

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO MUNICÍPIO DE IBATIBA, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

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

PREGÃO PRESENCIAL N.º 048/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 064/2023

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,
inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, n.º 11 - 2º Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-mail: juridico@primebeneficios.com.br e bruna.olimpio@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 04/12/2023 (**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 24 horas, contados da sua interposição junto à Administração Pública, como determina o art. 12, §1º, do Decreto n.º 3.555/00:

§ 1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

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 04/12/2023, às 08h30, a abertura do Pregão Presencial n.º 048/2023, para o seguinte objeto:

Registro de preços que tem por objetivo a futura contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração, gerenciamento e controle de aquisição de combustíveis e derivados (tipo gasolina comum, óleo diesel, óleo diesel S10, bem como óleo lubrificante e outros derivados), em rede de postos credenciados, compreendendo administração e gerenciamento informatizado, com uso de cartões eletrônicos magnéticos ou com chip como meio de intermediação do pagamento, pelo fornecimento de combustíveis e derivados, utilizando a tecnologia que melhor controle com segurança à contratação, a fim de atender os veículos oficiais, máquinas e equipamentos operacionais pertencentes ao 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 percentual, que será aplicada sobre o valor dos produtos e serviços utilizados pela administração. A taxa de administração não poderá ser negativa.

De plano é possível constatar a ilegalidade de fixar taxa mínima, fato completamente vedado pela Lei de Licitações, a qual, através das disposições contidas no art. 40, inciso X, também **veda a fixação de valores de preços mínimos:**

Art. 40. O edital conterá 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; (Grifo nosso)

Neste sentido, **o TCU, no Acórdão 818-09/08-2, entendeu que fixar desconto máximo (taxa 0,00%) 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). (Grifo nosso)

O STJ, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 1840113, proferiu entendimento totalmente congruente ao da petionante, determinando que os editais **NÃO PODERÃO** prever percentual mínimo referente à taxa de administração. Observe:

4. A fixação de percentual mínimo de taxa de administração em edital de licitação/pregão fere expressamente a norma contida no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, que veda "a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência.

[...]

10. Tese jurídica firmada: "Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993. (RECURSO ESPECIAL Nº 1840113 - CE (2019/0287783-0) (Grifo nosso)

O entendimento do STJ é extremamente claro e evidencia que o instrumento convocatório em discussão extrapola os limites regulatórios que lhe competem. Determinar que não serão aceitas taxas negativas ou taxa de percentual zero desrespeita os preceitos básicos do certame e é disposição expressamente oposta à jurisprudência e, também, à lei aplicável ao caso.

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 vantajosidade ao erário público.

Outro ponto a se considerar é que a manutenção da vedação de taxa negativa **frustrará a competitividade do certame**, vez que certamente **todas as empresas ofertarão a taxa mínima aceita**, logo, não haverá a fase de lances, devendo a empresa **vencedora ser conhecida no sorteio, conforme determina a lei**.

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 alhear 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 inexequíveis, 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 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.*

Uma forma de se estabelecer um critério de executabilidade da proposta é através de consulta às taxas praticadas no mercado e no âmbito da própria Administração em outros órgãos e entidades.

Tendo em vista o exposto, são admissíveis taxas de administração 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 inexecutáveis, 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) (Grifo nosso)

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); (Grifo nosso)**

Além de ser um absurdo neste tipo de contratação, a **vedação da taxa negativa é um crime contra o erário público**, tendo em vista que intencionalmente não se busca selecionar a proposta mais vantajosa e promover a competitividade no certame, eis que os lances dos licitantes estarão, obrigatoriamente, entre 0,00% e ironicamente em 0,00%, tendo em vista que a estimativa é de 0,00% de taxa para esta contratação.

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:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

[...]

§ 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.

Ou seja, se não pode efetuar lances inferiores a zero, as licitantes já entrarão com propostas com taxa 0,00%, não havendo competitividade, nem seleção da proposta mais vantajosa, recaindo sobre a hipótese o desempate por sorteio.

Logo, a impossibilidade de se ofertar taxas negativas fere o caráter competitivo do certame e o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, esculpidos 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:

l - 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; (Grifo nosso)

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.

Portanto, os órgãos públicos determinam a oferta de taxas negativas (descontos), sempre em busca da seleção da proposta mais vantajosa, como preceitua o art. 3º da Lei n.º 8.666/93.

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.

Nas lições do Insigne Jurista José Afonso da Silva:

*O princípio da licitação pública significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao **procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública**. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público. (Grifo nosso)*

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.

