

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DE ITAIPU BINACIONAL / DF.

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

PREGÃO ELETRÔNICO NACIONAL NF 1526/19.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, 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 Da cláusula 2.23.1 do CBC do Pregão Eletrônico Nacional NF 1526/19, e demais legislações brasileiras pertinentes a licitação pública, 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 previsto no CBC é de até o 2º dia útil que antecede a data fixada para recebimento das propostas, conforme cláusula 2.23.1.

Diante da omissão da NGL, a contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993, em sintonia com a Lei n.º 10.406/02, 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 recebimento das propostas

Esse tema foi bem apresentado no Acórdão n.º 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 n.º 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.”

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 se encontra TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com 2 (dois) dias úteis anteriores a data do recebimento das propostas, conforme quadro ilustrativo abaixo:

Sábado	Domingo	Segunda	Terça	Quarta
28/09/19	29/09/19	30/09/19	01/10/19	02/10/19
		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.

Além disso, 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 com a rede credenciada e apresente, 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

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

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

Em síntese, na quarteirização 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

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

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 02/10/2019 as 09:00 horas, a abertura do Pregão Eletrônico NF 1526/2019, para o seguinte objeto:

1.2 FINALIDADE E OBJETO

Selecionar a proposta comercial mais vantajosa para a contratação dos serviços de gerenciamento, controle e abastecimento de combustíveis e manutenções leves em postos de combustíveis credenciados, com a utilização de cartões eletrônicos (com chip), de acordo com as Especificações Técnicas, Anexo I deste Caderno de Bases e Condições (CBC).

Em detida análise ao edital contatou-se **irregularidades**, 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 RESTRIÇÃO QUE FERE O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTÂME

Ao analisar os termos do edital nos deparamos com uma exigência que veda a participação no certame de empresas “*com restrições em outros órgãos ou entidades públicas do Brasil ou do Paraguai*”.

O termo “restrições” além de ser genérico é subjetivo, podendo enquadrar no termo “restrição” qualquer ocorrência existente em Contrato Administrativo.

Além disso, este termo coloca no mesmo patamar as penalidades previstas no art. 87 da Lei n.º 8.666/93 (Advertência, multa, suspensão e declaração de inidoneidade), além das sanções impostas com fundamento no art. 7º da Lei n.º 10.520/02.

O tocante a penalidade do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, se uma empresa foi apenada com ADVERTÊNCIA, esta se caracteriza como restrição, pois seu nome estará na base de dados da Contratante, que de acordo com a leitura do edital estaria inapta a participar do processo licitatório em questão.

Quanto a penalidade prevista no art. 7º da Lei n.º 10.520/02, o texto legal revela que “*ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios*”

Conforme será demonstrado abaixo, a penalidade de SUSPENSÃO, prevista no art. 7º da lei n.º 10.520/02, restringe-se apenas ao órgão que aplicou a penalidade.

Em sentido contrário, a referida exigência se mostraria excessiva e, portanto, ilegal, uma vez que tanto a doutrina como a jurisprudência pátria dão tratamento diferenciado

as penalidades impostas pela Administração Pública, sendo dominante o posicionamento que somente a Declaração de Inidoneidade é que gera efeitos em todas as esferas administrativas.

O uso da **conjunção alternativa “ou”** no texto legal indica que a sanção abrangerá apenas o ente federativo que aplicou a sanção, ou seja, **estará restrita a órbita interna do ente federativo a que pertence o órgão ou entidade sancionadora**. Se a sanção foi aplicada por um Município, abrangerá todos os órgãos e entidades a ele vinculadas direta ou indiretamente, mas nenhum efeito terá em relação à União, Estados ou outros Municípios.

A Representante tem contra si a penalidade de impedimento de licitar e contratar (art. 7º da Lei 10.520/02) imposta pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba, sanção esta que tão somente veda a nossa participação nos processos licitatórios promovidos pelo município de Sorocaba, porém, pela interpretação moderna do Direito, não nos impede de participar de certames promovidos por quaisquer órgãos federais, estaduais e municipais, vedando tão somente a participação em certames promovidos pela a Administração direta e indireta do município de Sorocaba. Como se verifica abaixo:

	
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO	
Relação de Impedimentos de Contrato / Licitação	
Documento gerado em 17/06/2018 às 17:51:59	
Relação de pessoas físicas ou jurídicas encontrados para o(s) seguinte(s) critério(s) informado(s):	
Pessoa Física ou Jurídica: prime consultoria	
Apenado:	PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA-EPP
CNPJ:	05.340.639/0001-30
Órgão Apenador:	4130010001-SERVICO AUTONOMO DE AGUA E ESGOTO DE SOROCABA
Processo:	
Fundamentação:	Art. 7, da Lei 10.520/02.
Início:	23/05/2018
Motivação:	Em razão do encerramento do Processo Judicial nº 1012756-76.2014.8.26.0602 cuja a decisão foi favorável à Autarquia e suspendeu a liminar anteriormente concedida.
	Término: 23/01/2020

Portanto, pelo entendimento do edital a Representante não poderá participar do certame, fato que destoa da jurisprudência e doutrina, ao passo que iguala a penalidade de impedimento de licitar a declaração de inidoneidade, não observando, assim, a extensão dos efeitos de cada uma das penalidades, dando a penalidade mais branda os mesmos efeitos da penalidade mais gravosa, que é a declaração de inidoneidade.

