

VOTO

Trata-se de representação formulada pelo Sindicato das Empresas Locadoras de Veículos Automotores do Distrito Federal – SINDILOC-DF em que se alega a ocorrência de diversas ilegalidades praticadas pela Central de Compras do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão no âmbito do Pregão Eletrônico nº 3/2016, do tipo menor preço representado pelo maior percentual de desconto ofertado, que tem por objeto o *“registro de preços para contratação do serviço de agenciamento de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviços dos órgãos da Administração Pública Federal – APF direta, por meio de táxi e por demanda, no âmbito do Distrito Federal – DF e entorno, pelo período de 12 (doze) meses”*.

2. As ilegalidades e/ou irregularidades suscitadas na referida representação podem ser assim sintetizadas, conforme se extrai da petição apresentada e da manifestação da unidade técnica:

- a) alegação de prazo insuficiente entre a data da publicação e a data da sessão (peça 1, p. 5-9), em desacordo com o disposto no art. 4º, inciso V, da Lei 10.520/2012, e com o princípio da razoabilidade;
- b) alegação de restrição indevida à competitividade (peça 1, p. 9-13), em desacordo com o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993;
- c) alegação de violação ao princípio da vantajosidade (peça 1, p. 14-16), em desacordo com o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e no inciso I do § 1º e **caput** do art. 3º da Lei 8.666/1993;
- d) alegação de impossibilidade da participação de cooperativas e risco de relação trabalhista (peça 1, p. 16-27), em desacordo com os itens 10 e 11 do Termo de Referência do Pregão 03/2016, com a Súmula 281 do TCU, e com a Lei 6.019/1974;
- e) alegação de violação à Lei 12.468/2011, que regulamenta a profissão de taxista (peça 1, p. 28-29);
- f) alegação de risco de conflito em relação à subordinação dos serviços de taxi à Secretaria de Estado de Mobilidade Urbana do Distrito Federal (peça 1, p. 29-30), em desacordo a Lei 5.323/2014;
- g) alegação de falhas na publicidade da audiência pública (peça 1, p. 30-37), em desacordo o art. 39 da Lei 8.666/1993;
- h) alegação de ausência de previsão de reajuste de preços (peça 1, p. 37-39), em desacordo com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro contratual previsto nos arts. 57, 58 e 65 da Lei 8.666/1993, com o inciso XI do art. 40 e inciso III do art. 55, ambos do mesmo citado diploma, e com o art. 5º do Decreto 2.271/1997; e
- i) alegação de violação ao disposto no Caderno de Logística da SLTI (peça 1, p. 39-40).

3. Além do SINDILOC-DF, a Cooperativa de Transporte Rodoviário – COOPERTRAN também ingressou com representação contra o referido procedimento licitatório (TC-026.263/2016-5), apontando as seguintes ilegalidades e/ou irregularidades:

- aa) o edital ora impugnado seria nitidamente um edital de contratação de solução de TI, embora dissimulando uma contratação de transporte (peça 1, p. 2 do TC-026.263/2016-5);
- bb) a centralização do objeto afastaria pequenas empresas de transporte e locadoras e não traria maior economia por restringir a competitividade (peça 1, p. 3-4 do TC-026.263/2016-5);

- cc) a centralização impor à Administração um risco considerável por não haver previsão de medidas de contingências em caso de problemas na execução do contrato (peça 1, p. 5-6 do TC-026.263/2016-5);
- dd) os estudos técnicos poderiam ter previsto a participação das cooperativas de transporte/locadoras sob um sistema por demanda (peça 1, p. 9 do TC-026.263/2016-5);
- ee) a licitação estaria direcionada a apenas uma plataforma de tecnologia, desconsiderando, por exemplo, os benefícios da telemetria para gestão de transporte, que não restringiria o universo de potenciais prestadores de serviços a taxistas, podendo ser aberta a disputa a microempresas, empresas de pequeno porte, cooperativas, além das outras empresas de locação, bastando adotar remuneração por demanda flexível, sem exclusividade de veículos e motoristas (peça 1, p. 11 do TC-026.263/2016-5);
- ff) ausência de segregação de funções, o que inviabilizaria a fiscalização, por colocar sob a responsabilidade dos motoristas e usuários a medição das corridas (peça 1, p. 12 do TC-026.263/2016-5);
- gg) a carga tributária teria sido ignorada pelo MPOG na relação agenciadora de transporte-taxista (peça 1, p. 14 do TC-026.263/2016-5);
- hh) o MPOG estaria permitindo a subcontratação da central de atendimento, que constitui a atividade central do serviço (peça 1, p. 19 do TC-026.263/2016-5).

4. Por meio de despacho datado de 31 de outubro de 2016, determinei o apensamento do TC-026.263/2016-5 aos presentes autos, em virtude de conexão e com vistas a ensejar o julgamento conjunto da matéria tratada em ambas as representações.
5. Em 29 de novembro de 2016, deferí, com fundamento no art. 276 do RITCU, a medida cautelar postulada em ambas as representações, determinando, em consequência, a imediata suspensão do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 03/2016 da Central de Compras do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão ou de eventual contrato dele decorrente, até ulterior deliberação desta Corte de Contas sobre a matéria.
6. Entendi, naquela ocasião, que o órgão jurisdicionado, ao estabelecer a contratação do serviço de agenciamento de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviço dos órgãos da Administração Pública Federal por meio (exclusivo) de táxi e por demanda, restringiu indevidamente a competitividade do certame, violando, em princípio, o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)” (grifou-se).

7. Posteriormente, vieram aos autos as respostas às oitivas por mim determinadas, quando do deferimento da medida cautelar.
8. A Central de Compras do Ministério do Planejamento manifestou-se nos autos por meio da Nota Técnica nº 17365/2016-MP (peças 35 e 36), concluindo pela legalidade do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 03/2016. Pugnou, ainda, pela revogação da medida cautelar, tendo em vista o dano reverso à União caso seja mantida a suspensão da contratação.
9. Posteriormente, foram juntados aos autos memoriais produzidos pelo órgão jurisdicionado (peça 37), além de tabela discriminando os contratos de transporte atualmente vigentes, constando a data do término da vigência dos referidos contratos e os valores anuais contratados (peça 38).
10. A Shalom Taxi Serviços de Agenciamento e Intermediação de Pagamento de Corridas de Taxi Ltda.-ME, empresa que se sagrou vencedora no aludido certame, apresentou manifestação constante à peça 42 dos presentes autos, por meio da qual defendeu a regularidade do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 03/2016. Requereu, ainda, o seu ingresso no presente feito como terceira interessada, o que foi deferido.
11. A unidade técnica manifestou-se novamente nos autos, unicamente no que concerne aos pressupostos da medida cautelar (peça 44), haja vista as alegações do órgão jurisdicionado quanto ao **periculum in mora** reverso decorrente do deferimento da medida liminar.
12. Nesse sentido, propôs a revogação da medida cautelar anteriormente concedida, nos seguintes termos:

“(…)

29. *Considerando que o fumus boni iuris consiste em uma suposição de verossimilhança de direito que um julgador tem ao analisar as alegações que lhes foram submetidas e que o juiz decide prima facie com base na presunção de que a alegação possua suficiente base legal, observa-se que os argumentos apresentados não são suficientes para elidir a possível restrição à competitividade. A conclusão pela procedência ou não dos argumentos apresentados exigirá a análise da resposta completa à oitiva apresentada a esse Tribunal, o que é incompatível com a alegada urgência que a Central de Compras alega existir neste momento para a revogação da cautelar concedida.*

30. *Com relação ao perigo da demora ao reverso, argumenta a Central de Compras que a adesão à Ata de Registro de Preços decorrente do Pregão 3/2016 ocorrerá de forma gradual, respeitando as vigências naturais dos contratos ao longo dos próximos doze meses. Considerando que o novo modelo garantiria uma economia de 54% de redução, a suspensão do processo levaria a União a ter dispêndios desnecessários da ordem de R\$ 2,7 milhões/mês, que poderiam ser reduzidos a R\$ 1,05 milhão/mês.*