Não aceitar taxa negativa fere o princípio do julgamento objetivo e o da seleção da proposta mais vantajosa, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, e vai na contramão da doutrina e jurisprudência sobre o tema. Cumpre ressaltar que a fixação do desconto máximo (ou taxa mínima - 0,00%) também se revela como ilegal, conforme se observa do art. 40, inc. X, da Lei n.º 8.666/93.

V - DO PRAZO DE PAGAMENTO PARA A REDE CREDENCIADA

Antes de qualquer argumentação e, para que fique claro, os serviços de Gestão de Frota amoldam-se à chamada quarteirização das atividades de (i) manutenção e (ii) abastecimentos de veículos, a qual se apresenta na evolução da já conhecida terceirização, tendo se desenvolvido e consolidado no Setor Privado nos últimos anos, passando a ser adotado mais recentemente pela Administração Pública na busca por maior eficiência na gestão dos serviços.

Este novo modelo de contratação se propõe a modernizar os mecanismos de gestão pública, por meio da transferência de ações da Administração a particulares que se desdobram em dois níveis: o da gerência da prestação e o da execução da prestação. O esquema abaixo apresenta os vínculos existentes na terceirização e na quarteirização apresentadas neste trabalho.



Em síntese, na quarteirização a Administração contrata empresa especializada que disponibiliza sistema de gerenciamento para a execução dos serviços (abastecimento de combustíveis), os quais serão realizados pela rede de estabelecimentos conveniados.

Como ilustrado acima, neste tipo de contratação, **existem 02 relações contratuais** operando, sendo a primeira através de **Contrato Público** entre Contratante (órgão público) e Contratada (licitante) e a outra mediante **Contrato Privado** entre a Contratada (licitante) e a Rede Credenciada (prestadora dos serviços).

Portanto, **é nítida a existência de duas relações contratuais**, de modo que **uma não pode interferir, de modo impositivo, na outra**, conforme será demonstrado a seguir.

No entanto, a Administração tenta, de forma alheia às suas atribuições, buscar financiamento, conforme previsão editalícia indevida estabelecida nos itens a seguir transcritos do edital:

7.1.27. A licitante deverá constar em sua proposta o prazo de pagamento aos credenciados, limitados em até 30 (trinta) dias, após a emissão das notas fiscais.

Nesta cláusula se observa a ilegalidade quanto ao pagamento à Rede Credenciada, uma vez que o edital quer pactuar o prazo de pagamento entre particulares, ignorando o livre comércio e o livre consentimento de particulares na relação PRIVADA.

Primeira observação a se fazer é que a relação do Contrato administrativo se dará entre Administração pública e empresa Gerenciadora.

A relação jurídico contratual entre Gerenciadora e suas Credenciadas não são regidas por este Contrato Administrativo.

A Lei de Licitações determina que o Contrato é somente condição de pagamento entre Contratante e Contratada e não perante terceiros interessados. Se assim fosse, toda empresa Contratada mediante contrato público deveria pagar o salário de seus funcionários e fornecedores, independentemente do pagamento pela Administração Pública.

A Administração Pública não pode interferir na gestão empresarial e nos negócios privados que sua Contratada possui.

A título meramente exemplificativo, na aquisição de computador pela Administração Pública, não se exige pagamento do fornecedor/fabricante no prazo de 30 dias da entrega do produto. Isso porque o prazo de pagamento entre empresas privadas é regido pelo direito privado e, pelo princípio da *pacta sunt servanda*, deve ser cumprido o prazo de pagamento acordado entre eles.

De modo totalmente diverso da esfera privada, o contrato Administrativo só pode regular o objeto licitado e as obrigações das partes relacionadas uma para com a outra e não para com terceiros. Observe o art. 54 da Lei n.º 8.666/93, que disciplina sobre o assunto:

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.

*§ 1º - **Os contratos devem estabelecer** com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em **cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.** (Grifo nosso)*

É nítido que a cláusula em tela não determina constar no contrato as obrigações da Contratada com seus fornecedores, mas tão somente obrigações entre as partes contratantes. Neste sentido, a Administração pública não tem competência para interferir no contrato firmado entre as partes privadas.

Não se pode imprimir no caso dos autos qualquer tipo de interpretação pessoal e convicções que não encontram aporte na legislação. Neste sentido, é evidente que a administração Pública somente pode fazer o que a Lei determina, e neste caso, agindo de forma totalmente alheia à legalidade, determina prazo para pagamento DA CONTRATANTE PARA A CONTRATADA e não DA CONTRATADA para seus FORNECEDORES.

Não é um ato discricionário, onde a Administração Pública tem liberdade de atuação. Trata-se de um ato vinculado, portanto, deve ocorrer nos exatos termos da lei.

