Veicula pedido de concessão de medida acauteladora para suspender, até o julgamento final desta reclamação, o acórdão atacado. Alfim, busca a declaração de nulidade do ato questionado. Acompanham a inicial os documentos de folha 11 a 27. À folha 30, Vossa Excelência projetou o exame do pleito de liminar para o período posterior à vinda das informações. A autoridade reclamada, à folha 42 à 46, sustenta que a observância do item IV do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho não implica a incidência ou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93. Diz da impropriedade da medida,

apontando o pronunciamento do Plenário em 11 de setembro de 2000, na 18ª Sessão Extraordinária, como autorizador da atuação dos órgãos fracionários no âmbito da Justiça Especializada. No julgamento, ficou consignada a desnecessidade de afastar-se a aplicação do preceito legal referido, com declaração de inconstitucionalidade, para condenar entes públicos em responsabilidade subsidiária. Os interessados, intimados às folhas 56 e 60, quedaram silentes. O processo veio concluso para apreciação do pedido de liminar. 2. Repetem-se as situações jurídicas em que o Tribunal Superior do Trabalho, a partir do item 4 do Verbete nº 331 da respectiva Súmula, afasta, sem que haja sido formalizado anteriormente o incidente de inconstitucionalidade, a eficácia do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Em síntese, verifica-se quadro a atrair a observação do Verbete Vinculante nº 10 da Súmula do Supremo: viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Frise-se, por oportuno, que a circunstância de o Tribunal Superior do Trabalho ter aprovado verbete de súmula a contrariar o preceito legal não afasta este último do mundo jurídico. Indispensável seria - repita-se - examinar-se possível discrepância do ato normativo com a Carta Federal. 3. Ante a pacificação da matéria mediante verbete de súmula, julgo procedente o pedido formulado nesta reclamação para fulminar o acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 787/2008-004-14-40.9, a fim de que haja a apreciação do tema presente o controle difuso de constitucionalidade. 4. Publiquem. Brasília - residência -, 17 de abril de 2010, às 14div5. Ministro MARCO AURÉLIO Relator"

17. O gerenciamento do fornecimento de combustíveis

A contratação de empresa gerenciadora do fornecimento de combustíveis independe da contratação de empresa especializada no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos, contudo segue os mesmos moldes desta, ou seja, a Administração transfere à empresa especializada, vencedora da licitação, o gerenciamento informatizado do fornecimento de combustíveis para abastecimento de sua frota, por meio de rede credenciada de postos de abastecimento localizados em âmbito estadual, regional ou nacional. Na prática, o agente público autorizado efetua o abastecimento de veículo em qualquer dos postos credenciados pela empresa gerenciadora, por meio da utilização de um cartão magnético, obrigando-se esta última a apresentar relatórios de gastos (consumo), preços praticados, identificação do usuário e dos postos de combustíveis fornecedores.

A contratação tradicional, ou seja, de um único posto de combustível, vencedor da licitação, obriga a Administração contratante a efetuar o abastecimento de seus veículos no âmbito exclusivo desse estabelecimento.

O modelo de contratação de empresa gerenciadora possibilita que uma rede de postos credenciados em várias localidades atenda à demanda da Administração, onde a necessidade surgir, evitando-se o uso de suprimento de fundos, sujeito a excessos e impropriedades.

No campo da economicidade, a contratação de empresa de gerenciamento do fornecimento de combustíveis pode ter sua duração estendida para além do exercício financeiro, afastando, com isso, a necessidade de realizar-se licitação a cada exercício financeiro para a aquisição de combustíveis, segundo a regra do art. 57*, caput*, da Lei nº 8.666/93. É que o contrato de gerenciamento, cuja natureza é a de prestação de serviços, reitere-se, permite que sua duração ultrapasse o exercício financeiro, podendo atingir o limite de 60 (sessenta) meses, desde que comprovada a vantagem

econômica das possíveis prorrogações.