31. *A empresa Shalom, na mesma linha, ressaltou a vantajosidade em sua contratação sobre o modelo vigente, o que ensejaria uma economia de até R\$ 15.000.000,00 por ano para a Administração Pública Federal (peça 42, p. 9).*

32. *Forçoso reconhecer a procedência de tais argumentos. No caderno do Projeto Frota, consta a estratégia de implantação do projeto (peça 18, p. 128-129). Estimava-se que os atendimentos começariam a ser feitos por meio de táxis a partir de setembro de 2016, com previsão de aderência completa em setembro de 2017. O cronograma de implantação com a indicação dos órgãos da Administração consta da peça 18, p. 132.*

33. *Observa-se que até março de 2017 diversos contratos mantidos com diversos órgãos terão suas vigências encerradas. Ainda que se considere, apenas para argumentar, que tenha havido, de fato, restrição indevida, que outras empresas no mercado já pudessem atender às exigências da Administração, inclusive empresas que operam com STIP, e que*

a Administração venha a obter preços ainda melhores com a extinção de tais restrições, a cautelar concedida poderá vir a causar ainda mais danos que aqueles que pretende evitar.

34. Isso porque há de se considerar que até o julgamento de mérito do presente processo poderá decorrer um tempo razoável, que tais alterações exigirão a elaboração de estudos complementares por parte da Administração e que a realização de uma nova licitação poderá vir a despender um tempo considerável. Para se ter uma ideia, a Central de Compras informou que somente entre a publicação da consulta e a realização da sessão do pregão decorreram cinquenta dias (peça 37, p. 3). Durante todo esse período, os órgãos da Administração ficariam a cargo dos contratos vigentes, mais caros.

35. Impende registrar, supletivamente, que a implementação dos contratos decorrentes da Ata de Registro de Preço do Pregão 3/2016 dará à Administração a possibilidade de identificar ameaças ou oportunidades de melhoria que ainda não foram percebidas nesse novo modelo, que poderão vir a ser aproveitadas em um eventual futuro processo licitatório”.

13. Em despacho datado de 16 de dezembro de 2016, acolhi a proposta da unidade técnica e reconsiderei a decisão anteriormente proferida, concedendo parcialmente a medida cautelar tão somente para proibir a prorrogação do contrato que viesse a ser celebrado em decorrência da licitação impugnada, até ulterior deliberação da matéria por parte deste Tribunal.

14. Para tanto, considerei que não houve qualquer prova concreta trazida pelas representantes no sentido de que existiria no mercado empresas capazes de prestar o serviço na forma exigida pela Administração Pública. Com efeito, não há nos autos qualquer cópia de contrato anteriormente celebrado pelas representantes ou atestado de capacidade técnica certificando a prestação dos serviços nos mesmos moldes exigidos no presente edital, tendo o órgão jurisdicionado esclarecido, ainda, que *“a solução tecnológica de gestão dos serviços especificada no edital não se confunde com a telemetria para a gestão de transporte, posto que essa tem foco na gestão da frota, enquanto que a primeira se destina a fazer a gestão da prestação e do uso de serviço de agenciamento”*.

15. Tem-se, assim, que, a despeito da unidade técnica haver aludido em sua primeira manifestação à possibilidade de existir no mercado empresas capazes de prestar o serviço objeto da presente licitação, entendi que deveria prevalecer o resultado do estudo realizado pelo órgão jurisdicionado quanto à inexistência de outros fornecedores capazes de prestar os serviços nos moldes estabelecidos no edital, haja vista a ausência de prova pré-constituída por parte das representantes.

16. Outro aspecto que levei em consideração, para rever a decisão que havia determinado a suspensão do processo licitatório, foi a existência do **periculum in mora** reverso.

17. Na cautelar anteriormente deferida, afirmei o seguinte:

“19. Por fim, no que diz respeito ao perigo da demora reverso aventado pela unidade técnica, entendo que o modelo de contratação, por quilômetro útil rodado e por demanda, representa inegável mudança para melhor no paradigma dominante para serviços de transporte de passageiros (por meio de táxi - custo/preço menor que R\$ 3,87 por quilômetro rodado), que hoje é predominantemente realizado por meio de veículos próprios (ao custo estimado entre R\$ 4,89 e R\$ 6,26 por quilômetro rodado) ou contratado por meio da locação de veículos com motorista (ao custo estimado entre R\$ 4,52 e R\$ 4,76 por quilômetro rodado).

20. Ocorre que a magnitude do contrato – prestação de serviços de transporte para todos os órgãos da Administração Pública Federal, pelo período de doze meses, e a grande possibilidade da Administração vir a conseguir um preço ainda melhor na contratação, em face da ampliação do ambiente competitivo, autorizam, a meu ver, a concessão da medida cautelar, em virtude da presença do fumus boni iuris, caracterizado

pela restrição à competitividade e do periculum in mora, consubstanciado na iminência da contratação de proposta que provavelmente não seja a mais vantajosa para a Administração, pelo prazo de doze meses” (grifou-se).

18. Como se vê, ao deferir a medida cautelar, reconheci expressamente que o modelo de contratação adotado pela Administração Pública, por meio do pregão eletrônico ora impugnado, representou inegável mudança, para melhor, no paradigma dominante para serviços de transporte de passageiros (por meio de táxi - custo/preço menor que R\$ 3,87 por quilômetro rodado), que hoje é predominantemente realizado por meio de veículos próprios (ao custo estimado entre R\$ 4,89 e R\$ 6,26 por quilômetro rodado) ou contratado por meio da locação de veículos com motorista (ao custo estimado entre R\$ 4,52 e R\$ 4,76 por quilômetro rodado).

19. Entretanto, deixei de reconhecer naquela oportunidade o **periculum in mora** reverso, tendo em vista *“a magnitude do contrato – prestação de serviços de transporte para todos os órgãos da Administração Pública Federal, pelo período de doze meses, e a grande possibilidade da Administração vir a conseguir um preço ainda melhor na contratação, em face da ampliação do ambiente competitivo”*.

20. A unidade técnica, contudo, na sua proposta de revogação da medida cautelar, suscitou um aspecto que não foi abordado na referida decisão, qual seja, o tempo estimado para que haja o julgamento definitivo do mérito do presente processo.

21. Nesse sentido, asseverei que seria possível que o julgamento definitivo do mérito da presente representação só viesse a ocorrer em período já próximo do vencimento do contrato a ser celebrado por meio da presente licitação, sendo digno de nota o fato de que, ainda que se conclua ao final do presente processo que houve restrição à competitividade do certame, o resultado alcançado já teria gerado a contratação de proposta mais vantajosa para a Administração em relação ao anteriormente contratado. E dúvida não havia de que, enquanto estivesse em vigor a medida cautelar, os órgãos da Administração Pública deveriam observar os contratos atualmente vigentes, sabidamente mais caros que o contrato que acabara de ser licitado.

22. Contra a decisão que reconsiderou a medida liminar anteriormente deferida foram interpostos recursos de agravo pela Shalom Taxi Serviços de Agenciamento e Intermediação de Pagamento de Corridas de Taxi Ltda. – ME, empresa que se sagrou vencedora no certame, e pela COOPERTRAN, tendo o Plenário deste Tribunal, por meio do Acórdão nº 214/2017, decidido o seguinte:

“VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de recursos de agravo interpostos pela Shalom Taxi Serviços de Agenciamento e Intermediação de Pagamento de Corridas de Taxi Ltda. – ME e pela Cooperativa de Transporte Rodoviário – COOPERTRAN Ltda. contra decisão que deferiu parcialmente pedido de medida cautelar para proibir a prorrogação do contrato que vier a ser celebrado em decorrência do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 03/2016 da Central de Compras do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, em:

9.1. não conhecer do agravo interposto pela Shalom Taxi Serviços de Agenciamento e Intermediação de Pagamento de Corridas de Taxi Ltda. – ME, em virtude da sua ausência de legitimidade para recorrer;

9.2. conhecer do agravo interposto pela Cooperativa de Transporte Rodoviário – COOPERTRAN, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para se determinar ao órgão jurisdicionado que se abstenha de prorrogar o contrato decorrente do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 03/2016, ficando autorizada a adesão de outros órgãos à

referida ata desde que o contrato que vier a ser celebrado pelos aderentes tenha como termo final a mesma data do contrato celebrado pelo órgão gerenciador da ata, vedada a prorrogação” (grifou-se).