Isto porque, como já apontado acima, o objeto da contratação é a “**gestão da frota de veículos**” onde o gerenciamento dos abastecimentos tem como elemento marcante a INTERMEDIACÃO, ao invés da aquisição direta de combustível, utiliza-se da intermediação de uma Gerenciadora.

A Administração se beneficia dos serviços de terceiros alheios ao contrato administrativo e a Gestora estabelece contratos comerciais de natureza civil com estabelecimentos credenciados e totalmente aptos a atender as demandas da Administração. Verifica-se, portanto, que além da prestação do serviço de gestão propriamente dito, trata-se da disponibilização de um meio de pagamento, o qual é colocado à disposição da Contratante para que essa adquira produtos e realize serviços, conforme sua necessidade.

Quando a Contratante toma os serviços duas obrigações devidamente ordenadas surgem - o PAGAMENTO e o REPASSE. A Administração tem o dever de PAGAR à Gerenciadora nos termos da Lei e do Contrato Administrativo, e a Gerenciadora o de REPASSAR ao credenciado nos termos do contrato privado estabelecido pela vontade das partes.

Observa-se, porém, que da forma como estabelece o edital, a Contratante, além de interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil, busca de forma indevida financiar-se, pois toma “CRÉDITO” junto a Gerenciadora, que está obrigada a arcar com as despesas da Administração sem a devida contrapartida de juros pela operação.

É de se entender a preocupação da Contratante em não ter a execução do contrato frustrada pela falta de pagamento da Rede Credenciada, no entanto, insere no edital cláusulas que extrapolam seu campo de atuação, que são delimitados por lei.

A Administração Pública possui prerrogativas em seus contratos que os contratos privados não possuem, ou seja, as chamadas cláusulas exorbitantes. Estas cláusulas estão amparadas pela Lei n.º 8.666/93, mais precisamente no art. 58, que assim reza:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

*III - **fiscalizar-lhes a execução;***

*IV - **aplicar sanções** motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;*

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. (Grifo nosso)

Neste viés, **não cabe à Administração interferir na relação comercial entre os particulares**, como se vislumbra da presente contratação, que opera na chamada quarteirização (Contratada x Rede Credenciada). No entanto, pode a Contratante usar de suas prerrogativas (fiscalizar os pagamentos e aplicar sanções, em caso de interrupção dos serviços pela falta de pagamento pela Rede Credenciada).

Observa-se que para o mesmo fim (prestação dos serviços ininterruptos) pode utilizar prerrogativas dadas pela lei (princípio da legalidade), sem, contudo, invadir o campo do direito privado, interferindo nas relações comerciais pactuadas pelos particulares de boa-fé.

Veja, a Administração cria uma forma de se financiar estabelecendo que os credenciados deverão ser pagos 30 dias após a emissão das notas fiscais independentemente da liquidação do pagamento da nota apresentada ao órgão CONTRATANTE, que deverá ocorrer em até 30 dias **do aceite** da Nota Fiscal.

A futura Gestora Contratada, caso alguma empresa se disponha a participar do certame, estará forçada a financiar a atividade da Administração Pública, de modo que é vedado o FINANCIAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO ATRAVÉS DE FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS SEM O CORRESPONDENTE PAGAMENTO TEMPESTIVO DA OBRIGAÇÃO CONTRATADA.

Nesse sentido, a Gestora contratada não irá repassar os valores oriundos dos serviços tomados pela Contratante, mas pagar antecipadamente, quando a execução do contrato se relaciona diretamente à gestão do fornecimento de combustíveis da frota e não o financiamento, o que leva ao prejuízo para o particular, porque o edital não prevê a aplicação de juros, mas o simplista mecanismo indenizatório pela inflação.

Assim, para que não ocorra locupletamento, uma vez que o particular não deve financiar a Administração Pública através de fornecimento de bens e serviços, sem o devido pagamento tempestivo da obrigação assumida, porque o contrato teve previsão orçamentária. Conclui doutrinador Ferreira Filho:

Não deve o contratado financiar a Administração através de fornecimento de bens e serviços sem o correspondente pagamento tempestivo da obrigação contratada, pois antes da contratação sempre há previsão orçamentária para o cumprimento da obrigação a se contrair. (Manual de Licitações e Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.)

O TCE/MS assim decidiu em representação análoga:

DECISÃO LIMINAR DLM - G.JCN - 96/2018

PROCESSO TC/MS: TC/12335/2018
PROTOCOLO: 1942765
ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAÍSO DAS ÁGUAS
DENUNCIANTE: PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA
EPP
TIPO DE PROCESSO: DENÚNCIA
RELATOR: Cons. IRAN COELHO DAS NEVES

MEDIDA CAUTELAR

VISTOS, etc.