Com todo respeito, este posicionamento é restritivo, posto que o entendimento atual da doutrina e jurisprudência dominante estabelece que somente a Declaração de Inidoneidade (art. 87, IV) é que gera efeitos em todas as esferas administrativas,

já as demais penalidades restritivas do direito de licitar e contratar têm sua extensão limitadas a do órgão sancionador.

Destarte, **as cláusulas 2.13 alínea “b” do Edital** é excessiva (**em parte**), pois, diverge da jurisprudência e a doutrina, como também ilegal, pois obsta a participação da Representante que não possui qualquer sanção restritiva de direito imposta pelo **TRIBUNAL DE CONTA DA UNIÃO**, sendo certo que a manutenção dos termos do edital impedirá que esta empresa participe do certame.

A empresa PRIME, conforme dito alhures, foi penalizada pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba com a penalidade de **impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública do Estado de São Paulo**, com fulcro no artigo 7º da Lei 10.520/02, cujos efeitos aplicam-se tão somente a esfera do órgão que aplicou a penalidade, no caso o Município de Sorocaba, porém, não a impede de participar de certames promovidos por outros Municípios, Estados e pela União.

Porém, de acordo com os termos do edital, as empresas no incurso da penalidade de suspensão **aplicada por qualquer ente da Administração Pública** não poderão participar do certame promovido pela municipalidade. Ocorre que se trata de uma exigência excessiva, posto que **somente a sanção de Declaração de Inidoneidade** (art. 87, IV da Lei n.º 8.666/93) **é que possui tão vasta extensão**.

Conferir os efeitos da declaração de inidoneidade à penalidade de impedimento de licitar (suspensão) é uma situação inconcebível, e que como dito vai na contramão da doutrina e jurisprudência.

Cumpramos destacar que o próprio Serviço de Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba, quando instado, respondeu que os efeitos de sua penalidade são restritos ao município de Sorocaba, consoante se verifica do seguinte esclarecimento formulado no Pregão Presencial 02/2017(www.saaesorocaba.com.br/arquivos/licitacoes/presencial-02-17-esclarecimento1.pdf), vejamos:

PERGUNTA 01: CONSIDERANDO A REDAÇÃO DOS ITENS 6.2.2 DO EDITAL E A SÚMULA 51 DO TCE SP, É POSSÍVEL A PARTICIPAÇÃO NO REFERIDO PREGÃO DE EMPRESA LICITANTE IMPEDIDA DO DIREITO DE LICITAR COM O GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO?

SÚMULA Nº 51 - A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

RESPOSTA 01: As penas de suspensão e de impedimento estão limitadas ao órgão sancionador: a Lei de Licitações criou no artigo 87, inciso III uma diferenciação baseada fundamentalmente na conceituação do titular do poder de sanção, que no caso seria "Administração", definida pelo inciso XII do artigo 6º como "órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente".

A pena de inidoneidade é extensiva a todos os órgãos públicos: a Lei de Licitações criou no artigo 87, inciso IV uma diferenciação expressamente atribuindo efeito à "Administração Pública", termo conceituado pelo inciso XI do mesmo artigo 6º da lei, como sendo "a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob o controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas".

Com esse entendimento sendo objeto de reiteração pela própria Autarquia que aplicou a pena, considerar-se-á como desvio de finalidade e usurpação de competência, qualquer ato administrativo de outro órgão integrante da Administração Pública que faça uso desta sanção para restringir a participação em seus procedimentos licitatórios que em nada tem relação ente sancionador, ou seja, que esteja em discordância com os efeitos extensivos reais da penalidade aplicada, o que lamentavelmente está sendo presenciado no instrumento convocatório atacado.

Ademais, o posicionamento da Autarquia Sorocabana é baseado nas lições do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que sumulou a matéria, vejamos:

"SÚMULA Nº 51 - A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, **nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.**"

E não é só o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que pensa dessa forma, afinal, o Ministério do Planejamento editou a Instrução Normativa nº 02 da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, na qual destaca que a amplitude dos efeitos da penalidade de impedimento de licitar tem seus efeitos restritos a esfera do órgão sancionador, como se verifica da leitura de seu artigo 40, inciso V c.c. Parágrafo 3º Instrução Normativa, *ipsis litteris*:

“Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

(...)

