

**ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO MUNICÍPIO DE IBATIBA NO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

IMPUGNAÇÃO - com fulcro no artigo 41, parágrafos 1º e 2º, da Lei n.º 8.666/93

PREGÃO PRESENCIAL N.º 038/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 051/2023

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,
inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, 11 - 2º
Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP:
06541-078, e-mail: juridico@primebeneficios.com.br e
noely.rodrigues@primebeneficios.com.br, por intermédio de sua procuradora
subscrita *in fine*, vem, respeitosamente, **IMPUGNAR** o Instrumento Convocatório,
consoante motivos a seguir determinados:

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo para impugnação é de até o 2º dia útil que antecede a abertura das propostas, conforme art. 41, §2º, da Lei n.º 8.666/93:

“§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

Sendo assim, é de se assinalar que a presente insurreição se encontra TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com antecedência da data da abertura da licitação, tendo em vista que esta ocorrerá no dia 02/10/2023 (**não se considera horas na contagem do prazo, mas sim o dia de expediente no órgão**).

II - DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 3 dias úteis, contados da sua interposição junto à Administração Pública, como determina o art. 41, §1º, da Lei n.º 8.666/93:

“§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.”

Dessa forma, o pregoeiro deverá apresentar resposta dentro do prazo legal, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas.

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 02/10/2023, às 09h00, a abertura do Pregão Presencial n.º 038/2023, para o seguinte objeto:

“2.1. Registro de Preços para futura Contratação de empresa especializada na implantação e operação de sistema informatizado e integrado de gerenciamento de manutenção preventiva e corretiva da frota de veículos automotores deste Município em rede de estabelecimentos especializados e credenciados para a aquisição de peças, acessórios e para contratação de serviços de oficina mecânica em geral, compreendendo: implantação de sistema (software) de gerenciamento integrado, treinamento de pessoal e fornecimento de todos os demais equipamentos necessários à sua operação, relatórios gerenciais de controle das despesas de manutenção preventiva e corretiva dos veículos da frota do Município de Ibatiba-ES.”

Em detida análise ao edital constatou-se **ilegalidades** que afrontam o Comando Constitucional, que determina a realização de procedimento licitatório, estando em desacordo com o que determina a legislação sobre o tema, contendo cláusulas exorbitantes que não condizem com os princípios administrativos presentes na Constituição Federal.

IV - DA TAXA ADMINISTRATIVA (TAXA NEGATIVA)

Em análise do citado edital, **a Administração Pública indica de forma clara a VEDAÇÃO de ofertas/lances com taxas negativas:**

7.1.25. Deverá ser concedida a taxa de administração em forma de percentual, que será aplicada sobre o valor dos produtos e serviços utilizados pela administração. A taxa de administração não poderá ser negativa.

Esta determinação é ilegal, pois, a Lei Geral de Licitações (8.666/93) veda a fixação de valores de preços mínimos:

“Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para

recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;”

Neste sentido, **o TCU, no Acórdão 818-09/08-2, entendeu que fixar desconto máximo (taxa 0%) equivale a fixação de preço mínimo**, o que é vedado pela norma supramencionada, vejamos:

“GRUPO II – CLASSE VI – 2ª Câmara. TC 012.787/2006-2 (com 1 volume). Natureza: Representação. Unidade Jurisdicionada: Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA. Interessado: Instituto Pobres Servos da Divina Providência (CNPJ 92.726.819/0012-01).

Sumário: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pelo Instituto Pobres Servos da Divina Providência, com base no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, apontando supostas irregularidades no pregão eletrônico 01/2006, realizado pelo Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA, objetivando a contratação de empresa para execução de serviços de manutenção preventiva e corretiva nos veículos da entidade, com fornecimento de peças e acessórios com garantia.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, com fundamento nos arts. 237, inciso VII e parágrafo único, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer da presente representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. acatar em parte as razões de justificativa apresentadas por Raimundo Monteiro dos Santos, Leonísio Lopes da Silva Filho e Rodrigo Soares de Vasconcelos;

9.3. determinar ao Incra/MA que:

9.3.1. nas contratações destinadas à manutenção de veículos em que o menor preço for aferido pelo critério de maior desconto incidente sobre tabelas de preço predefinidas, abstenha-se de:

9.3.1.1. conceder reajustes pleiteados com base em eventual aumento de salário, salvo se decorrido prazo mínimo de um ano contado a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;

9.3.1.2. estipular percentuais de desconto máximo, haja vista caracterizar fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993;

- 9.3.2. calcule o valor a ser gasto com cada item licitado, ainda que por estimativa, abstendo-se de realizar alterações em preços unitários com o simples objetivo de viabilizar a emissão de nota de empenho;
- 9.3.3. desclassifique, nas licitações, as propostas com preços manifestamente inexeqüíveis, de acordo com o disposto no art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993;
- 9.3.4. apresente em seus editais de licitação, como critério para julgamento, disposições claras e parâmetros objetivos, que impeçam mais de uma interpretação, em respeito ao art. 40, inciso VII, da Lei 8.666/1993;
- 9.3.5. dê ampla publicidade a qualquer modificação feita em editais de pregão que altere a formulação das propostas, consoante disposição do art. 20 do Decreto 5.450/2005;
- 9.3.6. elabore e disponibilize orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços a serem licitados, com base nos preços de mercado, conforme determina o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993;
- 9.3.7. mantenha os processos administrativos licitatórios com a documentação em ordem e sem rasuras que comprometam sua fidedignidade;
- 9.3.8. obedeça à correta classificação orçamentária das despesas realizadas;
- 9.4. apensar o presente processo às contas do Incra/MA referentes ao exercício de 2006, para que as irregularidades não elididas nestes autos sejam avaliadas em conjunto com os demais atos de gestão dos responsáveis;
- 9.5. cientificar o Incra/MA e o Instituto Pobres Servos da Divina Providência acerca desta deliberação." (TC 012.787/2006-2, Ata nº 9/2008 – 2ª Câmara, Data da Sessão: 1º/4/2008 – Extraordinária, RELATOR Aroldo Cedraz). (Grifamos e sublinhamos)

O edital tem o condão de tornar público quais serão os termos da licitação que se pretende, especificando os detalhes, condições e demais orientações atinentes ao caso. Ocorre que, é imprescindível que as determinações nele constantes estejam claras e de acordo com a lei que rege o tema, o que não se observa na presente situação.

