

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA DE
DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA /
CODEVASF - 1ª Superintendência Regional - Montes Claros/MG.

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

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 10/2019

PROCESSO Nº 59510.000909/2019-79

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA., com sede à
Calçada Canopo, 11 - 2º Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de
Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-mail: licitacao@primebeneficios.com.br,
por intermédio de seu procurador subscrito *in fine*, vem, respeitosamente, nos termos do §2º
do Artigo 41 da Lei 8.666/93, IMPUGNAR O EDITAL, 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 § 2º do art. 41 da lei n.º 8.666/93:

Art. 41 . (omissis)

§ 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.

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993, da seguinte forma:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.
(grifo nosso)

Tal regra é utilizada para as contagens de prazo reverso, também conhecida como contagem regressiva, como é o caso da impugnação dos editais, cujo prazo é de 2 (dois) dias úteis antes do certame, (§ 2º do artigo 41 da Lei 8.666/1993, para as licitantes, nas modalidades tradicionais, e artigo 12 do Decreto 3.555/2000, para qualquer pessoa, no pregão).

Esse tema foi bem apresentado no Acórdão nº 2.625/2008 – TCU – Plenário, cujo relator foi o Ministro Raimundo Carreiro, que assim assevera:

“1.1.4. Todavia, cabem três ressalvas em relação à resposta da Caixa.

1.1.4.1. A primeira acerca da contagem legal dos prazos. No caso, o dia de início da contagem regressiva, a ser desconsiderado nos termos do art. 110 da Lei nº 8.666/93, foi o dia 11/7/2008. O

primeiro dia útil foi o dia 10/7/2008. E o segundo dia útil, prazo limite para impugnação do edital, foi o dia 9/7/2008. Assim, equivoca-se a Caixa quando alega que “considerou de bom tom estender este prazo até as 08hs do dia 09/07”, uma vez que a lei estabelece a contagem dos prazos em dias, e não em horas.”

Naquele caso da Caixa, reportado no Acórdão citado, a licitação aconteceu no dia 11/07/2008 e a impugnação poderia ser apresentada, a qualquer hora do expediente, no dia 09/07/2008, que é o segundo dia antes da licitação, como determina a contagem de prazo do artigo 110 da Lei 8.666/1993.

Não há distinção na regra de contagem de prazos para frente com relação à contagem regressiva na lei de licitações, nem no Código Civil, cuja regra é idêntica à adotada nos certames licitatórios.

Em suma, independentemente de a contagem dos prazos ser para frente ou para trás, exclui-se o primeiro, que é dia do evento, publicação ou ato de origem da contagem e inclui-se o último que é o dia em que pode ser executado o objeto da contagem do prazo. Se não houver indicação de que os dias são úteis, a contagem deve ser feita em dias corridos, no entanto, jamais começará ou terminará um prazo em dia que não houver expediente na Administração.

Desta feita, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com 2 (dois) dias úteis anteriores a data da abertura da licitação, conforme quadro ilustrativo abaixo:

Domingo	Segunda	Terça	Quarta	Quinta
13/10/19	14/10/19	15/10/19	16/10/19	17/10/19
		2º dia útil Término da contagem <u>Inclui-se este dia.</u>	1º dia útil	Abertura das propostas Início da contagem <u>Exclui-se este dia</u>

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 da comissão de licitação respondê-la, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contados da sua interposição junto à Administração Pública, como determina os **Decretos 3.555/2000 art. 12 §1º e 5.450/2005 art. 18 § 1º**:

“Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão. “

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

“Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

*§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no **prazo de até vinte e quatro horas**”*

Dessa forma, a comissão de licitação deverá apresentar resposta, no máximo 24 horas após o recebimento da impugnação, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas. Isso por que o silêncio injustificado da Administração Pública caracteriza omissão abusiva, pois, além de restringir a competitividade do certame, ainda ofende o interesse público, pois afronta o Princípio Constitucional da Publicidade, cuja finalidade é atribuir transparência e permitir o controle e fiscalização do Estado por toda à coletividade.