V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

(...)

§ 3º **A aplicação da sanção prevista no inciso V deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção.** (Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012).

I – da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;

II – do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou

III – do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.”

Nesse diapasão, importante citar que o Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, recentemente se debruçou sobre a questão e destacou que a **PENALIDADE DE IMPEDIMENTO DE LICITAR É RESTRITA A ESFERA DO ÓRGÃO SANCIONADOR, fazendo alusão inclusive a regra do artigo 6º do Decreto Estadual, como se denota da ementa ora transcrita:**

“EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO – LICITAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO – INABILITAÇÃO DA EMPRESA – CUMPRIMENTO DA PENALIDADE DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR PREVISTA NO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 APLICADA PELA INFRAERO – EFEITOS NO ÂMBITO INTERNO DO ENTE FEDERATIVO SANCIONADOR – CLÁUSULA EDITALÍCIA EM CONFORMIDADE COM A LEI – DECADÊNCIA DO DIREITO DE RECORRER ADMINISTRATIVAMENTE QUE NÃO ALCANÇA O DIREITO DE PROPOR AÇÃO JUDICIAL 1 – De acordo com o posicionamento majoritário da doutrina, a punição decorrente do art. 7º da Lei nº 10.520/02 atinge tão somente o ente federativo do qual faz parte a entidade ou o órgão sancionador, não se estendendo a toda a Administração Pública. 2- Imposta a sanção discutida nos autos pela Infraero, o impedimento de licitar/contratar se limita à órbita interna da União, o que não afasta a idoneidade da empresa para participar de licitações realizadas pelos

demais entes da federação (Estados, Municípios, Distrito Federal). 3- Cláusula do Edital de Pregão Eletrônico nº 0063/2015 da SESA que reproduz o inciso II do art. 6º do Decreto Estadual nº 2.394-R de 2009, autoriza a participação de interessados que estejam cumprindo a penalidade prevista no art. 7º da Lei do Pregão, desde que não impostas pela própria Administração Pública Estadual; se encontra em conformidade com a Lei. 4- A decadência do direito de recorrer administrativamente, nos termos previsto no instrumento editalício, não se constitui em obstáculo à propositura de ação judicial. 5- Recurso conhecido e improvido. ACÓRDÃO.” (TJ-ES - AI: 00360997320158080024, Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 02/05/2016, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/05/2016)

E não se trata de decisão isolada, vejamos mais um exemplo:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. **PREGÃO. PENALIDADE PREVISTA NO ART. 7º DA LEI 10.520/02. ABRANGÊNCIA. PRINCÍPIO FEDERATIVO. AUTONOMIA ENTRE OS ENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** 1. A sanção prevista no art. 7º, da Lei de Pregão não se confunde com o previsto no inciso III, art. 87, da Lei 8.666/93. A Lei 10.520/02 é aplicada especificamente à modalidade pregão, enquanto a Lei 8.666/93, apenas deverá ser aplicada de forma subsidiária e quando a Lei 10.520/02 for silente, conforme dispõe o seu artigo 9º. 2. Tendo em vista o princípio federativo e a autonomia dos entes federados, é possível concluir que a sanção administrativa, prevista no art. 7º da Lei de Pregão, que consiste no impedimento de licitar e contratar, terá efeitos apenas em relação ao ente federativo ao qual o órgão sancionador está vinculado. 3. O disposto no Decreto Estadual nº 2.394-R corrobora o entendimento de que a sanção do art. 7º da Lei de Pregão restringe-se à esfera do ente federativo que impõe a sanção 4. No caso em análise, o licitante penalizado, ora Agravado, não está impedido de participar de licitações e contratar com órgãos e entidades da Administração Pública no âmbito dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Recurso conhecido e desprovido.” (TJ-ES - AI: 00048689120168080024, Relator: JORGE DO NASCIMENTO VIANA, Data de Julgamento: 20/06/2016, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/07/2016)

Não há como não citar a decisão da AGU - Advocacia Geral da União sobre o tema, que quando questionada sobre a extensão das penalidades de suspensão (art. 87, III da Lei 8.666/93) e de impedimento de licitar e contratar (Art. 7º da Lei 10.520/02), proferiu

o parecer de nº 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU no sentido de que as punições se referem a esfera do órgão apenador, ora transcrito:

“EMENTA - EXTENSÃO DOS EFEITOS DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA (ART. 87, III, DA LEI N. 8.666/93) IMPEDIMENTO DE LICITAR CONTRATAR COM ADMINISTRAÇÃO {ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02).