23. Encaminhados os autos para a instrução de mérito, a unidade técnica analisou de forma percuciente todas as irregularidades suscitadas pelas representantes, uma a uma, tendo concluído, ao final, o seguinte:

“CONCLUSÃO

186. Observou-se que a Central de Compras) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP) foi capaz de elucidar a maior parte das ocorrências identificadas inicialmente.

187. Com relação à restrição ao uso de táxi por demanda, conclui-se que a solução adotada foi justificada sob os pontos de vista técnico e econômico, ao menos na conjuntura atual. Contudo, diante de um horizonte de mudanças que se vislumbra, é necessário determinar à Central de Compras que reavalie constantemente o mercado devido à introdução de novos modelos de negócios, com a atualização periódica dos estudos das possibilidades oferecidas e sua viabilidade.

188. Cabe dar ciência à Central de Compras de que o item 18.1 do Edital do Pregão 3/2016 afirma não haver reajuste quando, em realidade, a fixação das tarifas de taxi pelo GDF constitui o reajuste o reajuste previsto nos artigos 40, XI, da Lei 8.666/1993.

189. Também será necessário recomendar à Central de Compras que analise mais detidamente a avaliação dos riscos decorrentes da centralização e sua sustentabilidade ao longo do tempo, levando e conta, por exemplo, as possíveis vantagens de realizar a licitação por lotes e da aquisição de uma plataforma multiuso pela Administração.

190. Em vista de tais considerações, a medida cautelar em vigor, que proibiu a prorrogação do contrato que viesse a ser celebrado em decorrência da presente licitação (peça 47, p. 5), não se torna mais necessária, devendo ser revogada.

191. Esta UT procederá ao monitoramento das deliberações que vierem a ser prolatadas, especialmente com relação à determinação para avaliação periódica de mercado de forma que os próximos certames possam garantir a ampla competitividade” (grifou-se).

24. Ato contínuo, a unidade técnica propôs o seguinte encaminhamento:

“PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

192. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) **conhecer** da presente representação e da apensa, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considera-las **parcialmente procedentes**;

b) **revogar a cautelar** comunicada ao Plenário na Sessão de 30/11/2016 (peça 32) e alterada mediante o Despacho constante dos autos à peça 47;

c) **deferir o pedido de sustentação oral** solicitado pelo Sindicato das Empresas Locadoras de Veículos Automotores do DF, nos termos do art. 168 do Regimento Interno do TCU;

d) **determinar** à Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com fundamento no art. 250, inciso II, c/c o art. 237, parágrafo único, ambos do Regimento Interno do TCU, que, antes de proceder à cada prorrogação dos contratos decorrentes do Pregão Eletrônico 3/2016, reavalie, com antecedência

suficiente, o mercado para verificar se ocorreu a introdução de novos modelos de negócios que atendam às necessidades dos órgãos e entidades envolvidos quanto ao transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores, em observância o art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993, somente procedendo à prorrogação caso a opção adotada no respectivo contrato continue sendo a melhor opção; (itens 47-88 desta instrução)

e) **recomendar** à Central de Compras, com fundamento no art. 250, III, c/c o art. 237, parágrafo único, ambos do Regimento Interno do TCU, que faça constar de seus próximos estudos preliminares, que vierem a fundamentar aquisição de agenciamento de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores por meio de táxi e por demanda, a avaliação dos riscos decorrentes da centralização e sua sustentabilidade ao longo do tempo, levando em conta, por exemplo, as possíveis vantagens do parcelamento do objeto, a possibilidade de credenciamento de empresas agenciadoras de táxis e da aquisição de uma plataforma multiuso pela Administração; (itens 96-109 e 162-180 desta instrução);

f) **dar ciência** à Central de Compras, com base no art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, de que o item 18.1 do Edital do Pregão 3/2016 afirma não haver reajuste quando, em realidade, a fixação das tarifas de táxi pelo Governo do Distrito Federal constitui o reajuste previsto nos artigos 40, XI, da Lei 8.666/1993, com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes (item 137 desta instrução);

g) **determinar** à Central de Compras que **comunique** a este Tribunal, no prazo de trinta dias, as medidas adotadas em relação aos itens “d” e “e” retro; e

h) **arquivar** os presentes autos, com fulcro no art. 169, II, do Regimento Interno do TCU, sem prejuízo de que a Selog monitore o cumprimento das medidas a serem deliberadas pelo Tribunal” (grifos originais).

25. Em essência, acolho a manifestação da unidade técnica como minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer algumas considerações sobre questões específicas trazidas pelas representantes, as quais considerarei como as mais relevantes a serem tratadas pelo Plenário desta Corte de Contas.

26. Com efeito, de todas as alegações apresentadas pelas representantes, as quais foram, repita-se, analisadas e refutadas uma a uma pela unidade técnica, impressionou-me o fato de a Administração Pública haver optado pela contratação do serviço de agenciamento de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviço dos órgãos da Administração Pública Federal por meio (exclusivo) de táxi.

27. É que, segundo alegado pelas representantes, haveria outras empresas no mercado que poderiam atender as exigências da Administração, inclusive quanto às soluções tecnológicas para a gestão do serviço. Além disso, asseveraram as representantes que o estudo realizado pela Administração passou ao largo da recente edição da Lei Distrital nº 5.691/2016, que dispõe sobre a regulamentação da prestação do Serviço de Transporte Individual Privado de Passageiros Baseado em Tecnologia de Comunicação em Rede no Distrito Federal e dá outras providências, denominada como “Lei do Uber”, serviço esse que também poderia ser considerado como modal de transporte, com preços sabidamente mais competitivos que o próprio serviço de táxi.

28. O Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 03/2016 da Central de Compras do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, ora impugnado, foi precedido de estudos, denominado *Projeto Frota*, consubstanciado em relatórios visando demonstrar o processo de tomada de decisão sobre o modal de transporte mais adequado para o atendimento da necessidade de transporte de pessoas na Administração Pública Federal - APF.

29. Nos estudos preliminares, que tiveram início em setembro de 2014, procedeu-se a uma comparação entre os modelos atuais da APF com modelos de contratação praticados no mercado,

fazendo-se ainda considerações sobre a necessidade de utilização de soluções tecnológicas capazes de proporcionar a melhor gestão do serviço, chegando-se a três modais de transporte que já vinham sendo praticados pela APF: i) modelo de transporte com veículos próprios, no qual se concluiu haver um custo de R\$ 6,26 por quilômetro rodado; ii) modelo de transporte com veículos locados, no qual se concluiu haver um custo estimado de R\$ 4,76 por quilômetro rodado; e, por fim, iii) modelo de utilização de táxi, no qual se concluiu que o preço por quilômetro rodado era de R\$ 3,87.

30. Referidas informações foram obtidas por meio da metodologia de abastecimento estratégico (**strategic outsourcing**), que gerou relatórios de inteligência interna (diagnóstico ou perfil da APF-DF), inteligência externa (análise de mercado) e estratégia para contratação ou aquisição, prospectando dados da APF em entrevistas nos órgãos, no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG e no Sistema Integrado de Recursos Humanos – SIAPE.