III – DA QUARTEIRIZAÇÃO

Antes de demonstrarmos que a Administração tem o dever de selecionar a melhor proposta de empresa efetivamente apta a executar o Contrato, é mister entender como este objeto é peculiar em suas características.

Os serviços contratados de Gestão de Frota amoldam-se a 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.

Salvo melhor juízo, o Estado de Minas Gerais, implementando um conjunto inovador de políticas de gestão pública, foi o primeiro Ente Federativo a licitar esse modelo de contratação, o qual foi objeto do **VII Congresso CONSAD de Gestão Pública em março de 2014**. Deste congresso extrai-se primordial estudo quanto os aspectos da “Quarterização da Manutenção de Frota de Veículos Oficiais”¹.

E de maneira didática os Palestrantes do VII Congresso COSAD Marcelo Eduardo Silva Soares e Leonardo Siqueira de Moura elucidam:

A quarteirização da manutenção de veículos se apresenta como uma evolução da já conhecida terceirização, tendo se desenvolvido e consolidado no setor privado nos últimos anos, passando a ser adotado mais recentemente pelo setor público na busca de maior eficiência na gestão dos serviços, suscitando-se questões quanto à sua aplicabilidade nesta esfera. Na quarteirização, a Administração contrata empresa especializada para gerenciar a execução da manutenção de sua frota de veículos. Tal manutenção, por sua vez, é realizada pelas oficinas que fazem parte da rede credenciada da contratada.

(...)

Neste modelo, o gerenciamento das manutenções é realizado por meio de sistema informatizado e integrado de gestão de propriedade da empresa gestora que interliga a rede credenciada de estabelecimentos do setor de reposição automotiva e o contratante (Administração). Este é responsável por escolher a oficina onde o veículo será levado, efetuar a cotação de preços e por aprovar o melhor orçamento. A Administração pode contratar ainda junto à empresa gestora, a disponibilização de sua equipe de especializadas em manutenção veicular, usualmente denominada de “Plataforma”, para que esta efetue planos de manutenção aos veículos, indiquem a oficina onde cada veículo deve ser levado, analise os orçamentos recebidos, efetue cotações e negociações

1

http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1159/1/C7_PP_QUARTEIRIZA%C3%87%C3%83O%20DA%20MANUTEN%C3%87%C3%83O%20DA%20FROTA.pdf

com a rede credenciada e presente, em sistema, o melhor orçamento para aprovação do órgão/ entidade contratante (o.c)

Em extenso estudo sobre o tema, o Desembargador Jessé Torres Pereira Junior e a Advogada Marines Restelatto Dotti, apresentam a seguinte conceituação do modelo de quarteirização:

“Trata-se, nesse modelo, de a Administração Pública transferir a empresa privada especializada, vencedora de licitação, o gerenciamento de sua frota por meio de um sistema informatizado, cujo encargo principal é o de cuidar da manutenção preventiva e corretiva de veículos, incluindo o fornecimento de peças, acessórios, mão de obra e transporte por guincho. Manutenção e fornecimento esses a serem executados por meio de rede credenciada de oficinas localizadas em âmbito estadual, regional ou nacional, ou seja, a empresa especializada contratada pela Administração gerencia a prestação de serviços a serem executados por outras empresas. Há, portanto, duas ordens de relações jurídicas: a que se estabelece entre a Administração e a empresa gerenciadora e a que esta estabelecerá com as empresas executoras, em sistema de rede.”(Revista do TCU 116 pág. 81)²

Ainda, ensinam que o novo modelo 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.



Figura 01 – Relações Existentes na Terceirização e na Quarteirização da Manutenção Veicular

² <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/294/339>

Em síntese, na terceirização a Administração contrata empresa especializada que disponibiliza sistema de gerenciamento para a execução dos serviços automotivos (Manutenção veicular ou Abastecimento de combustíveis), os quais serão realizados pela rede de estabelecimentos conveniados.