I. Orientação do TCU. Suspensão temporária de participação em licitação impedimento de contratar. Efeitos da penalidade não alcançam toda Administração Pública Federal; incidem, apenas, sobre as relações jurídicas entre apenado o ente que aplicou penalidade.

II. Inteligência do conceito de Administração no art. 87, III, da Lei n. 8.666/93. Semanticamente, no âmbito das autarquias fundações públicas federais, refere-se ao ente (pessoa jurídica). Aplicação da "teoria do órgão" para solucionar indeterminação do art. 6º, XII, da Lei nº 8.666/93. Irrelevância da discussão sobre competência da autoridade para fins de delimitação dos efeitos jurídicos da sanção de suspensão temporária ou impedimento.

[...]

IV. Impedimento do art. 7º da Lei nº 10.520/02. vedação participação de empresas em licitações contratações em toda Administração Pública Federal somente se dá se penalidade houver sido aplicada por ente federal.

V. Possibilidade de prorrogação contratual com empresa apenada, desde que ampliação do prazo de vigência decorra da incidência dos arts. 57, §1º, 79, §5º, da Lei nº 8.666/93.” (PARECER 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU)

Importante registrar que o **TCE/MT** também firmou entendimento no **PREJULGADO N.º 01**, conforme segue:

“Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 16.089-0/2013.

*O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO, nos termos do artigo 240, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), **por unanimidade**, acompanhando o voto do Relator e de acordo, em parte, com os Pareceres nºs 3.527/2013 e 6.761/2013 e do Ministério Público de Contas, bem como o Parecer nº 045/2013 da Consultoria Técnica; e, ainda, acolhendo integralmente a sugestão do Presidente da Comissão de Uniformização de Jurisprudência deste Tribunal, em **APROVAR o Prejulgado***

nº 1 sobre o artigo 87, III e IV, da Lei nº 8.666/1993, nos seguintes termos: a) A sanção administrativa de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, prevista no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93, tem alcance restrito, isto é, aplica-se tão somente no âmbito do Poder ou Órgão autônomo sancionador, estendendo-se a todos os órgãos e entidades a ele vinculados; e, b) A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, prevista no artigo 87, IV, da Lei nº 8.666/93, tem alcance amplo, ou seja, aplica-se à toda a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Presidiu o julgamento, em substituição legal, o Conselheiro JOSÉ CARLOS NOVELLI – Vice-Presidente.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO JOAQUIM, VALTER ALBANO e SÉRGIO RICARDO, a Conselheira Interina JAQUELINE JACOBSEN e o Conselheiro Substituto MOISES MACIEL, que estava substituindo o Conselheiro JOSÉ CARLOS NOVELLI.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o Procurador Geral GUSTAVO COELHO DESCHAMPS.

Publique-se. Sala das Sessões, 19 de maio de 2015.”

O Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, tendo como fundamento legal o Art. 87, incisos III e IV, c/c art. 6º, incisos XI e XII, todos da Lei nº. 8.666/93, recentemente (31/07/2019) também sumulou referido entendimento:

ENUNCIADO

A amplitude da penalidade de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração se restringe ao ente federativo em cujo âmbito se situe o órgão ou entidade que tenha aplicado a sanção, ao passo que a amplitude da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública possui efeitos em todo o território nacional, independentemente do órgão ou entidade que tenha aplicado a punição.

Ainda, em sede de Cortes de Contas, tem a da União, que dentre as dezenas de jurisprudência, destaca-se:

“4. A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, MAS EM TODA A ESFERA DO RESPECTIVO ENTE FEDERATIVO (UNIÃO OU ESTADO OU MUNICÍPIO OU DISTRITO FEDERAL).

(...)

*Sobre o assunto, lembrou que o posicionamento doutrinário majoritário é que a punição pautada na Lei do Pregão aplica-se para todo o ente federativo aplicador da sanção. Assim, a aplicação da referida pena **“TORNA O LICITANTE OU O CONTRATADO IMPEDIDO DE LICITAR E CONTRATAR COM A UNIÃO, O QUE QUER DIZER: IMPEDIDO DE LICITAR E CONTRATAR COM TODOS OS SEUS ÓRGÃOS RESPECTIVAMENTE SUBORDINADOS, BEM COMO COM AS ENTIDADES VINCULADAS, NOMEADAMENTE, AUTARQUIAS, FUNDAÇÕES PÚBLICAS, EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, ALÉM DO DESCREDENCIAMENTO DO LICITANTE OU DO CONTRATADO NO SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES (SICAF). O LICITANTE OU CONTRATADO IMPEDIDO, NESSAS CONDIÇÕES, NÃO ESTARÁ PROIBIDO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E CONTRATAR COM ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL OU DO DISTRITO FEDERAL”**. O Plenário, acompanhando a proposta formulada pelo relator, acolheu parcialmente os embargos, promovendo alterações no acórdão recorrido, mantendo o juízo pela improcedência da representação original, desta vez, com base em entendimentos esposados na jurisprudência do TCU, no sentido de que a sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/02 produz efeitos no âmbito interno do ente federativo que a aplicar. Acórdão 2081/2014-Plenário, TC 030.147/2013-1, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 6.8.2014.”*