Portanto, as exposições acima trazidas são suficientes para comprovar que o edital está em patente ilegalidade, devendo ser reformado para constar a possibilidade de se ofertar taxa negativa, o que, além de cumprir com a lei e com o entendimento jurisprudencial, também trará vantagem ao erário público.

É importante ressaltar que a Administração somente deve utilizar o modo "sorteio" quando não restar outra opção, devendo promover meios que busquem garantir a competitividade do certame. Sendo assim, a falta da possibilidade de indicar lances negativos, além de prejudicar diretamente a competitividade, ainda, incorre em prejuízo financeiro à própria Administração, uma vez que o princípio da busca pela proposta mais vantajosa, explicitado por intermédio do art. 3º, da Lei n.º 8.666/1993, ficará prejudicado.

É mister allear que existem serviços no mercado em que a remuneração do prestador é feita por meio de taxa de administração, cobrada sobre o valor do serviço intermediado (taxa de administração).

Este é o modo que atuam as administradoras de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível. Nesses casos, a empresa cobra uma taxa ou comissão sobre o valor total das operações intermediadas. Os exemplos citados são considerados serviços comuns, logo são licitados na modalidade pregão, a qual permite a redução dos preços na fase de lances, do mesmo modo na modalidade tomada de preços, onde a proposta pode ser negativa.

Ocorre que, em certas circunstâncias, as taxas de administração propostas podem ter valor nulo ou até mesmo negativo. Considerando que o art. 44, §3º, da Lei n.º 8.666/93 não admite propostas com preço irrisório ou de valor zero, poderia o pregoeiro aceitar uma oferta de taxa de administração nula ou negativa?

SIM! No tocante à taxa de administração é afirmativo que pode ser aceita taxa zero ou negativa, tendo em vista a forma como esse serviço é executado.

Isso porque a renda dos particulares prestadores de tal serviço decorre de três principais fontes: da contratante, de aplicações financeiras e dos estabelecimentos credenciados. **Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU, expresso na decisão 38/1996 - plenário.**

Deixe-se assente que, no que é pertinente às licitações destinadas ao fornecimento de gestão de frota para fornecimento de combustíveis e manutenção, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei n.º 8.666/93, por não estar caracterizado, *a priori*, que essas propostas sejam inexecutáveis, devendo ser

averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital.

O voto do relator teve por motivo o seguinte raciocínio:

“7. Isso porque, conforme foi apurado na inspeção em apreço, a remuneração das empresas desse ramo não se restringe à taxa de administração cobrada ou aos rendimentos eventualmente obtidos no mercado financeiro. Fica assente neste trabalho que a remuneração dessas empresas advém também das taxas de serviços cobradas dos estabelecimentos conveniados (as quais variam de 1 a 8%), das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza como emissão de tíquetes, utilização desse pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados (varia de 7 a 16 dias).”

E este entendimento já está pacificado na Corte de Contas Federal:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, encaminhada pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., sobre possíveis irregularidades no pregão presencial 53/2011 – CSL, conduzido pela Universidade Estadual do Maranhão – Uema para contratação de empresa para implantação e operacionalização de sistema de gerenciamento da frota de veículos, com utilização de tecnologia de cartão micro processado com chip, via web, para fornecimento de combustíveis, lubrificantes e produtos afins e, ainda, lavagem de veículos em rede própria ou credenciada, com valor estimado de R\$ 140.213,08 até 31/12/2011.

9.2. dar ciência à Universidade Estadual do Maranhão de que, no pregão presencial 53/2011 – CSL, verificou-se não aceitação de proposta de taxa de administração com percentual igual ou inferior a zero, assinalada na letra d.2 do subitem 5.1 do edital, não obstante este Tribunal tenha jurisprudência no sentido de que em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital, conforme decisão 38/1996-Plenário;” (AC-1556-11/14-2 Número do Acórdão: 1556 Processo: 033.083/2013-4)

Outro meio da empresa obter remuneração são as aplicações no mercado financeiro do montante recebido do contratante para repasse. Tal atividade é chamada de operação de crédito antecipado. Nela, a administradora recebe da contratante o valor para pagamento pelos serviços prestados pela rede credenciada e o aplica no mercado financeiro. Isso é possível porque existe um intervalo entre a data em que a administradora é paga e a data em que o valor é repassado para os

estabelecimentos credenciados. Nesse interstício, as aplicações do valor recebido geram renda para a empresa.

Por fim, ainda há a possibilidade de a administradora cobrar pelo credenciamento uma mensalidade para mantê-lo ou um desconto sobre cada vale recebido.

Portanto, ainda que a taxa de administração oferecida no certame seja ZERO OU NEGATIVA, a empresa tem como executar o contrato e o seu preço não pode ser considerado inexecutável. Neste exato sentido foi o entendimento do TCU quando do julgamento do acórdão n.º 2004/2018, *in verbis*:

“A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação.” (Acórdão 1034/2012-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO)

“18. Ou seja, este Tribunal possui firme jurisprudência no sentido de que o oferecimento de proposta com taxa de administração zero e/ou negativa por si só não implica necessariamente na inexecutabilidade da mesma, devendo ser objeto de apuração em cada caso concreto segundo critérios objetivos definidos em edital. Dessa forma, inicialmente, o fumus boni iuris estaria presente.”