Esse modelo diferencia-se do modelo de terceirização, outrora adotado para a contratação dos serviços de manutenção veicular ou abastecimento de combustível, pela existência da empresa gestora, que atua como intermediadora das relações entre Administração e rede credenciada.

Noutras palavras, a empresa gestora é, também, uma intermediadora dos pagamentos pela prestação dos serviços. Como disposto no quadro acima, ela está no meio da relação que, por imposição contratual, sem a sua presença não existiria.

A atividade de gerenciamento da frota veicular tem como elemento marcante a **INTERMEDIÇÃO**; ao invés da aquisição direta de mercadorias ou serviços, onde a Administração Pública contratante se utilizará da intermediação de uma Gerenciadora para:

- i. gerenciar a prestação dos serviços (manutenção ou abastecimento) por meio de sistema informatizado; e
- ii. credenciar estabelecimentos para que realizem os serviços e/ou forneçam produtos, sendo as transações realizadas por meio de cartões.
- iii. realizar o repasse dos valores aos estabelecimentos

Portanto, além da prestação do serviço de gestão propriamente dita, 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.

IV - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 17/10/2019 as 10:00 horas, a abertura do Pregão Eletrônico n.º 10/2019, para o seguinte objeto:

OBJETO: Fornecimento e gerenciamento do abastecimento de combustíveis, para frota de veículos da 1ª Superintendência Regional da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – Codevasf-1ªSR, grupos geradores, máquinas e equipamentos, mediante utilização de cartão eletrônico (com chip ou código de barras), com controle operacional através de sistema informatizado, para atender a demanda da 1ª Superintendência Regional da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba.

Em detida análise ao edital contactou-se **irregularidades insanáveis**, as quais maculam de forma cabal os Princípios norteadores da licitação, fazendo com que recaia sobre o processo uma nulidade absoluta, pois restringem a participação de potenciais licitantes, frustrando os princípios da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa.

PONTO 01 – DA SUBJETIVA EXIGÊNCIA DA REDE CREDENCIADA NA FASE DA PROPOSTA

Consta no edital que a CONTRATADA deve fornecer a lista dos postos credenciados (rede credenciada), entretanto, não informa qual o momento que deve apresentar ou possuir a Rede Credenciada, cláusula 10.24 do Termo de Referência e cláusula 7.24 da Minuta do Contrato.

Isso porque, muito embora as cláusulas 16.2 do edital e 12.1 do Termo de Referência assinalarem o prazo de 30 dias a partir da assinatura para credenciamento da Rede, as cláusulas acima citadas induzem o entendimento que a lista deve ser apresentada na fase de habilitação.

Esta teoria se deve ao fato do emprego dos termos “pregoeiro” e “licitante” nas cláusulas 10.24 e 7.24 do Termo de Referência e Minuta de Contrato, respectivamente.

Ora, a figura do pregoeiro e o termo licitante só existem até o momento em que a licitação é homologada pela autoridade competente, ao passo que assinado o contrato nasce a figura do “gestor do contrato” e o termo “Contratada”.

Portanto, referidas cláusulas geram dúvidas nas LICITANTES pois não especificado o momento exato de sua apresentação, portanto, totalmente subjetiva esta exigência que pode ser aplicada a qualquer momento, ilegalmente é claro.

Entretanto, ao exigir, ainda que subjetivamente (mesmo sendo ilegal o subjetivismo em licitação pública) rede credenciada **na fase de habilitação/proposta** ou ainda **no momento da assinatura do contrato** a Administração Pública está restringindo o número de empresas que participaram do certame, **ao passo que privilegiará as empresas que possuem estabelecimentos credenciados nestas localidades**, em especial a atual contratada, e, conseqüentemente, impedirá que empresas do ramo de gerenciamento, que embora não possuam a rede credenciada na data da licitação, tem toda condição de credenciar os estabelecimentos dentro do prazo razoável para início da prestação dos serviços.