Não bastasse toda a jurisprudência apontada, a Doutrina Pátria trilha este mesmo caminho, como se verifica das sábias lições do ilustre Professor Marçal Justen Filho, que sobre o tema assevera que:

“A utilização da preposição ‘ou’ indica disjunção, alternatividade. Isso significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção. Logo, e considerando o enfoque mais tradicional adotado a

propósito da sistemática da Lei n. 8.666, ter-se-ia de reconhecer que a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão consiste em suspensão do direito de licitar e contratar. Não é uma declaração de inidoneidade. Portanto, um sujeito punido no âmbito de um Município não teria afetada sua idoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federal.” [JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.193] Grifo Nosso.

No mesmo sentido, assevera Carlos Ari Sundfeld, para quem “a interpretação deve ser restritiva, donde o impedimento de licitar só existe em relação à esfera administrativa que tenha imposto a sanção” (*Licitação e contrato administrativo*, 2. Ed., São Paulo : Malheiros, 1995, p. 117).

Na mesma linha de raciocínio, Jessé Torres e Marinês Restelatto ensinam que “Os efeitos da sanção de impedimento prevista no art. 7º da lei acima citada são restritos à órbita interna do ente federativo a que pertence o órgão ou a entidade sancionadora.”. E mais adiante arremata seu posicionamento ao destacar que a “utilização da conjunção “ou” no texto do art. 7º indica alternatividade, o que fundamenta a interpretação de que a punição deva ter seus efeitos restritos à órbita interna do ente federativo em que a sanção foi aplicada.” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres/ DOTTI, Marinês Restelatto. *Responsabilidade do contratado na administração de compras, serviços e obras. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, fev. 2012*). Grifado.

Ora, se de fato a penalidade de suspensão tivesse o alcance dado no edital em combate, todos os outros editais Brasil afora, inclusive da Assembleia Legislativa de Tocantins estão em desacordo com a legislação, de modo que não podem ser julgadas, as respectivas licitações, como regulares pelos Tribunais de Contas Estaduais e da União.

Para finalizar, ainda que suposta celeuma resida nos termos “Administração” e “Administração Pública”, importante fazer análise da norma e não “seguir” entendimento de um ou de outro Tribunal.

Assim como se aprende na disciplina da HERMENÊUTICA, faz-se necessário aplicá-la no presente caso e não imprimir opiniões “pessoais” quando a norma explicita o alcance da penalidade.

Data vênua, alguns Tribunais têm seguido pensamentos errôneos a respeito das penalidades, igualando-as como se estivessem no mesmo patamar, esquecendo-se de analisar, **além da literalidade, a vontade e intenção da norma.**

Isto porque o nobre legislador, nos idos de 1993, não se equivocou ao utilizar termos diferente para os incisos III e IV do art. 87 d Lei n.º 8.666/93, apenas intentou diferenciar os efeitos das penalidades pela expressão das palavras, mas também o fez em incisos separados, demonstrando que se trata de penalidades diferentes e com efeitos diferentes.

Não fosse assim, teria redigido as penalidades em único inciso, tratando como penalidade única, já que os efeitos são os mesmos para os nobres julgadores hodiernos.

Isso porque quando da edição do inciso IV do dispositivo em comento, o legislador teve como parâmetro a Lei de Improbidade Administrativa, editada em 1992, pois a penalidade é de “DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE”

Muito se fala em unicidade da Administração, porém, cada Administração tem sua autonomia financeira e administrativa, de modo que ao aplicar penalidade de suspensão de licitar, o faz pelo critério discricionário que lhe cabe ao restringir aqueles fornecedores que, por peculiaridades da contratação, não se adequaram as exigências contratuais.

Portanto, o nobre legislador separou as penalidades em incisos para que a extensão das penalidades fosse distinta, da forma como se interpreta na presente impugnação.