31. Identificou-se, ainda, a existência de três problemas centrais para o atendimento das necessidades de deslocamento de pessoas a serviços na APF: 1) custo elevado de operação para o transporte terrestre de servidores; 2) elevado volume de recursos imobilizados com veículos; 3) o modelo de gestão e a forma de organização de seus processos fazem com que o transporte de servidores tenha eficiência e eficácia reduzidas. E também as respectivas soluções:

Alto custo de Rodagem

“Solução - Reduzir o custo de transporte terrestre pela racionalização de seu uso e forma de contratação, incentivando a utilização de modais alternativos mais econômicos, reduzindo a ociosidade pelo correto dimensionamento e uso compartilhado dos veículos.”

Elevado Volume de Recursos Imobilizados com Veículos

“Solução – não mais realizar aquisição de veículos para transporte de empregados, exceto em situações especiais ou singulares, e promover a venda dos veículos de uso administrativo de propriedade da APF no Distrito Federal.”

Modelo de Gestão

“Solução – Desenvolver e implantar modelo centralizado de aquisição, contratação e operação de transporte terrestre de servidores em serviço sustentado em boas práticas de gestão.”

32. Enfim, o novo modelo a ser implementado deveria ter como objetivos específicos os seguintes pontos: gestão centralizada; desmobilização de recursos de capital empregados com veículos; redução da ociosidade; incorporação de tecnologias de informação; melhoria dos controles; redução de gastos; maior capilaridade para atendimento; e menor gasto com recursos de **back office** (gestão interna da operação).

33. Posteriormente, realizou-se a análise das alternativas previstas, a partir das seguintes premissas: a) adoção de modal de transporte menos dispendioso, com incorporação de tecnologia de informação, além da centralização da operação como forma de melhorar a gestão e de obter resultados econômicos favoráveis; e b) a solução a ser encontrada deverá reduzir o custo de transporte terrestre pela racionalização de seu uso e forma de contratação, com a adoção de outros modais mais econômicos, redução da ociosidade observada, uso compartilhado dos veículos e adoção de soluções de controle do uso dos recursos.

34. Por fim, comparando-se 6 modelos: modelo 1 – solução com uso de táxi; modelo 2 – solução com uso de locado por Km útil; modelo 3 – solução com uso de táxi e locação por km útil (a contratada, por meio de parâmetros percentuais pré-definidos pela APF, optaria entre o modal táxi e o modal locado); modelo 4 – solução com uso de táxi e locação por km útil (a própria APF definiria o modal a ser utilizado em cada viagem, de acordo com a alternativa mais vantajosa); modelo 5 –

solução com uso de táxi e locação por km útil (o próprio usuário escolheria a partir de parâmetros pré-estabelecidos pela Administração); modelo 6 – híbrido (escolha realizada exclusivamente pelo fornecedor, de acordo com as opções disponíveis, sem interferência da APF ou do usuário), entendeu-se, como resultado final do processo de análise, que a necessidade da administração, no atual momento, seria melhor atendida pelo modelo 1 – solução com uso exclusivo de táxi, pelos seguintes fundamentos, **verbis**:

“Assim, considerando-se que:

(a) a gestão deve optar por um modelo que possibilite maior chance de sucesso na sua contratação e implementação;

(b) que o modelo 6 (Híbrido) requer forte adequação da cadeia de fornecimento;

(c) a possibilidade de implementação em menor lapso temporal (pela utilização de modal já existente e em prática no mercado);

(d) a existência de fornecedores já disponibilizando aos clientes soluções tecnológicas de atendimento e gestão dos serviços;

(e) o menor risco pela adoção de solução com prática já corrente no mercado; e

*(f) a diferença pouco significativa nas economias entre os dois modelos melhor pontuados **entende-se que a necessidade da administração, no atual momento, será melhor atendida pelo modelo 1 – solução com uso de táxi**” (grifos originais).*

35. Observe-se que, por ocasião da análise de alternativas de prestação de serviços de transporte, em 6 de junho de 2016, na qual se apontou a solução com uso exclusivo de táxi (modelo 1) como o melhor para a Administração Pública, o próprio órgão jurisdicionado deixou assentado que *“por se tratar de uma família de serviços que vem sofrendo profundas alterações (inclusive com a introdução de novos modelos de negócios, como por exemplo a utilização de veículos particulares para transporte de passageiros), é desejável que haja atualização periódica dos estudos das possibilidades oferecidas pelo mercado e sua viabilidade de utilização pela administração”* (grifou-se).

36. No caso concreto, nada obstante a profundidade e a excelência do trabalho realizado pela Central de Compras do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, entendo que o *Projeto Frota* deixou de considerar como possível modelo de contratação os novos serviços de transporte individual remunerado de passageiros, caracterizados pela solicitação por meio de aplicativos para telefones celulares, entre os quais se destaca o **Uber**, que se encontra em pleno funcionamento no Distrito Federal desde 26 de fevereiro de 2015.

37. Com efeito, não há dúvida de que o referido serviço, atualmente, também pode ser considerado como importante modal de transporte, conforme registro efetuado por Túlio Augusto Castelo Branco Leal, Consultor Legislativo do Senado Federal, ao tratar do impacto econômico do **Uber** no mercado:

“Na maioria das grandes cidades brasileiras, o serviço de táxis é caracterizado por forte distorção decorrente da existência de um mercado secundário das licenças para operá-los. Em outras palavras, é bastante comum que o taxista, isto é, o motorista que executa, de fato, o serviço de transporte de passageiros não seja o proprietário da licença para operar o táxi.

Tais licenças, muitas vezes concedidas há décadas, são negociadas numa espécie de mercado, a valores que podem chegar a quase meio milhão de reais. Nesse cenário, o benefício econômico do proprietário da licença é obtido com o “aluguel” do uso da placa para o taxista, em um arranjo que não beneficia nem o trabalhador, nem a sociedade, nem

o poder público, uma vez que essa receita incide, em última análise, sobre o valor que é cobrado dos usuários – o que reduz a renda do trabalhador –, e o poder público não tem controle de quem, efetivamente, conduz os táxis.

No modelo de negócios do Uber, e empresas assemelhadas, não há, a princípio, um número máximo de motoristas “parceiros” licenciados. Não há, tampouco, aluguel ou venda de licenças que impactem negativamente a renda dos trabalhadores ou o valor das corridas. A receita dessa empresa é obtida retendo-se de 20% a 25% do valor pago pelos clientes.

Como não há um custo fixo mensal além daqueles advindos da aquisição e manutenção dos veículos, as barreiras econômicas são reduzidas e os motoristas do Uber podem praticar esquemas flexíveis de trabalho, já que não é necessário alcançar um piso de rendimentos para remunerar o proprietário das licenças.

Além disso, como a adesão dos motoristas “parceiros” ao Uber é gratuita, pode-se prever que o valor futuro das licenças para se operar táxis tenda a zero, uma vez que eventuais interessados em trabalhar no setor terão menos estímulo para pagar as vultosas quantias tanto para adquirir, como para alugar as mencionadas licenças, já que a alternativa seria trabalhar com o Uber. De fato, na cidade de Nova Iorque, o valor das licenças já começou a cair, em função da concorrência do Uber.

Nesse cenário, sem o custo do aluguel da licença ou do capital investido para sua compra, a tendência é que haja, também, redução no valor das corridas e aumento da remuneração dos condutores. Efetivamente, em Nova Iorque, o rendimento dos “parceiros” do Uber já é maior que o dos taxistas.

Do ponto de vista do consumidor, o aumento da concorrência é, portanto, salutar, pois estimula a oferta de melhores serviços e a redução de tarifas.” (in Aspectos legais e econômicos dos serviços de transporte individual de passageiros – Táxis, Uber e serviços assemelhados. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Outubro/2016 (Texto para discussão nº 212). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5/5/2017 – grifou-se).

38. Cumpre, ainda, registrar que o estudo realizado pela Administração passou ao largo da recente edição da Lei Distrital nº 5.691/2016, que dispõe sobre a regulamentação da prestação do Serviço de Transporte Individual Privado de Passageiros Baseado em Tecnologia de Comunicação em Rede no Distrito Federal e dá outras providências, serviço esse que também poderia ser considerado como modal de transporte, com preços teoricamente mais competitivos que o próprio serviço de táxi, conforme acima se aludiu.