Mostra-se coerente e dentro da legalidade as exigências que assinalam o prazo de 30 (trinta) dias para credenciamento da rede, contados da data da assinatura do contrato.

Do contrário, mostra-se excessiva, contrariando o art. 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/02, o qual estabelece que **“a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição”**.

E mais, afronta também o disposto na Lei nº 8.666/93, art. 3º, § 1º, in *verbis*:

*“Art. 3º. A licitação destina-se a **garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração** 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” Destacamos.” Destacamos.

Deve-se priorizar, portanto, os princípios da razoabilidade, isonomia e legalidade em detrimento dos excessos, não descuidando da finalidade precípua da licitação, que é a obtenção da melhor proposta para a Administração Pública, através da ampla participação dos interessados.

Fala-se neste momento em razoabilidade, pois o referido edital deveria exigir a rede credenciada **após** a assinatura do contrato (em prazo razoável – **mínimo 15 dias úteis**), até porque como uma empresa irá instituir uma gama de estabelecimentos em uma determinada região **somente com a possibilidade** de ganhar um certame? **Nenhum estabelecimento aceitaria credenciar-se a uma rede, tendo que pagar taxas e aluguéis com base na possibilidade daquela empresa ganhar uma licitação.**

O TCU já se posicionou em relação às exigências excessivas, no seguinte sentido exigência de rede credenciada na fase de habilitação:

“A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA REDE CREDENCIADA, NO FORNECIMENTO DE VALE REFEIÇÃO, DEVE SER EFETUADA NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO E NÃO NA OCASIÃO DA APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA, DE FORMA A GARANTIR A ADEQUADA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, SEM COMPROMETER A COMPETITIVIDADE DO CERTAME

Representação de empresa apontou possível irregularidade na Tomada de Preços CRBio-01 nº 1/2013, conduzida pelo Conselho Regional de Biologia – 1ª Região (CRBio-01), que tem como objeto a contratação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de documentos de legitimação – vale refeição, para aquisição de refeições em estabelecimentos comerciais credenciados. A autora da representação insurgiu-se contra a exigência contida no

*edital do certame que impunha à licitante a apresentação de proposta contendo “6.13.4. Relação dos estabelecimentos credenciados, sendo que num raio 2 km da sede do CRBio-01 em São Paulo, localizada na Rua Manoel da Nóbrega nº 595, Paraíso, bem como num raio de 2 Km da sede das Delegacias Regionais de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, situadas, respectivamente, na Avenida Isaac Povoas no 586, Cuiabá-MT e Rua XV de Novembro no 310, Campo Grande-MS deverá haver, no mínimo, 20 (vinte) restaurantes e/ou estabelecimentos similares credenciados”. Alegou que, em face da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do TCU, somente no momento da contratação seria cabível a demonstração do cumprimento de tal exigência. A unidade técnica considerou consistente tal argumento e, por entender presentes os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, propôs a suspensão cautelar do certame e a oitiva da entidade. O relator ressaltou o fato de que outra cláusula do edital sinalizava a necessidade de apresentação da rede credenciada de restaurantes apenas quando da assinatura do contrato (cláusula 8.1). Ponderou, a despeito disso, que “a inclusão da cláusula 6.13.4, ora impugnada, tornou o edital contraditório, o que pode levar ao afastamento de possíveis empresas interessadas, bem como à eventual desclassificação indevida de propostas de preços”. E também que, conforme jurisprudência do Tribunal. “**o momento adequado para a exigência de apresentação da rede credenciada é quando da contratação, concedendo ao licitante vencedor prazo razoável para tanto, de forma a garantir uma boa prestação do serviço sem causar qualquer prejuízo à competitividade do certame**”. A inclusão dessa exigência no decorrer da licitação, portanto, “constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para as empresas competidoras”. O Tribunal, por sua vez, ao endossar proposta do relator, decidiu: a) suspender cautelarmente o certame; b) promover a oitiva do CRBio e da empresa vencedora do certame acerca da exigência contida no subitem 6.13.4 do edital acima transcrito, “uma vez que, **conforme jurisprudência desta Corte, somente é cabível exigir a rede credenciada na fase de contratação e apenas em relação à licitante vencedora do certame, após concedido prazo razoável para que a empresa credencie os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição**”. Precedentes mencionados: Acórdãos 1884/2010, 307/2011, 2962/2012, 3400/2012, todos do Plenário. Acórdão 686/2013-Plenário, TC 007.726/2013-9, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 27.3.2013.”*