O Tribunal de Contas da União anotou, acerca da economicidade gerada na contratação de empresa gerenciadora de combustíveis, que "... o documento elaborado pela Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (fls. 304/315, v. 1), versando sobre o uso do sistema de gerenciamento de frota do DPF **no abastecimento de combustíveis - embora de objeto diverso ao que ora se analisa (manutenção) -, assinala um potencial de redução de gastos da ordem de R$ 1,76 milhão por ano** (grifo não consta do original), o que, ao sentir do [...], tornam otimistas as expectativas quanto à diminuição de custos pela implementação de tal sistema de gerenciamento para manutenção de veículos" (Acórdão nº 2731/2009, Plenário).

18. Critérios de julgamento das propostas

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

"... é adequado o uso do valor da taxa de administração como critério de julgamento. Não se trata, aliás, de nenhuma inovação, já que tal sistemática tem sido rotineiramente empregada - sem qualquer crítica desta Corte sob este aspecto, friso - em licitações para contratação de serviços de gerenciamento em que o contratado não é o fornecedor direto do bem ou serviço final demandado pela administração.

5. É o caso, por exemplo, dos certames para contratação de serviço de fornecimento de passagens aéreas, em que as agências de viagens, que não são as fornecedoras do serviço de transporte aéreo demandado pelo poder público, são selecionadas com base no valor da taxa de administração que cobram.

6. O mesmo ocorre com o fornecimento de combustíveis ou de vales-refeições, em que idêntico critério de julgamento é empregado e o entregador final do produto demandado não é o distribuidor de combustíveis ou a empresa de vales, mas o posto de gasolina ou o restaurante credenciado em que o abastecimento de cada veículo e consumo de cada refeição é feito." (Acórdão nº 2731/2009, Plenário).

De acordo com esse critério de julgamento, vence a licitação a empresa que oferece a menor taxa de administração, podendo ser, inclusive, de 0% (zero por cento) ou negativa, como admitido no Acórdão nº 552/2008, Plenário, que assim assentou - "9.2.1. (...) a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93".

É que, diferentemente da contratação de empresa gerenciadora da manutenção preventiva e corretiva de veículos, onde a taxa de administração representa um percentual muito pequeno em relação aos custos da execução dos serviços (peças e mão de obra) e, portanto, esse critério de julgamento não se traduz em economicidade para a Administração Pública, no gerenciamento de combustíveis o produto fornecido é padronizado e não há significativa diferença de preços entre um posto de fornecimento e outro, não representando a cobrança de taxa de administração fator a onerar os custos da contratação. Além disso, os preços para as várias espécies de combustíveis são controlados pela Agência Nacional do Petróleo (ANP)[3], o que faz com que os preços praticados em todo o território nacional se aproximem do nivelamento.

Mas é importante que a Administração Pública efetue pesquisa de mercado sobre as taxas cobradas pelas empresas do ramo. É que a cobrança de taxas elevadas onera, sim, os custos da contratação, fator bastante para que o administrador não opte por esse critério de julgamento de proposta.

Outro critério usual é o baseado no maior percentual de desconto. Vence a licitação a concorrente que oferecer o maior percentual de desconto sobre o preço à vista, cobrado na bomba de combustíveis. Dito percentual é calculado sobre o preço final de venda, mesmo sobrevindo redução de preços.

O instrumento convocatório não deve estipular índice de desconto máximo, o que caracterizaria fixação de preço mínimo, vedada pelo art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93.

A escolha do critério de julgamento deve conhecer o perfil do consumo de combustíveis nos exercícios anteriores, bem assim como operam as empresas gerenciadoras, entre outros dados peculiares, e desde que o critério tido como o mais vantajoso (menor taxa de administração ou maior percentual de desconto) não restrinja a competitividade[4].

19. A natureza do contrato de gerenciamento e sua duração

Não se suscitou dúvida, até aqui, quanto à natureza jurídica do contrato celebrado entre a Administração e a empresa gerenciadora dos serviços sob foco. É a de contrato administrativo, sujeito aos princípios e normas da Lei Geral de Licitações. A incidência do regime da Lei nº 8.666/93, entretanto, acarreta não poucas indagações.

Uma delas: pode a Administração licitadora estabelecer no instrumento convocatório a vigência do contrato pelo prazo de 12 meses, prorrogáveis até o limite de 60 meses (art. 57, II, da Lei nº 8.666/93), na contratação de empresa gerenciadora do fornecimento de combustíveis ou da manutenção preventiva e corretiva de veículos?