12. – A segunda questão (item “b”), diz respeito à necessidade de pagamento dos serviços das empresas credenciadas em até cinco dias após a execução, em consonância com o título XIV do edital, nestes termos:

XIV - DOS PREÇOS E DO PAGAMENTO:

14.1. Os preços propostos serão fixos e irrevogáveis e deverão ser expressos em reais.

14.2. Nos preços propostos presumem-se inclusos todos os tributos e/ou encargos sociais resultantes da operação adjudicatória concluída, inclusive despesas com seguros, fretes, cargas, descargas e outras.

14.3. O pagamento deverá ser efetuado para a CONTRATADA mensalmente, conforme calendário de pagamentos da contratante, mediante a comprovação da realização dos serviços, acompanhada das respectivas Notas Fiscais/Faturas, devidamente atestadas.

14.4. A CONTRATADA, por sua vez, deverá efetuar o pagamento dos serviços prestados pelas empresas credenciadas em até 05 (cinco) dias após a execução dos serviços. (grifei).

13. – Compulsando os autos, percebo que a prática inscrita no instrumento convocatório tende a criar um ônus desnecessário para a contratada, posto que esta, após cada serviço realizado, deverá efetuar os pagamentos à rede credenciada, enquanto que os seus próprios pagamentos, efetuados pela Administração, somente ocorrerá mensalmente de acordo com o calendário de pagamentos.

14. – Essa condição editalícia é vedada pela Lei 8666/1993, em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, retro citada, por se tratar de cláusula ou condição que compromete o caráter competitivo do procedimento licitatório, impertinente ou irrelevante, em relação ao objeto contratado, pois interfere na relação jurídica entre a empresa gerenciadora (contratada) e os executores dos serviços (rede credenciada) que é regida por normas de direito privado.

15. – A relação jurídica-contratual, entre a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada), está fora do âmbito jurídico-contratual da relação a ser posta, entre a contratada (gerenciadora) e administração



**Diário Oficial Eletrônico | Nº 1894 - Suplementar
QUARTA-FEIRA, 07 DE NOVEMBRO DE 2018**

pública (contratante), porquanto, aquela relação trata-se de contrato de prestação de serviços a ser regido pela lei civil.

No dia 16/06/2021, o Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia - TCM/BA proferiu decisão sobre Representação da empresa PRIME, nos autos do Processo n.º 09476e21, contra as mesmas cláusulas ora impugnadas:

Sobre as irregularidades apontadas, é de se observar o seguinte:

(i) Prazo de pagamento da rede credenciada:

Estabelece o item 11.1.3 do Termo de Referência:

“11.1.3. Realizar os pagamentos aos credenciados, referentes aos serviços ou fornecimento, IMPRETERIVELMENTE, no prazo de até 30 (trinta) dias corridos, contados a partir da data de emissão da Nota Fiscal/Fatura, que ocorrerá logo após a conclusão dos serviços e/ou fornecimento, INDEPENDENTEMENTE da realização do pagamento pela Contratante.”.

Com propriedade, registrou a DAEL que “Impor que a contratada honre seus compromissos junto à rede credenciada, independentemente de receber a contraprestação devida pelo Município, é admitir a hipótese de que o Poder Público poderá não realizar o pagamento da contratada enquanto defende os interesses da rede credenciada. Tal entendimento vai de encontro ao princípio básico de defesa do interesse público, que, no presente caso, está representado pela boa prestação do serviço e o seu regular pagamento”, para concluir que “descabido é determinar que a contratada esteja adimplente com seus compromissos com a rede credenciada, enquanto a própria contratante não efetua os pagamentos devidos dos serviços prestados, devendo, pois, ser excluída essa exigência.”

Resta claro a ilegalidade da cláusula do edital que extrapola as competências administrativas conferidas pela lei, ou seja, estabelecer prazo para o pagamento da Contratada à Rede Credenciada, prazo este convencionado legalmente pelo Código Civil Brasileiro (contrato bilateral).

Portanto, a cláusula do edital acima transcrita deve ser retificada, de modo que o pagamento da CONTRATADA para a rede credenciada ocorra dentro do prazo pactuado no contrato PARTICULAR, regido pelas normas do Direito Civil e Constituição Federal.

VI - 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 o item 7.1.27. do edital, visto que interfere na relação entre particulares (relação privada - Contratada x rede credenciada);

- III. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

Termos em que pede deferimento

Santana de Parnaíba/SP, 29 de novembro de 2023.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Noely Fernanda Rodrigues – OAB/SP 424.662