Conforme se denota do julgado acima citado, o correto é que a rede seja apresentada após a assinatura do contrato, e ainda que seja concedido prazo razoável para que se efetue o credenciamento dos estabelecimentos.

Cumpra salientar que a regra estabelecida pela jurisprudência das cortes é de caráter geral e aplica-se para todas as modalidades de serviços que exigem o credenciamento de estabelecimentos, inclusive para o gerenciamento do abastecimento e manutenção de frota.

Ademais, exigir o credenciamento dos estabelecimentos previamente, de modo a formar uma rede de credenciada tão ampla, implica em um alto custo para as licitantes, vez que para tanto deverão efetuar inúmeras ligações para credenciar os postos, além de ter que enviar equipamentos para a instalação do sistema.

A exigência prévia de qualificação técnica, que por sua natureza gera ônus às licitantes, **é vedada pelo Tribunal de Contas da União**, que inclusive sumulou a matéria, vejamos:

“Súmula nº 272/2012: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.”

Portanto, resta cristalino que a apresentação da rede credenciada no ato da assinatura do contrato não é razoável, vez que sua exigência em fase anterior gera custos para as licitantes, logo a referida exigência deveria ser exigida somente para fins de assinatura do contrato.

Destarte, prejudica o caráter competitivo do certame, uma vez que concede vantagem indevida as empresas que já prestaram serviços para aquele órgão ou que já possuem rede credenciada na região.

Ademais, existem várias empresas que podem ofertar melhores preços em determinadas regiões, e que por não possuírem de imediato a rede credenciada exigida não participarão da presente concorrência, colocando assim em risco o princípio da proposta mais vantajosa.

O prazo para a apresentação da rede credenciada deve ser no mínimo razoável, pois o credenciamento depende acima de tudo da vontade dos donos dos estabelecimentos e não somente da empresa vencedora.

Sendo assim, requer a exclusão de qualquer menção a necessidade de a licitante possuir rede credenciada na fase de habilitação/proposta ou ainda como condição para assinatura do contrato, de modo que a apresentação da rede credenciada ocorra após a assinatura do contrato em prazo não inferior a 15 dias úteis, ampliando-se assim a disputa e a persecução da proposta mais vantajosa aos cofres públicos.

PONTO 02 – DA QUALIFICAÇÃO ECONOMICA E FINANCEIRA

AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL

De acordo com os termos do edital a exigência de habilitação, quanto a qualificação econômico-financeira se refere apenas a apresentação da certidão negativa de falência, já que somente será verificado no cadastro SICAF somente “*documentação obrigatória (RECEITA FEDERAL, DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO, FGTS, SEGURIDADE SOCIAL – INSS e REGULARIDADE TRABALHISTA), e da habilitação parcial (RECEITA ESTADUAL e RECEITA MUNICIPAL).*”

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

Esta comprovação é obrigatória e está prescrita no artigo 27 da Lei 8.666/93,

ex vi:

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.

Desta forma, o Legislador determinou que a Administração 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), que foi omitida pelo presente edital.

A Lei de Licitações determina a obrigatoriedade da qualificação econômico-financeira no artigo 27, sendo que no artigo 31 estabelece a forma de sua comprovação, vejamos:

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.