O *caput* do artigo acima citado estabelece, como regra, que a duração dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 fique adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, ou seja, até o final do exercício financeiro (31 de dezembro do ano em que foi celebrado o contrato). O mesmo dispositivo também prevê três exceções à regra, entre as quais a de que contratos cujo objeto seja a prestação de serviços contínuos (inciso II) tenham a sua duração estendida até o exercício seguinte, admitindo-se a prorrogação por iguais e sucessivos períodos, desde que demonstrada a vantagem para a Administração e limitada a duração ao máximo de 60 meses.

Resta saber se ditos contratos podem ser classificados como de prestação de serviços contínuos, para o efeito de se enquadrarem na exceção do art. 57, II.

Tanto no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos como no gerenciamento do fornecimento de combustíveis - embora este constitua obrigação de dar, e, não, propriamente, obrigação de fazer, que tipifica a prestação de serviços -, o objeto da contratação administrativa é a gerência de um modo peculiar de obter aqueles bens e serviços. A execução do serviço de manutenção ou a execução do fornecimento do combustível não são o objeto da contratação, pela singela razão de que não são o objeto social da empresa gerenciadora. Esta não faz a manutenção, nem fornece o combustível; cumpre-lhe gerenciar a execução da manutenção ou gerenciar o fornecimento do combustível. A contratação é de um sistema de gestão, portanto, de uma atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração Pública, que o art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93 define expressamente como serviço.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, ao responder a consulta formulada pela Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul - FAMURS, acerca da contratação de empresa de gerenciamento do fornecimento de combustíveis por meio da utilização de cartão magnético, analisou a questão da natureza dessa contratação.

Assentou que o critério a ser utilizado para essa definição deva basear-se na atividade preponderante ou essencial da prestação contratada, no caso, o objeto pretendido compreende as atividades próprias do cartão combustível, com destaque para a gestão e o controle do abastecimento da frota, encargos estes que seriam de responsabilidade da empresa gerenciadora. A atividade preponderante, de acordo com a Corte de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, é a prestação de uma determinada utilidade para a Administração, ou seja, prestação de serviços.

Reproduz-se, a seguir, o texto do Parecer nº 10/2009, da Auditoria do TCE/RS, acolhido pelo Tribunal Pleno em sessão de 27.05.09:

"Encaminha o Senhor Conselheiro CEZAR MIOLA o processo referente à Consulta formulada pela Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul - FAMURS, com o seguinte conteúdo:

a) Se forem utilizar o Cartão Combustível devem licitar o combustível separadamente, considerando que as instituições financeiras não o vendem, ou não há necessidade de assim procederem?

b) Se a licitação for separada, pode o Município exigir que o posto seja credenciado da instituição com a qual a Administração contratou o cartão combustível? Esta condição não limita, direciona ou restringe a competição?

c) Se não houver necessidade de licitação para o combustível, como proceder na contratação do cartão combustível para a definição do valor unitário e total, quantitativos e indicação dos postos de combustíveis?

d) Podem celebrar contrato sem licitação para esta finalidade com instituições financeiras oficiais, tais como BANRISUL e Caixa Federal?

e) Se houver necessidade de licitação para o cartão combustível, a modalidade mais adequada será o pregão?

f) Quais os elementos essenciais a serem contemplados no edital para que se evitem problemas com a licitação e a contratação dele decorrente?.

Estas questões foram enfrentadas pela Consultoria Técnica do Tribunal, que ofereceu, na Informação nº 009/2009, de autoria dos Auditores Públicos Externos JOSÉ ALAOR SILVEIRA e SANDRO CORREIA DE BORBA, suas conclusões nestes termos:

a) visualizada de forma estrita, a hipótese trazida na consulta encontra na doutrina colacionada, que utiliza "a aplicação de critério baseado na natureza da atividade preponderante ou essencial da prestação contratada", para definição do real interesse do contratante, sustentação para caracterizar-se o objeto da licitação como serviço (sistema de cartão combustível); no caso, o objeto pretendido compreende as atividades próprias do cartão combustível, com destaque à gestão e controle do abastecimento da frota, encargos estes de responsabilidade da administradora do

cartão;