Tendo em vista o exposto, são admissíveis taxas de administração igual ou menor a zero nas licitações, especificamente para este tipo de objeto, desde que o valor seja executável, conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União na decisão n.º 38/1996 - plenário.

E novamente, traz-se a lume o julgado do Proc. TCM n.º 08060/14 do **TCM da Bahia** que acompanha o TCU. Observe:

“Também se revelou desarrazoada a inadmissibilidade, pelo Edital (item “do julgamento das propostas - cláusula 7.1.3.1 - d), da Taxa Administrativa Negativa. O fato de o §3º do art. 44 da Lei nº 8.666 proibir preços irrisórios ou incompatíveis com o mercado não pode, por si só, servir de amparo à vedação editalícia, posto que tal apuração há de ser feita em função do caso concreto, para verificação da obtenção, pelo particular, de recursos por outras vias.

[...]

Assim, propostas que consignem taxas de administração de valor zero ou negativas não deveriam, por pressuposto, ser tidas por inexequíveis, pois podem corresponder, na prática, a um desconto a ser concedido sobre o valor de face dos vales, “devendo ser averiguada a compatibilidade em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente definidos no edital.” (cf. consta do Acórdão nº 38/1996 – Pleno do TCU) (Grifamos)

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, através do Acórdão n.º 1.350/2019 já proibiu, para seus jurisdicionados, que **NÃO** seja vedada a oferta de **taxa negativa** para objetos como o licitado, ou seja, se o edital vedar a oferta de taxa negativa está em desacordo com a recomendação do TCE/PE, *in verbis*:

**“PROCESSO TCE-PE Nº 1925073-3
SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 01/10/2019
MEDIDA CAUTELAR
UNIDADE GESTORA: PREFEITURA MUNICIPAL DE BREJINHO
INTERESSADOS: ELISÂNGELA LUCENA DE LIRA ISIDRO, GIVANILDO DOS SANTOS E LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI
RELATORA: CONSELHEIRA TERESA DUERE
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA
ACÓRDÃO T.C. Nº 1350/19**

VISTOS, relatados e discutidos os autos do Processo TCE-PE nº 1925073-3, **ACORDAM**, à unanimidade, os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, nos termos do voto da Relatora, que integra o presente Acórdão,
[...]

Em **REFERENDAR** a **Decisão Interlocutória que deferiu** Medida Cautelar **para determinar que a Prefeitura Municipal de Brejinho anule** o Pregão Presencial nº 24/2019, **bem como publique um novo edital de licitação**, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, **com as adequações reclamadas pela auditoria, quais sejam:**

1. **Abster-se de lançar editais de licitação de gerenciamento eletrônico da aquisição de combustíveis ou manutenção de frotas de veículos sem que seja exigida a comprovação da boa situação financeira das licitantes (item 2.1.1);**
2. **Abster-se de lançar editais de licitação de gerenciamento eletrônico da aquisição de combustíveis ou manutenção de frotas de veículos sem o detalhamento das exigências mínimas de capacitação técnico-operacional dos proponentes (item 2.1.2);**
3. **Abster-se de vedar a oferta de taxas de gerenciamento negativas em licitações de gerenciamento de aquisição de combustíveis, manutenção de frotas e congêneres (item 2.1.3);**” (Grifamos e sublinhamos)

Repita-se, a manutenção da vedação de taxa negativa **frustrará a competitividade do certame**, vez que obrigatoriamente todas as empresas ofertarão a taxa mínima e máxima aceita, logo, não haverá a fase de lances, devendo a empresa **vencedora ser conhecida no sorteio, conforme determina o § 2º do art. 45 da Lei n.º 8.666/93:**

“§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.”

Logo, a impossibilidade de se ofertar taxas negativas fere o caráter competitivo do certame e o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, esculpido no art. 3º da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

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

§ 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;” (Grifamos e sublinhamos)

E ainda, convém sobrelevar que **inúmeros órgãos públicos** permitem de forma clara em seus editais a indicação de taxas zero e negativa, a exemplo do TCU, STF, entre outros.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, se firmam no sentido da fundamental importância da seleção da melhor proposta à Administração, afinal, essa é a pedra fundamental do processo licitatório. É exatamente neste sentido que a possibilidade de ofertar taxa negativa é evidenciada como a melhor oportunidade à Administração Pública.

Neste sentido, não restam dúvidas quanto ao caráter legal e vinculativo da seleção da proposta mais vantajosa, uma vez que existe previsão legal para tanto, e mais do que isso, trata-se de uma premissa básica da licitação que deve

ser protegida, de forma diferente, estaria a Administração causando prejuízo a si mesma e conseqüentemente aos cofres públicos.

Desta forma, a proposta mais vantajosa certamente não será aquela escolhida via simples “sorteio”, para onde caminha o processo licitatório em questão.

V - DA EXCESSIVA EXIGÊNCIA DE PREPOSTO *IN LOCO*

O edital, dentre suas diversas determinações, exige que a contratada disponibilize uma equipe para atendimento *in loco*. Observe:

17.1.8. A empresa vencedora deverá disponibilizar um representante/preposto para prestar esclarecimentos e atender *in loco* às solicitações que porventura surgirem durante a execução do contrato, desde que a presença *in loco* seja imprescindível para sua solução;

Não bastasse a ausência de justo motivo para tal exigência, a qual se encontra em descompasso com tantas outras licitações desta natureza, sua manutenção ocasionará afronta aos princípios norteadores da atuação administrativa, especialmente o da legalidade e o da seleção da proposta mais vantajosa, fato que se tornará evidente mais adiante.