Da soma dos dois artigos da Lei de Licitações, 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. Balanço Patrimonial; e**
- 2. Certidão negativa de falência.**

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” 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:

Ora, a exigência de se comprovar a qualificação econômico-financeira encontra azo na legislação e **não pode deixar de ser observada pela a Administração** e tem como objetivo fazer com que não seja contratada uma empresa aventureira que não detém 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 e certidão negativa de falência, situação essa que viola expressamente o texto legal.

Ressalta-se que a administração pública se encontra vinculada não só ao edital, mas também aos princípios norteadores da Licitação, entre eles o princípio da legalidade, disposto tanto no Art. 37 da Constituição Federal como em praticamente toda norma referente à Administração Pública na legislação brasileira.

Assim, a expedição de Edital de licitação do qual carecem requisitos mínimos previstos na Lei Federal nº 8.666/93 é um ato administrativo manifestamente ilegal, devendo ser anulado e revisto.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

“Enunciado

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”

Sendo assim, se faz necessário alterar os termos do Edital de modo a constar a exigência de qualificação econômico-financeira nos moldes estabelecidos pelos artigos 27 e 31 da Lei 8.666/93.

PONTO 03 – DA COBRANÇA ABUSIVA DE MULTAS

Foi constatado no citado 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 desproporcional, cláusula 14.1 do Edital, veja-se:

- a) Multa moratória de **0,2%** (dois décimos por cento) por dia de atraso injustificado na entrega dos bens, calculada sobre o valor da parcela inadimplida, **até o limite de 6%** (seis por cento), no período de até 30 (trinta) dias;
- b) Multa moratória de **0,5%** (cinco décimos por cento) por dia de atraso injustificado na entrega dos bens, calculada sobre o valor da parcela inadimplida, **no período superior a 30 (trinta) dias;**
- c) Multa compensatória **de 20%** (vinte por cento) sobre o **valor total do contrato**, no caso de inexecução total do objeto, sendo que em caso de inexecução parcial, o mesmo percentual será aplicado de forma proporcional à obrigação inadimplida.

Veja, a cobrança de multas é medida justa utilizada pela Administração, desde que feito dentro dos parâmetros legais e respeitando para tanto a Proporcionalidade e Razoabilidade.

Entretanto, como se observa nos itens acima elencados do edital, a Administração utiliza como parâmetro de cobrança de multas compensatórias, ou seja, multas oriundas da simples inexecução contratual, **limite acima do razoável e tolerado para este tipo de contratação, configurando assim um abuso.**

Nos caso em tela, veja que, segundo o edital, será possível a cobranças de multas até o teto de 06% (dez por cento) no período de 30 dias, no entanto passados 3 dias será aplicado o percentual de 0,5% ao dia sem limite, ou seja, a multa, em tese, poderá chegar a mais de 100%, tendo em vista não haver proibição editalícia.

Não obstante, existe, ainda que remotamente, a possibilidade de se aplicar penalidade por inexecução no importe de 2 % sobre o valor do CONTRATO, consubstanciando em ilegalidade, uma vez que não pode a Administração de forma injustificada aplicar tamanha monta, que certamente, independentemente do valor do contrato, trará um desequilíbrio aos licitantes.

A cobranças de multas em Contratos de Prestação de Serviços, devem ter como teto o valor das faturas emitidas do respectivo mês, ou **sob o valor total da taxa cobrada da Administração,** sendo taxa positiva ou negativa.

Por exemplo, se a taxa de administração cobrada no contrato é de +1,50% (um vírgula cinquenta por cento positivo) sobre o valor global do contrato, e o valor global é de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o parâmetro para cobranças será o de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), ou seja 1,50% sobre o valor global do Contrato.