39. É certo que a Administração, antes do lançamento do edital do certame ora impugnado, procurou elucidar a questão relativa à aplicabilidade da Lei Distrital nº 5.691/2016, por meio de reunião realizada com a Secretaria de Estado de Mobilidade do Distrito Federal – SEMOB/DF, em 1º de setembro de 2016, na qual se concluiu que a referida legislação do STIP/DF não seria de aplicação imediata, haja vista que “ainda há parâmetros relevantes pendentes de regulamentação prevista no art. 16, especialmente quanto à definição do controle, limite do STIP/DF, preço público por crédito de quilômetro rodado (art. 14) e das taxas de emissão e renovação do Certificado Anual de Autorização (art. 4º)”.

40. Daí o entendimento manifestado pelo órgão jurisdicionado no sentido de que “isso significa que ainda não existem prestadores de tais serviços habilitados na forma da lei e que qualquer pessoa natural ou empresa que atue no modelo de transporte privado no DF, hoje, estará em situação irregular, portanto, não podendo ser contratada pela APF”.

41. Tal entendimento, contudo, a meu ver, mostra-se equivocado, tanto do ponto de vista fático quanto jurídico. Explico.

42. Como se disse anteriormente, o **Uber** começou a operar no Distrito Federal, oficialmente, em 26 de fevereiro de 2015, vale dizer, há mais de dois anos, não havendo durante todo o período de seu funcionamento qualquer notícia de suspensão dos seus serviços no âmbito do Distrito Federal por motivo de ilegalidade ou ausência de regulamentação. Ou seja, do ponto de vista fático, qualquer cidadão no Distrito Federal encontra-se apto a utilizar os serviços prestados pelo **Uber**, o que vem sendo feito diuturnamente desde 2015, sem qualquer embaraço por parte do Governo do Distrito Federal, a despeito de ainda não ter sido regulamentada a Lei Distrital nº 5.691/2016.

43. Tanto é assim que, mais recentemente, em 5 de abril passado, passou a operar no Distrito Federal a empresa espanhola **Cabify**, uma das maiores concorrentes mundiais do **Uber** no segmento de transporte individual remunerado de passageiros, confirmando, mais uma vez, que a ausência de regulamentação da referida lei não tem inviabilizado o exercício da atividade de transporte individual remunerado de passageiros, frise-se, de natureza privada, sujeita, desse modo, ao regime de livre iniciativa.

44. Já do ponto de vista jurídico, não há dúvida de que o serviço de táxi se constitui em serviço público de caráter municipal, enquadrando-se no disposto no art. 175 c/c art. 30, inciso V, da Constituição Federal. Veja-se, por exemplo, os seguintes dispositivos da Lei nº 5.323/2014, que dispõe sobre a prestação do serviço de táxi no Distrito Federal e dá outras providências, **verbis**:

“Art. 1º. Esta Lei disciplina a prestação do serviço de táxi no Distrito Federal.

Parágrafo único. O serviço de táxi é atividade de interesse público que consiste no transporte de passageiros e bens em veículo automotor de aluguel, próprio ou de terceiro, a táximetro ou na modalidade pré-paga, cuja capacidade seja de até sete passageiros.

Art. 2º. Compete ao Poder Executivo autorizar a prestação do serviço de táxi, nos termos desta Lei.

(...)

Art. 5º. A autorização para prestação do serviço de táxi no Distrito Federal depende de aprovação em processo seletivo, conforme edital a ser publicado pela Secretaria de Estado de Transportes, obedecidos os critérios, regras e requisitos de seleção estabelecidos no regulamento.

Parágrafo único. A autorização é ato unilateral e discricionário e pode ser cassada, revogada ou modificada a qualquer tempo pelo Poder Executivo, respeitadas as normas estabelecidas nesta Lei” (grifou-se).

45. O **Uber**, de seu lado, constitui-se em atividade econômica que não pode ser enquadrada como serviço público, já que possui caráter opcional e não essencial, estando, portanto, sujeito ao regime da livre iniciativa, estabelecendo o parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal que: *“é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”*

46. Nesse sentido, valendo-se mais uma vez da análise efetuada por Túlio Augusto Castelo Branco Leal, em artigo já mencionado:

“Em síntese, pode-se concluir que existem duas categorias distintas de serviço de transporte individual remunerado de passageiros.

Uma primeira, serviço público, visa a atender a “necessidades essenciais ou secundárias da coletividade”, mesmo que economicamente deficitárias, e que, nesse caso, necessitam de apoio do Estado para serem prestadas, por meio de alguma forma de

subsídio. Em outras palavras, em troca do compromisso de atender a idosos e gestantes carentes ou de ter de realizar onerosas adaptações veiculares para o transporte de pessoas com deficiência, o estado concederia vantagens econômicas a seus prestadores, além de utilizar alguma forma mais robusta e estável de outorga do serviço, como é o caso do instrumento da permissão.

Por outro lado, no caso do transporte individual remunerado que não tenha a obrigação de oferecer tarifas compatíveis com as possibilidades financeiras dos grupos mais vulneráveis apontados, nenhuma contrapartida do poder público seria necessária, podendo a outorga ocorrer na forma do instrumento da autorização, que normalmente dispensa licitações e é adequada para ambientes de livre concorrência” (in ob. cit. – grifou-se).

47. Tal entendimento, aliás, encontra-se em consonância com o disposto no §2º do art. 3º da Lei nº 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, **verbis**:

“Art. 3º. O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

§ 1º. São modos de transporte urbano:

I - motorizados; e

II - não motorizados.

§ 2º. Os serviços de transporte urbano são classificados:

I - quanto ao objeto:

a) de passageiros;

b) de cargas;

II - quanto à característica do serviço:

a) coletivo;

b) individual;

III - quanto à natureza do serviço:

a) público;

b) privado.”

48. Como se vê, de acordo com o Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, o transporte urbano motorizado individual de passageiros pode ser público ou privado. O transporte público seria prerrogativa dos taxistas, nos termos da lei local; o privado, por sua vez, pode ser explorado por todos aqueles que desejam exercer a referida atividade econômica, entre eles o **Uber** e seus congêneres.

49. De todo o exposto, diversamente do asseverado pela Central de Compras do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, entendo que a ausência de lei disposta sobre a prestação do serviço de transporte individual privado de passageiros, questão essa resolvida no âmbito do Distrito Federal por meio da Lei Distrital nº 5.691/2016, assim como a inexistência de regulamentação específica da matéria, não constituem óbice à contratação do serviço de transporte individual remunerado de natureza privada por parte da Administração Pública Federal.

50. Aliás, especificamente sobre a questão da aplicabilidade da legislação local e sua repercussão no presente processo licitatório, considerando-se que o serviço de transporte individual de passageiros – STIP também poderia ter sido considerado pela APF como modal de transporte, com

preços possivelmente mais competitivos que o próprio serviço de táxi, vale registrar a manifestação da Advocacia-Geral da União quando da análise do edital referente ao Pregão Eletrônico nº 3/2016, ora impugnado, cujos fundamentos também acolho, **verbis**:

“7. No que tange à Lei Distrital nº 5.691/2016, verifica-se que ela basicamente institui um outro serviço de transporte de passageiros no âmbito do DF: o "Serviço de Transporte Individual Privado de Passageiros Baseado em Tecnologia de Comunicação em Rede no Distrito Federal - STIP/DF". Esse sistema é paralelo em relação ao Sistema de Táxi, não o afetando diretamente, mas podendo ser dele concorrente em relação ao mercado que lhes são comuns.