Pela leitura da citada cláusula, entende-se que a contratada deverá disponibilizar um preposto para prestar esclarecimentos e atender as eventuais solicitações no município de Ibatiba (ES).

No entanto, exigir preposto no município é totalmente ilegal para o objeto licitado, cuja prestação se dará em ambiente *WEB* (por meio da internet – *on line*).

O TCU, órgão superior de Controle de Contas, decidiu no dia 28/05/2021, em Representação da empresa PRIME, que exigir a instalação de equipe

para atendimento *in loco* sem a devida justificativa fere o caráter competitivo da licitação, a economicidade do contrato e o princípio da isonomia:

“ACÓRDÃO Nº 1176/2021 - TCU - Plenário (DOU nº 100, de 28/05/2021, pg. 247)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da **Representação formulada pela Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda.** sobre possíveis irregularidades no Edital do Pregão Eletrônico 12/2020 -Registro de Preços, promovido pelo Comando Militar da Amazônia, visando à contratação de empresa para gestão compartilhada de frota mediante credenciamento de rede especializada em manutenção veicular e de serviços de rastreamento, para atender às necessidades da frota oficial do Comando da 17ª Brigada de Infantaria de Selva e unidades vinculadas. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.2. com fulcro no art. 9º, inciso I, da Resolução/TCU 315/2020, dar ciência ao Comando Militar da Amazônia das seguintes falhas identificadas no Pregão Eletrônico 12/2020, **para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:**

9.2.1. **exigência de que os licitantes instalem escritório na cidade de Porto Velho/RO, ou em raio máximo de até 50 km da cidade, no prazo máximo de sessenta dias a partir da vigência do contrato, estabelecida no item 9.11.2 do Edital do Pregão Eletrônico 12/2020, sem a devida demonstração de que seja imprescindível para a garantia da adequada execução do objeto licitado, e/ou, considerando os custos a serem suportados pela contratada, sem avaliar a sua pertinência frente à materialidade da contratação e aos impactos no orçamento estimativo e na competitividade do certame que, entre outros exames, tem o potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, afetar a economicidade do contrato e ferir o princípio da isonomia, em ofensa ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993;**

9.2.2. ausência de parcelamento do objeto no Termo de Referência do Pregão Eletrônico 12/2020, que previa a adjudicação global dos serviços de manutenção de veículos e rastreamento, restringindo indevidamente a competitividade e contrariando o Enunciado 247 da Súmula de Jurisprudência do TCU;

9.2.3. fixação de taxa máxima secundária a ser cobrada pela empresa contratada das credenciadas no contrato que decorrerá do Pregão Eletrônico 12/2020, conforme previsto no item 22 do Termo de Referência, que, ainda que não tenha sido determinante para o resultado do certame, não restou evidenciada como critério adequado de seleção da proposta que poderia atender, do melhor modo possível, aos interesses públicos, considerando o previsto no art. 170 da Constituição Federal e no item 7.1.1 do Anexo VIIA da IN/MPDG 5/2017;” (Grifamos e sublinhamos)

Em outros casos semelhantes, o Tribunal de Contas da União também firmou entendimento de que as atividades realizadas de forma remota são dispensadas de qualquer estrutura ou preposto no local da licitação, vejamos:

“LICITAÇÕES. DOU de 23.08.2011, S. 1, p. 101. Ementa: o TCU deu ciência à ANVISA sobre a impropriedade caracterizada pela exigência de que a empresa licitante utilize instalação própria ou localizada em uma cidade específica, salvo quando devidamente justificada a influência que possa ter esse fato na qualidade dos serviços a serem prestados, fere o princípio da isonomia e restringe o caráter

competitivo da licitação, em ofensa ao art. 3º, “caput” e §1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993 (item 9.2.2, TC-019.772/2011-4, Acórdão nº 6.463/2011-1ª Câmara).”

**Também proferiu o mesmo entendimento nos seguintes acórdãos:
3192/2016 - Plenário e 0182/16 - Plenário.**

Ora, restou comprovado que o fato de a empresa contratada possuir ou não representante na cidade sede da contratante em nada irá alterar a execução contratual, que, como destacado, é feita de forma remota através de sistema informatizado via *WEB*. E mais, evidente que na necessidade de um encontro presencial, o representante de qualquer empresa do país tem plenas condições de se locomover em qualquer estado brasileiro no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas.

Não obstante a isso, a Lei n.º 8.666/93 dispõe acerca de preposto:

*“Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, **no local da obra ou serviço**, para representá-lo na execução do contrato.” (Grifamos e sublinhamos)*

Nota-se que o texto da lei é genérico, servindo para todos os tipos de serviços, desde os mais complexos como obras e serviços de engenharia, até serviços mais simples, como locação de equipamentos e softwares de informática, caçamba para entulho, locação de veículos da frota, entre outros.

A necessidade de se exigir preposto no local dos serviços deve ser sopesada de acordo com o que se pretende contratar. A título exemplificativo, **não tem necessidade de se exigir preposto para fornecimento de sistema informatizado via WEB**. Isso porque, como já veementemente demonstrado, a natureza do serviço permite que o contato também seja feito através da *WEB*, sem que seja crucial o alocamento físico de um preposto.

Se for interpretar literalmente, a prestação dos serviços ocorrerá em ambiente *WEB*, plataforma *on line*, sendo impossível, portanto, manter um preposto na internet, onde é o local do serviço. Neste tipo de serviço, o gestor pode operar o

sistema de sua casa, da sede da Administração Pública, ou seja, de qualquer lugar do mundo, desde que tenha acesso à internet. Neste caso, novamente se questiona, onde deverá ser mantido o preposto?