No caso de ser concedido taxa negativa, ou desconto à Administração, o parâmetro será o mesmo, porém utilizando os valores referentes a taxa negativa, por exemplo, desconto de -1.50 (menos um e meio por cento), valor global do Contrato de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), valor do desconto: R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), portanto, valor total do contrato será de R\$ 985.000,00 (novecentos e oitenta e cinco mil reais), assim, novamente, o valor das multas deverão ter como teto a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Outra alternativa, conforme já destacado, é a cobrança das multas observando o teto do valor da respectiva fatura emitida para pagamento no mês da inexecução contratual, desta forma não onerando de forma abusiva o Contratado.

O Tribunal de Contas da União, em decisão do Acórdão 030.428/2012-2, em 17/10/2012, Relatora Ana Arraes, de forma exemplar, decidiu sobre o abuso de multas cobradas pela Administração Pública, sem a utilização de critérios específicos, ou utilização de teto abusivo, que não está em consonância com o objeto em Contratos de Prestação de Serviços, bem como o princípio da proporcionalidade, vejamos:

Irregularidade:

9. **Desproporcionalidade da multa prevista nos subitens 8.2 e 8.3 do Edital, por ser aplicada ao montante total do contrato, sem respeitar a graduação do valor mensal da prestação de serviços nas respectivas unidades em que possa vir a ocorrer a inadimplência ou inexecução contratual, podendo a penalidade atingir o montante equivalente a 10% do valor total adjudicado.**

Análise:

15. **Em que pese as justificativas do Ministério Público Federal no Estado de São Paulo demonstrarem especificidades do serviço contratado e acrescentarem aspectos práticos do controle de execução contratual baseado em sua experiência em casos similares, suas alegações não são suficientes para afastar aspectos fundamentais presentes no Despacho da Ministra-Relatora, como o desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o comprometimento do caráter competitivo da licitação e o risco para a estabilidade do contrato e, por consequência, do interesse público envolvido. Ademais, conforme defendido pela Procuradoria, se toda sanção administrativa aplicada é proporcional à falta praticada pela Contratada, tais critérios de proporcionalidade deveriam estar expressamente previstos no edital de licitação e no anexo da minuta de contrato a ser firmado, o que não ocorreu no caso sob análise.**

16. **O presente entendimento coaduna-se ao teor da determinação contida no Acórdão 1382/2009 – TCU – Plenário, em seu item 9.1.13.**

9.1.13 em atenção ao disposto na Lei nº 8.666/93, art. 55, incisos VII, VIII e IX, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estabeleça, nos contratos relativos à prestação de serviços de tecnologia da informação, cláusulas de penalidades específicas aos serviços executados em desconformidade, prevendo-se punições proporcionais ao descumprimento;

18. Verifica-se que a aplicação de penalidades, no caso concreto desta Secretaria, encontrava-se previamente definida no edital de licitação e anexos (peça 12. p. 34-36), que posteriormente gerou a assinatura do citado contrato, sendo valorada, no que se refere à sanção de multa, de acordo com a gravidade da infração cometida pela contratada, providência que poderia ter sido adotada pela Procuradoria da República, e que garantiria o atendimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, como bem observado no despacho da Ministra Ana Arraes (peça 7), “considerado o montante de R\$ 9.069.620,28 estimado para a contratação, a multa estipulada configuraria penalidade insuportável para o prestador dos serviços e comprometeria o caráter competitivo da licitação. Tal valorização da penalidade, adicionalmente, colocaria em risco a estabilidade do contrato e, por consequência, o interesse público envolvido na prestação desses serviços.”

19. Assim sendo, não se pode acolher as justificativas apresentadas, restando, portanto, propor a anulação do Pregão 21/2012, promovido pelo Ministério Público Federal, através da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de Vigilância Armada, Desarmada e de Segurança Patrimonial para as dependências da Procuradoria da República no Estado de São Paulo - Capital e Unidades localizadas nos Municípios do interior.

Destacamos que, a citada decisão do Egrégio Tribunal de Contas da União, considerou abusiva a cobrança de multas sob o teto de 10% (por cento) do valor do contrato, patamar abaixo do caso em tela.