b) se juridicamente possível alcançar conclusão no sentido da caracterização do cartão combustível como contrato de prestação de serviços, em face das atividades típicas do citado cartão, não menos importante se afigura destacar que as ações desenvolvidas pelo contratado, em especial, gestão e controle do abastecimento da frota, não afastam a responsabilidade da Administração, exemplificativamente, no que se refere aos necessários atos tendentes à liquidação da despesa pública, momento em que, inclusive, deverá aferir a correção dos valores praticados pelo combustível que tiver sido consumido em determinado período;

c) o sistema de cartão combustível, em razão de suas peculiaridades, dentre as quais o convênio mantido com os postos de combustível, não se compatibiliza com a licitação do combustível separado;

d) o conjunto de todas as peculiaridades de que se reveste o sistema de cartão combustível, não permite antecipar conclusão no sentido de que, em licitação que possua como objeto a contratação do citado cartão, estar-se-ia não observando o princípio da economicidade;

e) mesmo na hipótese de ser promovida licitação para a compra (fornecimento) de combustível apenas (obrigação de dar), a exigência de comprovação de credenciamento prévio não seria lícita, pois representaria restrição indevida à competitividade no certame, bem como ofensa ao princípio da isonomia (artigo 3º da Lei Federal nº 8.6661993);

f) a Administração tem o dever legal de definir quantitativos, assim como preços unitários e totais dos materiais e serviços que contratar (artigos 7º, § 2°, II, e §§ 4° e 6º, e 55, I, da Lei Federal n° 8.666/1993). Mesmo na hipótese de contratação de serviços de cartão combustível, em que não seria possível estabelecer, com precisão, as quantidades e os valores a serem despendidos, a Administração deveria realizar uma estimativa, com base no consumo provável, e estipular um valor anual, desdobrando em combustível (quantidades em litros, considerando o total de veículos da frota) e serviços de gerenciamento (valores relativos à taxa de administração);

g) é lícito exigir que as empresas interessadas na prestação de serviços de cartão combustível comprovem possuir um número mínimo de postos habilitados para o abastecimento de frota, em determinadas áreas geográficas, tendo em vista tal exigência revelar-se indispensável para o específico objeto do contrato, não significando, em tese, afronta ao princípio da competitividade (art. 3º, § 1°, I, da Lei Federal n° 8.666/1993);

h) os elementos essenciais a serem contemplados no edital de licitação de cartão combustível seriam, conforme o caso, aqueles prescritos, em especial, no artigo 40 e incisos da Lei Federal n° 8.666/1993, sem prejuízo de todas as demais indicações específicas ou peculiares da licitação;

i) ressalvado o exame do caso concreto, a contratação de serviços de cartão combustível, em princípio, não caracterizaria objeto que se marcasse como possível de ser contratado sem licitação, tendo em vista não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de dispensa previstas no artigo 24 da Lei, bem como em face da ausência de peculiaridade que autorizasse a inexigibilidade por inviabilidade de competição, nos termos do artigo 25 do mesmo Diploma Legal;

j) não existiria óbice em se licitarem os serviços de cartão combustível por pregão, uma vez que tais serviços, em tese, enquadram-se no conceito de serviço comum a que alude a Lei Federal n° 10.520/2002 (artigo 1º, parágrafo único);

k) em determinadas situações, poderá não se justificar o pagamento de uma prestação de serviços de tal natureza. Lembramos que, além do pagamento pelo consumo efetivo de combustível em determinado período (a título de reembolso), poderá haver a cobrança de uma taxa de administração pelos serviços prestados; daí caber a cada instituição analisar e decidir de acordo com a sua realidade, sempre considerando o conjunto de regras e princípios aplicáveis à espécie.

Enviado o processo a esta Auditoria, foi, em 28-04-2009, distribuído a este Auditor Substituto de Conselheiro.

É o relatório.

Os aspectos fundamentais da Consulta foram adequadamente examinados pela Consultoria Técnica. Podem ser endossadas, sem qualquer restrição, as conclusões constantes dos itens c a j, da manifestação de fls. 8/34, constante no processo.

Todavia, é imperativo que se faça uma ressalva quanto à natureza do contrato em tela, identificado pela Informação nº 009/2009 como sendo o de prestação de serviços, pelo elemento da preponderância, embora se reconheça, também, a presença de elementos de uma relação de compra e venda, no caso, dos combustíveis.