Ainda que se requeira apenas um preposto com domicílio no município, há que se destacar que o preposto não ficará locado na sede da contratada, logo, a empresa precisará alocá-lo fisicamente no município da contratante, e deste modo, a contratada deverá adotar uma dentre as duas ações abaixo para cumprimento da exigência:

1. Transferir 01 funcionário arcando com todos os custos de transferência estabelecidos pela legislação trabalhista (aumento do custo);

OU

2. Contratar 01 funcionário, com pagamento de salários e reflexos, acrescido de treinamento do sistema para atender os eventuais “chamados” da contratante (aumento de custo), **isso sem contar os gastos diretos, como locação de sala comercial, equipamentos e insumos, unicamente para aguardar por uma possível chamada.**

Qual empresa, seja pública ou privada, contratará um funcionário para ficar em casa e trabalhar somente na eventualidade? Claro que na hipótese de contratação de um funcionário para atuar especificamente neste contrato, este deverá ficar em um escritório com toda infraestrutura para atender a contratante.

Isso reforça e evidencia que a exigência do edital está fazendo com que as propostas fiquem mais onerosas ou, no caso, menos vantajosas, tendo em vista ser o critério de julgamento o de menor preço.

Essa exigência constante do edital não atende, necessariamente, os princípios da finalidade e da eficiência, pelo contrário, viola diretamente os princípios

da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa, cerne de toda licitação pública.

É nítido, portanto, que a cláusula em discussão não é efetiva e razoável, eis que atenta contra os princípios da seleção da proposta mais vantajosa e do caráter competitivo, podendo restringir a participação de empresa que não tenha preposto local. A gravidade de tal determinação é gritante, eis que, ao restringir a participação de alguma empresa, o princípio basilar da isonomia nas licitações públicas estará expressamente violado.

De qualquer modo, entende-se que a exigência de atendimento *in loco* deve ser dirigida aos serviços em que à atuação local seja imprescindível para a garantia da adequada execução do objeto licitado, como nos casos de construção civil, ou serviços de engenharia, portaria, limpeza e congêneres. Nestes casos, evidente se mostra a necessidade de manter preposto no local, pois este acompanhará o desenvolvimento dos serviços que são prestados por seus funcionários *in loco*.

Entretanto, para o objeto licitado não existe a necessidade de se manter um preposto no município sede da contratante, pois, **em caso de EVENTUAL problema no sistema, este atendimento por um preposto se dará instantaneamente, ainda que de forma remota** (acesso remoto – vocabulário utilizado na área da informática), o qual terá todas as condições de resolvê-lo.

Ainda que se tente argumentar a necessidade de um preposto *in loco*, mostrar-se-ia inócua por diversos fatores, sendo um deles a mesma hipótese acima. Uma outra seria que a contratada dispensará um custo para operacionalização desta exigência, pois precisará de locação de sala comercial, mobiliário e equipamentos de informática, treinamento, salário e custos indiretos, entre outros, **que serão embutidos no valor final da proposta.**

De fato, podem existir casos em que haja a necessidade de filial ou um preposto **no local da execução** do contrato, porém, não é o que se observa do presente caso, situação totalmente dispensável. Isso porque, frisa-se, os serviços de gerenciamento de cartão magnético através de sistema via *WEB*, ou seja, basta ao usuário acessar o site da empresa contratada e inserir seus dados de *login* e senha, não havendo sequer a necessidade de instalação de *software* nos computadores da contratante.

De mesmo modo, a implantação ocorrerá de forma remota, com inserção de dados, confecção de cartões e credenciamento da Rede, sendo desnecessária a presença de um preposto na sede da contratante.

Além disso, após a implantação do sistema, os contatos entre os representantes da contratada e da contratante, somente ocorrerão em casos excepcionais, quando falhas significativas ocorrerem, ou sempre que solicitado pelo servidor, situação que por si só demonstra o caráter desnecessário da referida exigência do edital, afinal, em todos esses casos é possível agendar uma reunião.

Diante de tais circunstâncias, resta claro que a realização do objeto da contratação será à distância. Até mesmo porque toda a estrutura de tecnologia da informação por detrás do sistema ficará localizada de forma remota, tudo isso sem ocasionar nenhum problema para a execução contratual, sendo que todos os problemas técnicos serão resolvidos de forma remota.

Logo, quer seja por seus aspectos materiais ou estritamente jurídicos, a designação de preposto na região exigida é inútil ao fim a que se destina, afinal, **todas as correções e alterações sistêmicas serão efetivadas nas instalações da empresa contratada**, local onde se encontra o seu corpo técnico e os equipamentos necessários para tanto.

Cumprido destacar, a título de exemplo, que a PRIME possui contrato com inúmeros órgãos públicos espalhados por todo o país, no entanto, não possui filiais, prepostos ou funcionários espalhados por todo o território nacional, isto porque os serviços são realizados de forma remota, e a existência ou não de representante local em nada atrapalha a execução dos contratos.

Diante disso, não restam dúvidas que deve ser reavaliada a exigência contida no edital e anexos que exige preposto local para prestar esclarecimentos e atender as eventuais solicitações por não guardar relação com o princípio da economicidade, da razoabilidade e da isonomia.

Portanto, incontroverso que deverá ser excluída a exigência de preposto fixo no município de Ibatiba (ES), que tem a finalidade, neste caso, de frustrar a seleção da proposta mais vantajosa para a contratante.

VI - DO EXÍGUO PRAZO DE ORÇAMENTO

Da análise do edital é possível verificar incidência de irregularidade no tocante ao prazo para elaboração de orçamentos, conforme segue:

5.4.4. As oficinas credenciadas deverão atender no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas a toda e qualquer solicitação de orçamento que venha a receber da CONTRATANTE, inclusive de serviço de traslado de veículos, por meio de guincho, quando for o caso, por meio dos canais já elencados;

3.7.2. Para que seja autorizada a execução dos serviços, a contratada deverá fornecer, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, no mínimo 03 (três) cotações de preços, fornecidos por suas credenciadas. Em casos excepcionais, e devidamente justificados, os serviços poderão ser autorizados sem que haja as 03 (três) cotações, de acordo com o Acórdão 2637/2015 – TCU Plenário e Acórdão TCU nº 1.685/2010 – 2ª Câmara.