8. O STIP/DF possui algumas limitações de mercado que o Táxi não tem. Os prestadores de serviços do STIP/DF devem estar vinculados a aplicativos on-line de agenciamento de viagens e possuem algumas restrições, tais como a impossibilidade de utilização de pontos de táxi ou vagas destinadas ao sistema de táxi, a abrangência do transporte limitada apenas ao Distrito Federal e a vedação à captação de passageiros se não por intermédio do aplicativo. Ademais, o STIP/DF depende da emissão do Certificado de Autorização Anual (CAA) por parte da Secretaria de Estado de Mobilidade do Distrito Federal, o qual deve ser renovado anualmente. Por fim, a lei já é aplicável de imediato, apesar de estar pendente de regulamentação interna no prazo de 90 dias contados do início do mês de agosto. Isso significa que embora o serviço já seja possível de ser prestado na presente data, ele é passível de modificações com o advento da regulamentação.

9. O advento do STIP/DF não afeta em si o serviço de táxi, mas como em alguns pontos comuns, dele concorrente, ele gera algumas repercussões na presente licitação. É que ele gera a necessidade de a Administração fazer uma nova análise de conveniência e oportunidade sobre se é melhor para o interesse público se o serviço for prestado via STIP/DF (o que inclui tanto táxis quanto prestadores apenas do STIP/DF) ou se ele deve ser prestado apenas por táxi.

10. Se o serviço de interesse da Administração esbarrar em qualquer das vedações estabelecidas ao STIP/DF pela lei nº 5.697/2016, então a escolha pelo táxi é medida que se impõe. Se isso não ocorrer, a Administração deverá fazer uma análise nos autos da conveniência e oportunidade de cada opção, fazendo uma escolha motivada, considerando, dentre outros fatores, a economicidade da escolha, a capacidade do serviço escolhido de atender à demanda existente a contento, bem como a segurança jurídico-normativa da opção feita, haja vista que o STIP/DF ainda carece de regulamentação.

11. Vale salientar, entretanto, que se houver a escolha pelo serviço de táxi em detrimento do STIP/DF tendo por critério diferenciador a segurança jurídico-normativa, essa circunstância militará contra a opção feita por um contrato inicial de 24 meses. É que, em sendo o prazo de regulamentação de 90 dias e podendo o STIP/DF ser mais economicamente viável do que o táxi, a vinculação a um contrato por 24 meses é, sob esse ponto de vista, uma medida desarrazoada, já que há a possibilidade real de o STIP/DF superar o táxi em economicidade em tempo bem inferior a 24 meses.

12. Desse modo, no que concerne à consulta feita acerca da lei nº 5.691/2016, conclui-se o seguinte:

a) A sua aplicabilidade é imediata, ainda que passível de modificações mediante a regulamentação que deverá ser feita pelo governo do Distrito Federal;

b) O seu surgimento não afeta as características e possibilidades do serviço de táxi, mas por ser possivelmente um concorrente ao táxi para a presente demanda, deverá

a Administração, em análise de conveniência e oportunidade, justificar nos autos a opção por um em detrimento do outro antes de se prosseguir com a licitação, ajustando, se for o caso, o prazo inicial de vigência contratual” (grifou-se).

51. No caso concreto, como se sabe, a Administração fez a opção pela prestação do serviço por meio de táxi, exclusivamente. As justificativas apresentadas, em resposta ao parecer da Advocacia-Geral da União, podem ser assim sintetizadas: i) inexistência de prestadores de serviços habilitados na forma da lei, em virtude da ausência de regulamentação, o que colocaria qualquer pessoa natural ou jurídica que atue no segmento de transporte individual privado em situação de irregularidade; e ii) insegurança jurídica decorrente da incerteza dos custos da contratação, já que ausente a regulamentação da lei. Para a Administração, tal fato impediria a avaliação dos custos do STIP, uma vez que as empresas que forem autorizadas a operar ainda teriam que definir, cada uma, a sua tarifa, refletindo os custos decorrentes dos ônus cadastrais, de autorização para operar, de impostos a cobrar e dos preços públicos que ainda seriam definidos pela SEMOB/DF.

52. No que diz respeito ao primeiro ponto suscitado, entendo já ter sido ele superado pelos fundamentos apresentados no presente voto, bem como pelo parecer da Advocacia-Geral da União, seja em virtude da afirmação de que a inexistência da lei ou de sua regulamentação não tem o condão de obstar o exercício de atividade econômica pelo setor privado, na forma do art. 170, parágrafo único, da CF/1988, seja pelo entendimento manifestado no sentido de que a Lei Distrital nº 5.691/2016, que dispõe sobre a regulamentação da prestação do Serviço de Transporte Individual Privado de Passageiros Baseado em Tecnologia de Comunicação em Rede no Distrito Federal e dá outras providências, seria autoaplicável, ou seja, a ausência de sua regulamentação não teria o condão de inviabilizar o exercício da atividade econômica, como, de fato, não inviabilizou.

53. Em relação ao segundo aspecto suscitado, relacionado à insegurança jurídica decorrente dos custos da contratação do STIP, não vejo distinção em relação à contratação dos serviços prestados pelo táxi, uma vez que, nos termos da Lei Distrital nº 5.323/2014, a política tarifária para a prestação do serviço de táxi será fixada de forma unilateral pelo Governo do Distrito Federal, não tendo tal questão passado despercebida pelo próprio órgão jurisdicionado, quando estabeleceu no item 18 do edital do Pregão Eletrônico nº 3/2016 que: *“não haverá reajuste contratual uma vez que os preços são tabelados pelo Governo do Distrito Federal/DF, e suas tarifas são automaticamente reajustadas, oportunidade em que os contratos também o serão, sem necessidade de aditamento contratual. O valor contratual será ajustado por apostilamento no caso de reajuste, pelo Governo do Distrito Federal, das tarifas para o serviço objeto desta licitação.”*

54. Desse modo, assim como havia incerteza quanto aos custos decorrentes da regulamentação do STIP, também há incerteza quanto aos custos do táxi em decorrência da política tarifária a ser imposta unilateralmente pelo Governo do Distrito Federal, tudo se resolvendo, ao final, pela necessidade de se manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, conforme estabelecido no art. 65 da Lei nº 8.666/1993.

55. De qualquer modo, cumpre registrar que, no dia 8 de junho passado, foi publicado no Diário Oficial do Distrito Federal o Decreto nº 38.258, de 7 de junho de 2017, regulamentando a prestação do Serviço de Transporte Individual Privado de Passageiros baseado em Tecnologia de Comunicação em Rede no Distrito Federal – STIP/DF, o que enseja a necessidade de consideração do referido serviço como modal de transporte por parte da Administração Pública, já que agora se encontra ausente o óbice anteriormente alegado.

56. De todo o exposto, entendo que a Administração Pública, ao estabelecer a contratação do serviço de agenciamento de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviço dos órgãos da Administração Pública Federal por meio (exclusivo) de táxi e por demanda, restringiu indevidamente a competitividade do certame, violando o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)” (grifou-se).

57. Resta, por fim, analisar as consequências do manifesto prejuízo à competitividade decorrente da opção da APF pela prestação do serviço por meio exclusivo de táxi relativamente aos contratos já celebrados, em face do disposto no § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993: *“a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”,* que preceitua que *“a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”*

58. Quanto a este tema, registro que, em regra, o ato eivado de ilegalidade deve ser excluído da ordem jurídica, por ser com ela incompatível. A moderna doutrina administrativista em torno da teoria das nulidades, no entanto, tem admitido a preservação dos efeitos de atos administrativos ilegais quando o seu desfazimento estiver em desacordo com o interesse público subjacente à prática do ato. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho de artigo escrito por Adilson Abreu Dallari:

“A doutrina nacional no mesmo sentido é copiosa, conforme se passa a demonstrar, a começar pelo magistério de SEABRA FAGUNDES, do alto de sua reconhecida autoridade jurídica e moral:

‘A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.’ SEABRA FAGUNDES (‘O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário’, 6ª ed., Editora Saraiva, 1994, pág. 39 e 40).