Ocorre que, na medida em que o certame a ser realizado travar-se-á em torno da proposta mais vantajosa para Administração Pública no que tange à taxa de administração a ser cobrada pela contratada, não se pode perder de vista a hipótese da referida taxa ser inexistente, como, ocasionalmente, já se pode observar (veja-se, por exemplo, a ata do pregão nº TCMRJ nº 023/2005, no site do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro).

É que a cobrança de referida taxa de administração não é elemento essencial do contrato para o fornecimento do cartão combustível, o que demanda se cogitar de como proceder a caracterização da prestação de serviços, já que este contrato, nos termos do Artigo 594 do Código Civil, exige a retribuição como um de seus elementos essenciais (dito de outra forma, é contrato essencialmente oneroso).

Ora, se inexistente a taxa de administração em benefício da contratada, onde estará a retribuição? Na transferência (temporária, caracterizando uma cessão de direitos) da exclusividade de que desfrutará a contratada em viabilizar, através de sua rede conveniada, o fornecimento de combustíveis à Administração Pública. Esta exclusividade é um bem intangível, pertencente à Administração Pública, que será transferido à contratada, podendo ou não ser acompanhado do pagamento de taxa de administração. É este ativo que oportunizará, eventualmente, que a prestadora de serviços (para a Administração Pública) obtenha sua retribuição por via indireta, no contrato que manterá com sua rede conveniada.

Vale destacar, ainda mais uma vez, o que constou no item b da manifestação da Consultoria Técnica, no sentido de que as ações desenvolvidas pelo contratado, em especial, gestão e controle do abastecimento da frota, não afastam a responsabilidade da Administração, exemplificativamente, no que se refere aos necessários atos tendentes à liquidação da despesa pública, momento em que, inclusive, deverá aferir a correção dos valores praticados pelo combustível que tiver sido consumido em determinado período. A retribuição da prestadora de serviços, mesmo se não for feita diretamente através da taxa de administração, por óbvio não poderá resultar em sobrepreço dos combustíveis, em relação ao que é praticado pelo mercado, pois este mecanismo indireto, na

medida em que resultaria em ônus para a Administração Pública, conflita com os princípios constitucionais da eficiência (Constituição Federal, Artigo 37, *caput*) e da economicidade (Constituição do Estado, Artigo 19, *caput*).

Daí porque, na relação atípica que se formará, verdadeiro contrato misto, além da presença dos elementos da prestação de serviços (que permanece como preponderante, para os fins já identificados na Informação nº 009/2009), e da compra e venda, também o da cessão de direitos de exclusividade devem ser considerados, aplicando-se, no demais, as bem lançadas conclusões da Informação nº 009/2009, da Consultoria Técnica, que poderá ser encaminhada ao Consulente, juntamente com este Parecer, como a contribuição desta Corte."

Extrai-se que a natureza da contratação de empresa especializada no gerenciamento de combustíveis ou no de manutenção preventiva e corretiva de veículos é a de prestação de serviços. Reconhece-se a presença de elementos da compra e venda e da cessão de direitos, todavia de teor acessório ou subsidiário.

Para que seja possível o enquadramento dessa contratação na exceção do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 é preciso definir, ainda, se se trata de serviço contínuo.

Para o Tribunal de Contas da União, "*o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional*" (Acórdão nº 132/2008, Segunda Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz. Processo TC 010.020/2003-1, DOU de 15/02/08).

Tanto a manutenção preventiva e corretiva de veículos como o fornecimento de combustíveis são essenciais para o funcionamento de atividades administrativas, razão pela qual o gerenciamento de tais aquisições não pode sofrer solução de continuidade, sob pena de paralisação de funções de permanente interesse público. Resulta a possibilidade jurídica de aplicar-se o disposto no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 a esses contratos, desde que, insista-se, a Administração contratante demonstre a vantagem econômica da prorrogação.