Isso demonstra, ainda mais, o abuso presente no edital em comento, uma vez que sem finalidade, de forma genérica e desproporcional, utiliza-se parâmetros irrealistas, que podem comprometer o equilíbrio contratual.

Cabe destacar, que valor global do contrato é uma expectativa de gastos, serve apenas como parâmetros máximos de consumo pela Administração, podendo sofrer alterações de quantitativos realmente utilizados, pois tudo depende da demanda daquele período do contrato.

Em contrapartida, do valor global do contrato, se quer é descontado o lucro obtido pela empresa Contratada, uma vez que, na maioria dos pregões, é concedido taxa negativa à Administração Pública, ou seja, sequer será cobrado algum valor da Contratante, sendo os lucros obtidos diretamente das taxas cobradas da rede credenciada.

Assim, não existe razão em utilizar como parâmetro, ou teto para cobranças de multas, o valor global do Contrato, como fez a Administração no citado Pregão.

Ora, se os valores do contrato são uma mera expectativa de gastos, que podem sofrer mudanças, seria injusto cobrar das Contratadas multas baseadas nestes valores, e se no decorrer do contrato a Administração não gastar tudo o que foi provisionado? A multa cobrada da Contratada seria revertida, e o valor pago a mais devolvido?

Ainda, poderá a Administração incorrer em enriquecimento sem causa, uma vez que obteve vantagem superior ao realmente devido pela Contratada. A legislação prevê, no art. 884 do Código Civil, a restituição de valores recebidos de forma imprópria, tendo em vista o enriquecimento sem causa:

Art. 884. Aquele que, *sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*

Portanto, as citada cláusula da minuta contratual é abusiva, devendo a Administração retifica-la para que seja cobrada multas proporcionais ao objeto do contrato, que seja estipulado graduação de penalidades, conforme o tipo de inexecução cometida, ou que utilize como teto para aplicação de multas, os valores das taxas positivas ou negativas cobradas da Administração, e nunca o valor total estimado do Contrato.

V - DOS PEDIDOS

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

- i. **Excluir** qualquer menção que exija, ainda que subjetivamente, que a licitante apresente Lista de Postos na fase de habilitação/proposta, ratificando a obrigatoriedade de se apresentar até 30 (trinta) dias da assinatura do Contrato, **considerando que o sistema será implantado, não havendo necessidade de se apresentar previamente a assinatura do contrato.**
- ii. Adequar as exigências de Habilitação – Qualificação econômico-financeiro, **incluindo os documentos obrigatórios e taxativos do art. 31 da Lei n.º 8.666/93 (Balanço Patrimonial, índices contábeis e Certidão negativa de falência);**
- iii. Excluir a previsão de multa sobre o valor total do CONTRATO, mas **sim sobre o valor correspondente a taxa de administração** (positiva ou negativa) cobrada da Contratante, bem como ser objetivo quanto a aplicação de penalidade moratória a partir do 30º dia, além de reduzir para 0,1%, 0,3% e 10%, respectivamente às alíneas “a”, “b” e “c” da cláusula 19.1 do Edital.
- iv. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, tendo em vista que a alteração influencia diretamente na formulação da proposta, conforme § 4º do art. 21 da Lei n.º 8.666/93.

Destarte, requer a imediata suspensão do **Pregão Eletrônico n.º 10/2019**, e como direta obediência ao princípio da legalidade a retificação do edital convocatório com as adequações.

Na improvável hipótese de indeferimento da impugnação apresentada, requer-se desde já cópias dos autos do processo licitatório, para salvaguarda dos direitos da Impugnante, sem prejuízo das ações judiciais cabíveis (Mandado de Segurança), bem como para comunicação aos órgãos de fiscalização externos (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que,

Pede Deferimento.

Santana de Parnaíba/SP, 14 de outubro de 2019.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Tiago dos Reis Magoga – OAB/SP 283.834