Obviamente, nem sempre um ato viciado pode ser mantido. A regra é no sentido de que não o seja. Mas, diante de certas circunstâncias, atendidas determinadas condições, que são expostas por MARCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS (‘Revogação e anulação no procedimento licitatório’, in ‘Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos’, Forense Universitária, São Paulo, 1995, p. 139), não há razão para, inexoravelmente, automaticamente, desconstituir o ato praticado:

‘Convém observar, por fim, que os conceitos de atos nulos e anuláveis extraídos do direito civil não se aplicam, na íntegra, ao direito administrativo. Em razão de tal circunstância, um ato mesmo ilegal, poderá ser mantido se: a) a sua anulação for mais prejudicial ao interesse público que sua manutenção (ou convalidação); e b) não decorrer de dolo, nem causar prejuízo ao erário ou a terceiros’.

Na verdade, a decisão de anular ou manter o ato maculado por vício formal vai depender do exame aprofundado de cada caso concreto, mas, sempre, em função da melhor forma de satisfazer o interesse público:

'Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato.'
(ODETE MEDAUAR, 'Direito Administrativo Moderno', RT, São Paulo, 1996, pág. 180).

Até mesmo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ('Curso de direito Administrativo', 13ª ed., 2001, Malheiros Editores, p. 419), cuja reverência ao princípio da legalidade é deveras conhecida, não hesita em afirmar que, em certas circunstâncias, é a manutenção do ato viciado que serve para dar aplicação concreta a esse princípio:

'Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos'.

Uma das primeiras e mais vigorosas manifestações nesse sentido, e que já se tornou clássica, também pela reconhecida autoridade de seu eminente autor, que soube magistralmente proceder a um contemperamento de princípios jurídicos, extraindo daí um dever de não anular, é a seguinte:

'É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existem quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido.'
(ALMIRO DO COUTO E SILVA, 'Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo', RDP 84, outubro-dezembro de 1987, p. 61).

PAULO NEVES DE CARVALHO, ('Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação', Boletim de Direito Administrativo, nº 10, p. 651) de maneira direta e objetiva, salienta que o norte, para a tomada de decisão, há de ser sempre o interesse público:

'Uma das idéias mais importantes é a de que na avaliação dos fatores da nulidade, na avaliação do ato administrativo, há que sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado com a presença do interesse público, isto é, não se invalida apenas em nome de uma desconformidade do ato administrativo com a regra legal, mas ele vai se desfazer ou não em razão da presença do interesse público.'

(...)” (*in* Desvio de Poder na Anulação de Ato Administrativo. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006 – grifou-se).

59. Esta Corte de Contas também já se debruçou sobre o tema, autorizando a continuidade da execução de contrato administrativo já celebrado oriundo de licitação em que se verificou a ocorrência de violação a cláusula do edital referente à qualificação econômico-financeira da licitante. Trata-se do Acórdão nº 1.102/2008-TCU-Plenário, de cuja ementa se extrai o seguinte:

“REPRESENTAÇÃO. CERTAME LICITATÓRIO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE LICITANTE. CONTRATO SUBSEQÜENTE JÁ EM FASE DE EXECUÇÃO HÁ VÁRIOS MESES. ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO. ANULAÇÃO NÃO RECOMENDADA. AUTORIZAÇÃO PARA CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL EM CARÁTER EXCEPCIONAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.

1. Em caráter excepcional, autoriza-se a continuidade da execução do contrato objeto da representação examinada, em face das circunstâncias especiais que justificaram sua celebração e que desaconselham sua anulação.

2. Reconhece-se aqui o atendimento ao interesse público, tendo em vista o princípio da convalidação do fático, a tutela da boa-fé, os princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade e da razoabilidade, a inexistência de dano ao erário e o princípio da economicidade.”

60. Nos presentes autos, diante da documentação constante dos autos, das manifestações da unidade técnica e do que restou decidido no Acórdão nº 214/2017-Plenário, que apreciou recursos de agravo interpostos pela Shalom Taxi Serviços de Agenciamento e Intermediação de Pagamento de Corridas de Taxi Ltda. – ME e pela Cooperativa de Transporte Rodoviário – COOPERTRAN Ltda. contra decisão que deferiu parcialmente o pedido de medida liminar formulado, entendo que o interesse público estará melhor atendido caso se autorize, de forma excepcional, a continuidade dos contratos já celebrados.

61. Tal medida, a meu ver, pode ser justificada sobretudo a partir das seguintes informações prestadas pelo órgão jurisdicionado a esta relatoria a partir dos resultados obtidos em virtude da mudança de paradigma nos serviços de transporte implementada pelo Pregão Eletrônico nº 3/2016 (TÁXIGOV):

Boletim de Resultados do TÁXIGOV no período de 13/2 a 5/6/17

- 9 Ministérios em operação: CGU, MCTIC, MP, MAPA, AGU, MDSA, MD, MTur, MDIC;
- Custos dos contratos: R\$ 327.828,09 (valor do taxímetro); R\$ 279.399,36 (valor efetivamente pago em virtude do desconto de 14,77%); R\$ 715.464,35 (valor que teria sido gasto nos modelos anteriormente contratados); R\$ 436.064,99 (valor efetivamente economizado pela APF em decorrência da implantação do novo modelo); **Redução de gastos de 60,95%;**
- 10.428 corridas; 82,37 mil Km percorridos aproximadamente; 7,9 Km médio/corrída; **custo/preço de R\$ 3,39 por quilômetro rodado (resultado melhor que estimativa constante do Projeto Frota, que havia estimado em R\$ 3,87 o quilômetro rodado por meio de táxi);**
- 11,7 mil usuários cadastrados; 2 mil usuários que utilizaram o serviço;

- Tempo médio de atendimento: 7 min (máx. 15 min); Média avaliação carro e motorista: 4,9 (máx. 5,0).

62. Vê-se, assim, que o modelo de contratação adotado pela Administração Pública, por meio do pregão eletrônico ora impugnado, representou inegável mudança para melhor no paradigma dominante para serviços de transporte de passageiros. A exigência da prestação dos serviços por meio exclusivo de táxi, contudo, a meu ver, restringiu indevidamente a competitividade do certame, ensejando, como consequência, a manutenção da cautelar deferida no sentido de se determinar ao órgão jurisdicionado *“que se abstenha de prorrogar o contrato decorrente do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 03/2016, ficando autorizada a adesão de outros órgãos à referida ata desde que o contrato que vier a ser celebrado pelos aderentes tenha como termo final a mesma data do contrato celebrado pelo órgão gerenciador da ata, vedada a prorrogação”* (item 9.2 do Acórdão nº 214/2017-Plenário), tornando-a definitiva, até que haja a realização de novo certame licitatório, escoimado da irregularidade verificada.

63. Seria o caso, inclusive, de a Administração Pública Federal analisar os modelos propostos e os resultados que vem sendo alcançados pela Prefeitura do Município de São Paulo e pelo Governo do Estado de São Paulo, os quais, recentemente, passaram a adotar o modelo de contratação de serviços de intermediação e agenciamento de transporte individual de passageiros por meio de aplicativo para smartphone e plataforma web, sem, contudo, restringir a prestação dos serviços à utilização dos táxis (cf. Decreto Municipal nº 57.605, de 15 de fevereiro de 2017 e Consulta Pública nº 1/2017 do Governo do Estado de São Paulo, publicado no Diário Oficial de 18 de maio de 2017).

64. Outro aspecto suscitado pela COOPERTRAN e que entendo deva ser afastado nos presentes autos diz respeito à violação do princípio da segregação de funções, termo utilizado por esta Corte de Contas, conforme a Portaria nº 63/1996, que aprovou o Manual de Auditoria do TCU, como *“princípio básico do sistema de controle interno que consiste na separação de funções, nomeadamente de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações”*, evitando o acúmulo de funções por parte de um mesmo servidor.