Desta feita, resta evidente que a penalidade de impedimento de licitar (art. 7º da Lei 10.520/02) produz efeitos somente na esfera do órgão que aplicou a penalidade, de tal forma que por encontrar-se apenas por órgão vinculado ao Município de Sorocaba não há qualquer óbice à participação da Prime em licitações públicas promovidas pela **ITAIPU BINACIONAL / DF.**

Nesse mesmo diapasão colaciona-se julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Pregão eletrônico Impedimento de licitar e contratar com entes públicos Suspensão da penalidade ou limitação de seus efeitos ao âmbito do ente federativo prolator da decisão Efeito declaratório Possibilidade: A sanção prevista pelo art. 7º da Lei Federal nº 10.520/02 abrange somente a pessoa jurídica de direito público que a aplicou." (Apelação nº 1005969-66.2016.8.26.0309; relª. Desª Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público; j. em 06/03/2017).

Utiliza-se as leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520/02, a doutrina e principalmente a jurisprudências acima tendo em vista que a cláusula 2.3 prevê que será aplicado, no que couber, a legislação brasileira pertinente.

Além disso, não faz sentido inserir na cláusula do edital o termo *“impedidas perante a ITAIPU, a ANDE ou a ELETROBRAS”* quando na sequência do texto consta *“restrições em outros órgãos ou entidades públicas do Brasil ou do Paraguai”*.

Se o termo *“restrições em outros órgãos ou entidades públicas do Brasil ou do Paraguai”* se referir a penalidade de suspensão com qualquer órgão, desnecessário, então, especificar o impedimento com a ITAIPU, a ANDE e a ELETROBRAS.

Portanto, não há óbice a participação da empresa PRIME no presente certame.

PONTO 02 – DA VEDAÇÃO DE TAXA NEGATIVA E INCOERÊNCIA COM “TAXA DE DESCONTO”

Outra irregularidade constante no edital se refere a vedação de se ofertar taxa negativa.

Primeiramente, demonstraremos a incoerência com o critério de julgamento frente a vedação de oferta de taxa negativa.

1.1.3 Critério de julgamento: maior taxa de desconto.

Em linguagem coloquial, tentar-se-á explicar a incoerência trazida nos autos.

Este respeitável órgão estimou para a almejada contratação o dispêndio de verbas na ordem de R\$ 1.662.733,26.

Quando o critério de julgamento se refere a desconto, tem-se que do valor estimado serão oferecidos descontos!

O desconto, segundo o dicionário é:

<p>Desconto</p> <p><i>substantivo masculino</i></p> <p>1. ato ou efeito de descontar.</p>
--

Logo, considerando que as propostas se referirão a “taxas de desconto” sobre o valor estimado, ter-se-á, automaticamente, taxas negativas.

Ao se falar em taxa de desconto, a escrita numérica será um percentual positivo.

Exemplo:

Taxa de **desconto** de 3%

Fórmula

$R\ \$ 1.662.733,26 - 3\% = 1.612.851,26$ (desconto de R\$ 49.881,99)

Este procedimento é o mesmo que falar em taxa negativa, omitindo-se o termo “desconto”.

Se em uma compra de um produto “x”, cujo valor seja R\$ 1.000,00 (mil reais) e o pretendo comprador solicitar desconto, este estará tentando pagar mais ou pagar menos ?

Não existe “desconto” positivo !

Nas linhas traçadas pelo edital, as ofertas de lances seguirão um acréscimo ao valor estimado, ou seja, a ITAIPU BINACIONAL está licitando um objeto em que busca a seleção da proposta mais ONEROSA, vejamos:

2.18.2 O sistema eletrônico classificará as propostas iniciais por ordem crescente de taxas de descontos ofertadas, e, se houver propostas comerciais de taxas de descontos iguais, o sistema eletrônico as ordenará automaticamente (sorteio).

2.18.4.1 A proponente poderá oferecer lances sucessivos e maiores que o de maior taxa de desconto registrada, sendo que a cada lance ofertado a participante será imediatamente informada de seu recebimento, horário de registro e valor.

2.18.4.2 A proponente somente poderá oferecer lance com taxa de desconto maior ao último por ela ofertado e registrado pelo sistema.

Na prática, de acordo com as cláusulas acima, serão classificadas as propostas da seguinte forma:

Licitante	Proposta
A	1%
B	2%
C	3%
D	4%

A rodada de lances deverá ser iniciada pela licitante cuja taxa seja a menor, ou seja, a licitante A, que deverá cobrir a taxa da licitante D, detentora da MAIOR TAXA.

Por sua vez, a licitante B deverá ofertar taxa maior que a licitante A, que hipoteticamente ofertou 5% de taxa. Ficando assim a classificação até a presente situação hipotética:

Classificação	Licitante	Proposta
1º	B	6%
2º	A	5%
3º	D	4%
4º	C	3%

Logo, a ITAIPU BINACIONAL está selecionando licitante que apresente uma maior taxa de administração, portanto o critério de julgamento é o de MAIOR TAXA DE ACRÉSCIMO.