De acordo com as exigências acima, depreende-se que o prazo das oficinas credenciadas elaborarem o orçamento é de 24 horas, e o prazo da contratada autorizar a execução do serviço é de 48 horas.

Entretanto, tal prazo é inviável e impraticável, considerando o segmento do objeto do contrato (manutenção veicular) e a complexidade da maioria dos serviços de manutenções corretivas e preventivas.

Para elaboração completa de orçamento, seja de manutenção corretiva ou preventiva, é necessário cotar perante fornecedores os valores de peças, a fim de encontrar preços justos e compatíveis com os de mercado, assim como é necessário calcular o tempo necessário de mão de obra para realização do reparo.

Como se pode constatar facilmente, a cotação das peças depende de outras empresas para que as oficinas credenciadas possam finalizar o orçamento, ou seja, foge do controle das oficinas o tempo exato para finalização do orçamento.

Ademais, há orçamentações de complexidades diversas, de veículos leves, pesados, orçamentações que necessitam da avaliação do veículo como um todo, em caso de defeitos não identificados que necessitam de diagnósticos de difícil realização.

Convém sobrelevar ainda, que inúmeros órgãos públicos possuem contratos em vigência, cujo objeto é o gerenciamento por intermédio de cartões magnéticos, os quais não necessitam de prazos ínfimos para entrega dos orçamentos.

Sabe-se que, não somente esta, mas toda a Administração Pública necessita de manter sua frota de veículos, principalmente ambulâncias, com as manutenções em dia, porém, não é da forma como consta no edital que se alcançará os objetivos almejados. Não é inserindo no edital cláusula manifestamente impraticável que se obterá o sucesso pretendido.

Neste viés de exigência, o estabelecimento de prazos exíguos para que as credenciadas forneçam seus orçamentos rompe o caráter competitivo do certame, assim como fere o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, esculpido no art. 3º, da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

1 - 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;” (Grifamos e sublinhamos)

Não obstante a isso, a obrigação da contratada ser a responsável pela apresentação de outras três cotações (orçamentos) não se mostra razoável e moral. Isso porque, a solicitação de orçamentos deve ser sempre realizada pela própria contratante. Ou seja, após o recebimento do primeiro orçamento, cabe ao contratante direcionar a OS para demais oficinas via sistema.

Considerando, assim, que tratamos de um contrato de autogestão, não há como se direcionar tal obrigatoriedade para a contratada, que possui como obrigação apenas a disponibilização do sistema e da rede credenciada. O direcionamento das OS's para as oficinas é tarefa exclusiva do futuro gestor do contrato.

Sendo assim, requer-se a exclusão da obrigatoriedade de a contratada ter que apresentar outros 03 orçamentos, bem como seja alterado o prazo para o primeiro orçamento e autorização da execução, podendo ser elaborado em até 03 dias úteis.

VII - DO PRAZO DE GARANTIA PARA PINTURA

Constata-se que a Administração Pública tenta, de forma alheia as suas atribuições, limitar e interferir na relação comercial de direito privado estabelecido entre a empresa contratada e seus estabelecimentos credenciados que irão compor a sua rede, vejamos:

7.6.4. Para os serviços de lanternagem e pintura o prazo é de 12 (doze) meses;

Da leitura da referida cláusula, verifica-se que a contratante tenta interferir na autonomia da rede credenciada fixar o próprio prazo de garantia. **Referida exigência é totalmente alheia à atividade da Administração Pública, e nada mais é do que uma forma de a Administração interferir no livre comércio.**

Como a Administração Pública pode exigir prazo de garantia para os serviços de lanternagem e pintura se a garantia dos produtos e serviços é de competência do Código de Defesa e Consumidor?

Indubitavelmente, o edital é a lei interna de todo o processo licitatório e, nesse marco, inexistente qualquer regra específica em relação a prazo de garantia para pintura na Lei Geral de Licitações, logo, não pode o edital subverter sobre as regras gerais do Código de Defesa do Consumidor.

A presente exigência de prazo de garantia para pintura entre a futura contratada e seus credenciados é uma interferência que extrapola os limites do procedimento licitatório, por interferir em relações jurídicas do direito privado, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo.

Além disso, a referida exigência fatalmente desequilibrará o futuro contrato e colocará a contratada em posição de inexecução contratual. Ou ainda,

frustrará o caráter competitivo do certame, vez que nas condições constantes no edital é possível que nenhuma licitante compareça na sessão pública, fazendo com o que mesmo seja fracassado.

Ao frustrar a competição, o órgão licitante está descumprindo os termos do artigo 3º, inciso II da Lei n.º 10.520/02, bem como os dizeres do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/96, e com isso impedindo que a seja alcançada a proposta mais vantajosa ao erário.

A contratante deve-se ter em mente que o serviço pretendido (gerenciamento de frota) é um modelo novo, não possuindo regras específicas, porém, devendo ser observadas as peculiaridades do mercado privado.

A imposição de prazo de garantia para os serviços de lanternagem e pintura não encontra respaldo em nenhuma legislação, sobretudo no Código de Defesa do Consumidor, aplicado subsidiariamente ao Contrato Administrativo, mas tão somente no “pensamento” do órgão licitador.

Nesse sentido o art. 54 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” (Grifamos e sublinhamos)

O Código de Defesa do Consumidor, em ser art. 26, assim determina:

“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

[...]