20. A contratação de empresa gerenciadora por meio do Sistema de Registro de Preços (SRP)

O SRP caracteriza-se como um conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e ao fornecimento de bens, com vistas a contratações futuras, que poderão, ou não, ocorrer. A indisponibilidade de dotação orçamentária autoriza que a Administração constitua o registro de preços, deixando a proposta mais vantajosa previamente selecionada, no aguardo da liberação de recursos orçamentários ou financeiros para efetivar a contratação. E o licitante registrado tem a expectativa de direito de contratar com a Administração, dentro do prazo de validade da ata resultante da licitação formadora do SRP.

O SRP, no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, é regulamentado pelo Decreto n° 3.931/01, o qual prevê a realização da licitação para a formação do registro de preços, tanto para futura aquisição de bens quanto de serviços. Recordem-se suas regras nucleares:

"Art. 1º As **contratações de serviços** e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços, no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - Sistema de Registro de Preços - SRP - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à **prestação de serviços** e aquisição de bens, para contratações futuras; [...]

Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou **serviço**, houver necessidade de contratações freqüentes;

II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou **contratação de serviços** necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a **contratação de serviços** para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; [...]

Parágrafo único. Poderá ser realizado registro de preços para contratação de bens e **serviços de informática**, obedecida a legislação vigente, desde que devidamente justificada e caracterizada a vantagem econômica. [...]

Art. 3º [...]

§ 4º Cabe ao órgão participante indicar o gestor do contrato, ao qual, além das atribuições previstas no art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993, compete: [...]

IV - informar ao órgão gerenciador, quando de sua ocorrência, a recusa do fornecedor em atender às condições estabelecidas em edital, firmadas na Ata de Registro de Preços, as divergências relativas à entrega, as características e origem dos bens licitados e a recusa do mesmo em assinar contrato para fornecimento ou **prestação de serviços**. [...]

Art. 5º A Administração, quando da aquisição de bens ou **contratação de serviços**, poderá subdividir a quantidade total do item em lotes, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade, observado, neste caso, dentre outros, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

Parágrafo único. No caso de **serviço**s, a subdivisão se dará em função da unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados esperados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame. Nestes casos, deverá ser evitada a contratação, num mesmo órgão e entidade, de mais de uma empresa para a execução de um mesmo **serviço** em uma mesma localidade, com vistas a assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização. [...]

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços contemplará, no mínimo:

I - a especificação/descrição do objeto, explicitando o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para a caracterização do bem ou serviço, inclusive

definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas; [...]

V - as condições quanto aos locais, prazos de entrega, forma de pagamento e, complementarmente, nos casos de **serviços**, quando cabíveis, a freqüência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados; [...]

VIII - os modelos de planilhas de custo, quando cabíveis, e as respectivas minutas de contratos, no caso de **prestação de serviços**; [...]

§ 2º Quando o edital prever o fornecimento de bens ou **prestação de serviços** em locais diferentes, é facultada a exigência de apresentação de proposta diferenciada por região, de modo que aos preços sejam acrescidos os respectivos custos, variáveis por região. [...]

Art. 12. A Ata de Registro de Preços poderá sofrer alterações, obedecidas as disposições contidas no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º O preço registrado poderá ser revisto em decorrência de eventual redução daqueles praticados no mercado, ou de fato que eleve o custo dos **serviços** ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador da Ata promover as necessárias negociações junto aos fornecedores."

Sendo a natureza da contratação de empresa de gerenciamento do fornecimento de combustíveis ou de manutenção preventiva e corretiva de veículos a de prestação de serviços, como retro exposto, é induvidoso que a Administração pode realizar a licitação para a formação de registro de preços relativo a esse objeto, inclusive na modalidade pregão, ao que exsurge da Lei nº 10.520/02, art. 11 - "As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico."

À Administração, durante o prazo de vigência da ata de registro de preços, poderá assinar o contrato com a empresa gerenciadora da manutenção preventiva e corretiva de veículo ou do fornecimento de combustíveis registrada, cuja duração obedecerá ao disposto no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93, conforme autorizado pelo Decreto nº 3.931/01 ("Art. 4º O prazo de validade da Ata de Registro de Preço não poderá ser superior a um ano, computadas neste as eventuais prorrogações. § 1º Os contratos decorrentes do SRP terão sua vigência conforme as disposições contidas nos instrumentos convocatórios e respectivos contratos, obedecido o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666, de