Isso porque 7% é maior que 6%, 6% é maior que 5%, assim sucessivamente, tendo em vista que deverá ser ofertado taxa maiores (cláusula 2.18.4.1 e 2.18.4.2)

Recordando que o valor de referência para a oferta da taxa é o valor estimado para gastos com combustíveis e manutenções leves.

Na lógica reversa, ou seja, se o licitante A ofertar taxa de 5% e for considerado, de fato “desconto” não se terá oferta positiva, pois a premissa é que este percentual será descontado do valor estimado.

Ainda que exclua o termo “desconto”, se uma empresa ofertou 5% de taxa de administração (acréscimo), e os lances forem ocorrendo de forma que se chegue em taxa “zero”, conforme previsão da cláusula 1.1.3.1.1, todas as propostas serão registradas, conforme cláusula 2.18.6.

2.18.6 Em caso de oferecimento de dois ou mais lances de mesmo valor, todos serão registrados e a classificação será pela ordem de recebimento e registro do lance.

1.1.3.1.1 Será aceita proposta final com valor zero de taxa de desconto, o que indica que a CONTRATADA não repassará o custo de administração para a ITAIPU.

Entretanto, a classificação será de acordo com o recebimento e registro do lance, ou seja, será o vencedor que ofertar a taxa nula ou “zero” primeiro, contrariando o critério de desempate previsto na legislação brasileira pertinente que rege a presente licitação.

Pode ocorrer, entretanto, que as propostas iniciais sejam inseridas já com a taxa NULA ou “ZERO”, de modo que o edital fará o sorteio automaticamente, contrariando, TAMBÉM, o critério de desempate previstos nas leis que regem a licitação pública no Brasil.

Portanto, através da linguagem informal tentou-se explicar a incoerência do modus operandi da proposta x disputa x critério de julgamento x critério de desempate.

Segue, agora, as linhas argumentativas na linguagem padrão (culto) para demonstrar a possibilidade de se ofertar taxa de desconto, de fato, que deve ser perquirido pela ITAIPU (seleção da proposta mais vantajosa).

Subentende-se que por tratar de menor percentual está se incluindo a taxa negativa, pela lógica inversa de menor percentual. Entretanto, a Lei de Licitações cláusula e principalmente critério de julgamento **subjetivo**, nos termos do art. 44 abaixo transcrito:

*Art. 44. **No julgamento das propostas**, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.*

*§ 1º **É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.***

Todo o ordenamento de Direito Administrativo sempre impôs, e continua impondo, que a Administração pública estabeleça critérios objetivos para julgamento das propostas ofertadas pelos licitantes, como medida de isonomia, legalidade, observância do regime de Direito Público ao qual se submete e sempre se submeterão as contratações feitas pela Administração Direta e Indireta.

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.

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.

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?

No tocante a taxa de administração 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 nº 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 emissão dos vales. Tal atividade é chamada de operação de crédito antecipado. Nela, a administradora recebe do contratante o valor para emissão dos vales 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.

Aceitar vales é vantajoso para o empresário, porque o recebimento de tais atrai consumidores. Por isso, os estabelecimentos optam por pagar pelo credenciamento.

Portanto, ainda que a taxa de administração oferecida no certame seja nula ou negativa, a empresa tem como executar o contrato e o seu preço não pode ser considerado inexecutável.

Uma forma de se estabelecer um critério de exequibilidade 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 igual ou menor a zero nas licitações, especificamente para este tipo de objeto) desde que o valor seja exequível, conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União na decisão 38/1996 plenário.

E novamente trazemos a lume o julgado do Proc. TCM nº 08060/14 do **TCM da Bahia** que acompanha o TCU, vejamos:

“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).”

Outro ponto a se considerar é que sua manutenção do critério de julgamento subjetivo frustrará a competitividade do certame, vez que certamente todas as empresas ofertarão a taxa mínima aceita (zero), logo, não haverá a fase de lances, devendo a empresa **vencedora ser conhecida no sorteio.**

Atendo-se ao critério de desempate, este critério está implícito no edital já que a disputa estará limitada na taxa 0,00 %, fato que não selecionará a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Convém sobrelevar ainda que inúmeros órgãos públicos possuem contratos em vigência cujo objeto é o gerenciamento por intermédio de cartões magnéticos, os quais em sua grande maioria preveem a possibilidade de oferta de taxa de administração negativa, o que privilegia a busca pela oferta menos onerosa.

Logo, a inadmissibilidade 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:

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;

Portanto, não aceitar taxa negativa fere o princípio 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.