*II - **noventa dias**, tratando-se de **fornecimento de serviço** e de produtos **duráveis.**” (Grifamos e sublinhamos)*

Sendo assim, a citada cláusula, por ser exorbitante e ilegal, deve ser excluída do edital e anexos, tendo em vista a ilegal interferência na relação comercial e privada entre contratante e rede de credenciados.

VIII - DA INAPLICABILIDADE DO IMR

Foi constatado no Termo de Referência do edital outra ilegalidade que, sem sombra de dúvidas, poderá desequilibrar o fator econômico-financeiro do contrato, tendo em vista o seu **caráter extremamente abusivo e subjetivo**, vejamos:

A multa incidirá sobre o faturamento referente ao mês subsequente ao quadrimestre da última avaliação aplicada no percentual de até 05 (cinco) por cento.

Inicialmente, destaca-se que os motivos que levarão a contratante “redimensionar” os pagamentos da contratada são objetos de penalidades, ou seja, são fatos ensejadores de inexecução parcial do contrato.

É notório que todos os fatos constantes nos indicadores são descumprimentos de cláusulas do contrato, que por sua vez tem possibilidade de aplicação de penalidade.

Sendo assim, a Contratante terá em seu domínio o poder/dever de, **tanto “redimensionar” o pagamento** por suposta má prestação dos serviços, **quanto aplicar penalidade pela inexecução.**

Este fator, ainda que em sede de ‘possibilidade’, revela ilegalidade, pois permite que a contratante aplique 02 penas à contratada sobre o mesmo fato, caracterizando o chamado *bis in idem*.

Não obstante, pelos serviços prestados devem ocorrer o correspondente pagamento, ao passo que se os serviços prestados não estão a contento,

ou seja, estiverem em desacordo com o edital, deve-se proceder com o devido processo para aplicação de multa por inexecução parcial do contrato, e não glosar diretamente dos pagamentos devidos a Contratada, sem o que se oportunize o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, a citada previsão do edital é abusiva, devendo a Administração Pública retificá-la **para que seja não seja glosado quaisquer descontos dos pagamentos justos e devidos à contratada, salvo aqueles provenientes da correta aplicação de penalidade por eventual descumprimento do contrato, respeitado, como dito alhures, o direito de defesa e do contraditório.**

IX - DA EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS NÃO PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES

Foi constatada outra ilegalidade no edital que, sem sombra de dúvidas, poderá afastar potenciais licitantes.

O edital, de forma assombrosa, exige documento não relacionado na legislação que rege o instituto da licitação. Observemos:

25.15. A qualquer tempo a CONTRATANTE poderá exigir os termos de compromisso de prestação de serviço entre CONTRATADA e suas CREDENCIADAS;

De acordo com a Lei n.º 8.666/93, **somente pode ser exigido das licitantes documentos relativos a:**

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.” (Grifamos)

Não obstante, a Constituição Federal, que ao instituir a obrigatoriedade de contratação através de licitação pública já vedou exigências excessivas e desnecessárias ao cumprimento das obrigações contratuais, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*
(Grifamos e sublinhamos)

Como visto acima, a Constituição Federal permite exigir das licitantes apenas os documentos indispensáveis para o cumprimento do contrato, ao passo que não pode camuflar a exigência de outros documentos não previstos no rol taxativo da lei.

Sendo assim, é ilegal exigir documentos não previstos no rol de documentos possíveis de serem exigidos para habilitação em licitação, ainda que apenas em forma de declaração ou termo.

Portanto, **referida cláusula e todas as demais no mesmo sentido** devem ser excluídas do edital, em atendimento aos **princípios norteadores da licitação pública**, sobretudo por ser uma exigência que pode frustrar o caráter competitivo do certame, afastando potenciais interessados.

X - DA AUSÊNCIA DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA

Antes de qualquer outra argumentação, impende já registrar que o **art. 32, da Lei n.º 8.666/93** determinou que os documentos de habilitação, previstos nos

artigos 28 a 31 da mesma Lei, somente podem ser dispensados, no todo ou em parte, nos casos especiais, o que não é o caso da presente licitação.

De acordo com os termos do edital, a exigência de habilitação, quanto à qualificação econômico-financeira se refere tão somente à apresentação da certidão negativa de falência:

8.4.1. Certidão negativa de falência ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física.

A Lei Geral de Licitações não delimitou quais tipos de empresas ou grupos/consórcio devem apresentar os documentos elencados nos arts. 28 a 31.

De acordo com o princípio da isonomia, a exigência de um documento deve-se estender a todas as licitantes, exceto aqueles que a lei assim exija. Ocorre que, este não é o caso dos presentes autos.

Conforme se constata, não está sendo exigida a qualificação econômico-financeira completa, como determina a legislação e jurisprudência do TCU. Em que pese a Constituição Federal determinar a inclusão de exigência de qualificação econômica, não se vislumbra qualquer cláusula efetiva neste sentido.

Para dar azo a obrigatoriedade de se incluir nos editais de licitação exigência de qualificação econômico-financeira, é necessário indicar os comandos legais aplicáveis:

CF/88

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (Grifamos)

Neste sentido, a Lei n.º 8.666/93, a qual regulou este dispositivo constitucional, estabeleceu, em seus artigos 27 a 31, quais documentos atenderiam ao termo “indispensáveis”, *in verbis*:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal;”

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

[...]

§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei.” (Grifamos)

Do mesmo modo, o Decreto n.º 10.024/2019 também determinou como obrigatório exigir a qualificação técnica da licitante (entende-se na forma da Lei n.º 8.666/93):

CAPÍTULO X
DA HABILITAÇÃO
Documentação obrigatória

“Art. 40. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica;

III - à qualificação econômico-financeira;

IV - à regularidade fiscal e trabalhista;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário; e

VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do caput do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993.”