65. Segundo a representante, no modelo adotado pelo órgão jurisdicionado, *“o usuário será o que autoriza o serviço ao chamar o táxi, será também o que irá usufruir do serviço ao ser transportado e ainda fará as funções de fiscalização do valor lançado pelo taxista, haja ou não desvio de rota ou valores, acumulando, o usuário, também a função de fiscal dessa ‘medição’ e data o ‘atestado’ efetivo, como se também estivesse dando real recebimento do serviço, invadindo competência de terceiro servidor que deveria dar ‘recebimento do objeto’ (artigo 73 da Lei nº 8.666/1993), porque, enfim, o usuário será o senhor absoluto de suas próprias corridas, dando a palavra final e irrevogável da distância percorrida. Sem que ninguém mais, de controle interno e externo possa questionar, no futuro, essas informações lançadas”*.

66. Extrai-se, contudo, da Nota Técnica nº 7.264/2017-MP, destinada à análise da operação decorrente do Contrato de Prestação de serviços nº 1/2016 – firmado entre a União, por meio do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP) e a Empresa Shalom Táxi Serviços de Agenciamento e Intermediação de Pagamento de Corridas de Táxi Ltda – ME, no período de 13 a 28/2/2017, juntada aos autos pela própria representante, o seguinte (peça 95, p. 6):

“4. Da Execução do Serviço e dos Atestes Eletrônicos

O TáxiGov é a solução tecnológica, contemplada na contratação, totalmente voltada para a operação, gestão, monitoramento e acompanhamento do serviço de agenciamento de táxi, o qual abrange, para a execução do serviço, as funcionalidades e especificações estabelecidas no Termo de Referência (TR). A solução é disponibilizada por meio da aplicação web e do aplicativo mobile, o que possibilita a gestão das corridas, em tempo

real, pelos próprios usuários e gestores, além do atendimento via Central telefônica (3003-0727).

A incorporação da tecnologia, com automação dos processos de solicitação, ateste e gestão proporciona um controle efetivo e eficaz da utilização e dos gastos por seus usuários e gestores, com maior transparência, pois apresenta uma rotina para a confirmação e para os atestes eletrônicos dos gestores[1] na base da solução tecnológica, a saber:

- *O usuário confirma a execução do serviço e o valor apurado no taxímetro, mediante o uso de sua senha pessoal, por meio do aplicativo mobile (acessada em seu próprio telefone celular ou no do taxista) ou pela aplicação web;*
- *Os Gestores de Unidade realizam o ateste dos serviços executados pelos usuários vinculados à sua unidade, utilizando funcionalidade específica da aplicação web da solução tecnológica, tendo como prazo limite o primeiro dia útil do mês subsequente ao da execução do serviço; e*
- *Os Gestores Setoriais realizam o ateste final, consolidando os atestes realizados pelas Unidades Administrativas vinculadas, utilizando funcionalidade específica da aplicação web da solução tecnológica, tendo como prazo limite o quinto dia útil do mês subsequente ao da execução do serviço” (grifou-se).*

67. Veja-se, ainda, o disposto na Instrução Normativa nº 2, de 20 de fevereiro de 2017, que dispõe sobre diretrizes e procedimentos do serviço de agenciamento de transporte terrestre de pessoal a serviço dos órgãos da Administração Pública Federal direta, por meio de táxi, no âmbito do Distrito Federal e entorno, **verbis**:

“CAPÍTULO IV

DOS PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS

Seção I

Da Solicitação, Execução e Confirmação do Serviço

Art. 10 - A solicitação do serviço será realizada pelos usuários por meio da funcionalidade específica da aplicação web ou aplicativo mobile da solução tecnológica, mediante o uso de senha pessoal, ou, excepcionalmente, pela Central de Atendimento telefônico do fornecedor contratado.

(...)

Art. 11 - Os usuários são responsáveis pela verificação do acionamento do taxímetro, que deverá ocorrer somente após o embarque.

Art. 12 - Após realizada a avaliação do táxi e do taxista, a execução do serviço deverá ser confirmada pelos usuários, inclusive o valor apurado, mediante o uso de sua senha pessoal, por meio de funcionalidade específica do aplicativo mobile da solução tecnológica, acessada em seus próprios telefones celulares ou no dos taxistas, de forma a assegurar o ateste a ser realizado pelos gestores de Unidade e Setorial.

(...)

Seção III

Do Ateste Eletrônico

Art. 17 - Os Gestores de Unidade deverão realizar ateste dos serviços executados pelos usuários vinculados à sua unidade, utilizando funcionalidade específica da aplicação web da solução tecnológica.

§ 1º - O ateste de que trata o caput deverá ser realizado logo após o recebimento de e-mail com informação da execução do serviço, tendo como prazo limite o primeiro dia útil do mês subsequente ao da execução.

§ 2º - Caso não haja a confirmação da execução do serviço pelo usuário, o Gestor da Unidade ou Gestor Setorial deverá realizar a sua aprovação ou contestação e, conforme o caso, adotar as providências pertinentes.

Art. 18 - Após o ateste dos Gestores de Unidade, os Gestores Setoriais deverão realizar ateste final, consolidando os atestes realizados pelas Unidades Administrativas vinculadas, utilizando funcionalidade específica da aplicação web da solução tecnológica, tendo como prazo limite o quinto dia útil do mês subsequente ao da execução do serviço.

Art. 19 - O Gestor de Unidade ou o servidor ou empregado que tenha recebido delegação de competência para realizar ateste não poderá executar essa operação para os serviços realizados para si próprios, cabendo tal providência a outro Gestor, servidor ou empregado de sua Unidade com tal prerrogativa”.

68. Verifica-se, assim, que, no caso concreto, não há a alegada violação do princípio da segregação das funções, tendo o órgão jurisdicionado adotado todas as cautelas necessárias para preservar o regular exercício tanto do controle interno quanto do externo.

69. Outra questão digna de nota diz respeito a eventuais erros cometidos nos estudos que serviram de base para a presente licitação em virtude da suposta desconsideração pela Administração nos custos finais dos serviços de táxi dos tributos incidentes na relação agenciadora de transporte e taxista.

70. Quanto a esse ponto específico, suscitado pela COOPERTRAN, entendo também não assistir razão à representante, uma vez que a Administração Pública será usuária dos serviços a serem prestados, devendo a carga tributária incidente sobre toda a cadeia de serviços ser considerada pelo prestador do serviço quando do oferecimento da sua proposta de preço no certame licitatório. Não é outro o entendimento constante do edital do Pregão Eletrônico nº 3/2016, ao assim dispor: “no preço oferecido deverão estar incluídas todas as despesas relacionadas com a prestação dos serviços objeto deste pregão eletrônico” (item 6.7.1); “o licitante deverá declarar em sua proposta que nos valores propostos estarão inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços” (item 6.8).

71. No mais, comungo da preocupação externada pela unidade técnica quanto à necessidade de a Administração Pública proceder à avaliação dos riscos decorrentes da centralização da contratação em um único fornecedor, devendo ser levado em consideração, por exemplo, o credenciamento de empresas agenciadoras de transporte individual de passageiros, entre outras medidas.

72. Por fim, diante das diversas petições apresentadas a esta Relatoria pela COOPERTRAN, constando apresentação de telas e vídeos de sistema de transporte com gerenciamento e remuneração por demanda aparentemente desenvolvido no âmbito da referida cooperativa, registro que não cabe a esta Corte de Contas realizar a avaliação da compatibilidade da solução tecnológica oferecida pela licitante com os requisitos previamente estabelecidos no edital, em substituição à comissão licitante. De qualquer modo, poderá a representante submeter o referido sistema à apreciação do órgão jurisdicionado, caso decida participar do novo certame licitatório que deverá ser realizado pela Administração.

73. Quanto aos demais pontos suscitados pelas representantes, acolho, como minhas razões de decidir, as manifestações da unidade técnica constantes dos presentes autos, com as ressalvas aqui apresentadas.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de junho de 2017.

BENJAMIN ZYMLER
Relator