Portanto, a legislação prevê expressamente que, com a **finalidade de se comprovar a boa situação financeira da empresa (QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA)**, **deve ser exigido das licitantes o balanço patrimonial, os índices econômicos e a certidão negativa de falência**, pois, são documentos idôneos para demonstrar, de fato, a saúde financeira de qualquer sociedade empresária.

Desta forma, os Legisladores determinaram que a Administração Pública, na fase de habilitação, **deverá** exigir das licitantes a apresentação de todos os documentos elencados em seus incisos, dentre os quais se destaca a necessidade da comprovação da qualificação econômico-financeira (inciso II do art. 40), que foi omitida pelo presente edital.

A Administração Pública que não exige todas as comprovações de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista) deixa de cumprir os termos da legislação, e, conseqüentemente, viola o princípio constitucional da legalidade consignado no *caput* do artigo 37, da Carta Magna, ora transcrito:

*“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:” (Grifamos)*

Da soma dos artigos da Lei n.º 8.666/93, do Decreto Federal e da Constituição Federal, conclui-se que a Administração **tem o dever e não a faculdade**

de exigir das licitantes a comprovação da qualificação econômico-financeira através de:

1. *Balanco Patrimonial; e*
2. *Certidão negativa de falência.*

Claro está que a **disposição legal do art. 31, da Lei nº 8.666/1993 é OBRIGATÓRIA, por força do § 7º do art. 32 da mesma lei, in verbis:**

“Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

[...]

§ 7º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea “a” do inciso II do caput do art. 23.”

Ora, não sendo aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento, **a exigência de tais documentos se torna obrigatória**, conforme bem alinhado pelo TCU, antes mesmo do parágrafo acima colacionado ser incluído na Lei n.º 8.666/93, no ano de 2016.

Portanto, a exigência de se comprovar, obrigatoriamente, a qualificação econômico-financeira encontra azo na legislação e **não pode deixar de ser observada pela Administração**, possuindo o nobre objetivo de fazer com que não seja contratada uma empresa aventureira que sequer detêm condições mínimas para executar a contratação.

Ocorre que o edital atacado não exige que as licitantes comprovem sua qualificação econômico-financeira por meio de balanço patrimonial, situação essa que viola expressamente o texto legal.

Uma simples certidão atestando que inexistente processo judicial de falência não tem o condão de sozinha, comprovar a capacidade econômica de uma empresa. Aliás, pelo contrário, quando existir esse registro, significa que, em tese, a empresa já foi à bancarrota, de modo que a “*Inês é morta*”.

Ressalta-se que a Administração Pública se encontra vinculada não só ao edital, mas também aos princípios norteadores da Licitação. Dentre eles, é de extrema importância ressaltar o princípio da legalidade, disposto tanto no art. 37º, da Constituição Federal, como em praticamente toda norma referente à Administração Pública na legislação brasileira, ora seja, a Administração Pública deve agir senão em virtude de lei.

Assim, a expedição de edital de licitação do qual carecem requisitos mínimos previstos na Lei n.º 8.666/93 é um ato administrativo manifestamente ilegal, devendo ser anulado e revisto.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

“A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o “fornecimento de cartões combustível pós-pagos” para a frota de veículos daquela unidade.

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. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar adotada no processo, autorizando o TRE/ES, excepcionalmente, a dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 7/2018;

9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993;

9.4. arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO” (Grifamos)

A questão é de suma importância, ainda mais no ramo de gerenciamento de frota. Para exemplificar, se a Contratante eventualmente não realizar o pagamento à Contratada Gerenciadora, esta deverá cumprir com os prazos de pagamentos acordados com a Rede Credenciada, mediante contrato privado, para que não haja recusa de prestação de serviços por partes destes.

A gerenciadora, futura contratada, deve comprovar que tem uma boa saúde financeira para suportar o contrato. Entretanto, algumas empresas, para fazer prova desta condição, fazem alterações no Balanço Patrimonial, de forma a maquiá-lo e poder se sagrar vencedora do certame. Portanto, além de ser obrigatório, a exigência de qualificação econômico-financeira tem o cunho de evitar que se contrate com empresa inidônea, o que pode, futuramente, resultar em problemas na execução do contrato.

Sendo assim, **busca-se a inclusão da exigência de qualificação econômico-financeira, nos moldes estabelecidos pelos artigos 27, 31 e 32 da Lei n.º 8.666/93 para todas as empresas.**

V - DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer se digne a i. pregoeira a **JULGAR PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO**, a fim de proceder as seguintes alterações:

- I. Alterar o item 7.1.25. do edital, a fim de possibilitar oferta de taxa de administração negativa, conforme a vasta jurisprudência do TCU e demais Tribunais de Contas Estaduais;
- II. Excluir do edital o item 17.1.8., o qual exige equipe local para prestar esclarecimentos e atender as eventuais solicitações no

município de Ibatiba (ES), objetivando-se a seleção da proposta mais vantajosa;

- III. Alterar os itens 5.4.4. e 3.7.2. do edital, excluindo a obrigatoriedade de a contratada ter que apresentar outros 03 orçamentos, e ampliando os prazos para elaboração e autorização dos orçamentos, em consonância com o princípio da razoabilidade;
- IV. Excluir do edital o item 7.6.4. e 25.15., e, todas as demais no mesmo sentido, por serem cláusulas exorbitantes e ilegais;
- V. Excluir a previsão de IMR, por não se aplicar a presente contratação;
- VI. Adequar as exigências de Habilitação – Qualificação econômico-financeiro, incluindo todos os documentos obrigatórios do art. 31 da Lei n.º 8.666/93 e art. 40 do Decreto n.º 10.024/2019, conforme obrigatoriedade do art. 32 da Lei n.º 8.666/93;
- VII. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

Termos em que pede deferimento

Santana de Parnaíba/SP, 27 de setembro de 2023.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Noely Fernanda Rodrigues – OAB/SP 424.662