PONTO 03 - DA EXIGÊNCIA DA REDE EXCESSIVA

O Edital trouxe exigência excessiva quanto a Rede Credenciada que a Contratada deverá dispor, conforme cláusulas abaixo:

3.1.1 É obrigatório durante a vigência do contrato o credenciamento e manutenção de convênio com pelo menos um posto de abastecimento de combustíveis em cada uma das cidades relacionadas abaixo:

- Alvorada do Iguaçu, Assis Chateaubriand, Aurora do Iguaçu, Cafelândia, Cascavel, Céu Azul, Corbélia, Entre Rios do Oeste, Guaíra, Itaipulândia, Marechal Candido Rondon, Maripá, Matelândia, Medianeira, Mercedes, Missal, Nova Aurora, Palotina, Pato Bragado, Santa Helena, Santa Tereza do Oeste, Santa Terezinha de Itaipu, São Miguel do Iguaçu, São Pedro do Iguaçu, Terra Roxa, Toledo, Ubiratã e Vera Cruz do Oeste no Estado do Paraná, São Paulo (capital) no Estado de São Paulo e Brasília no Distrito Federal.

3.2 Partindo de Foz do Iguaçu - PR deverá haver um credenciado a cada 200 km, nas seguintes rodovias:

BR 101 (PR a RS)	BR 376 (PR)	BR 153 (PR/SC/RS)	BR 290 (RS)
BR 282 (SC)	BR 470 (SC)	BR 386 (RS)	BR 285 (RS)
BR 116 (PR/SC/RS)	BR 277 (PR)	BR 460 (PR)	BR 262 (MS)

3.3 Partindo de Curitiba - PR deverá haver um credenciado a cada 200 km, entre os municípios e nas seguintes rodovias:

Curitiba - Ponta Grossa - Londrina
Curitiba - Guarapuava - Faxinal do Céu - Laranjeiras do Sul - Ivaiporã - Campo Mourão - Londrina
Curitiba - Florianópolis
Curitiba - Foz do Iguaçu

BR 277 BR 376 BR 101

A manutenção destas cláusulas (exigências), que além de excessivas são desnecessárias, contribuirá apenas e tão somente para reduzir o universo de licitantes que poderão participar do certame.

Para a definição da rede credenciada deve-se realizar estudo através de “levantamentos estatísticos, parâmetros e estudos técnicos” quanto a quantidade e localidades estratégicas para abastecimento da frota, levando em consideração as atividades cotidianas e não esporádicas (extirpando os pensamentos: “pode ser que um dia precise de um posto nesta cidade”).

Exigir rede em todo nos estados que compõem as rodovias indicadas na distância de 200 km é uma condição excessiva, visto que a autonomia de qualquer veículo com o tanque completo supera os 400 km.

A exigência estabelecida no presente edital, mostra-se, portanto, 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”.

Assim, a Administração Pública ao formular o edital deve pautar sua conduta nos princípios basilares, mormente o da **razoabilidade** e **proporcionalidade**, de modo que as exigências aqui combatidas, servirão apenas para impedir caráter competitivo das Licitantes.

Para a definição territorial da rede credenciada, o órgão licitador deve elaborar um estudo técnico contendo, no mínimo, a justificativa comprando essas as reais necessidades de ter rede em todas as cidades e rodovias listadas nas cláusulas 3.1..1, 3.2 e 3.3 do ANEXO I - ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS.

Ainda que fosse legal e razoável exigir oficinas/postos na extensão territorial constante nas cláusulas acima, deveria ter um estudo demonstrando e fundamentando essa exigência.

A definição, tanto do objeto quanto de suas especificações, deve ser, obrigatoriamente, sucinta e clara, sendo ilegal qualquer omissão de informações ou informações subjetivas, a rigor dos artigos 40, I, da Lei n.º 8.666/93 e 3º, II da Lei n.º 10.520/02.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União entendeu pela irregularidade de exigência de rede credenciada excessiva, sobretudo quando da ausência de prévio estudo técnico, conforme se infere do acórdão:

GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO TC 022.682/2013-9

Unidade: Conselho Federal de Contabilidade (CFC)

Representante: Planinvesti Administração e Serviços Ltda. (art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993). Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO PRESENCIAL PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE VALES REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO. EXIGÊNCIA DE QUANTIDADE MÍNIMA DE REDE CREDENCIADA. OITIVA PRÉVIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. EXPEDIÇÃO DE ORIENTAÇÃO AO CONSELHO FEDERAL.

Na licitação para contratação de empresa especializada no fornecimento de vale alimentação ou vale refeição, na forma de

cartão eletrônico ou tecnologia similar, apesar de discricionária a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, faz-se necessário que os critérios técnicos referentes à fixação do quantitativo mínimo estejam em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de claramente definidos e fundamentados no processo licitatório, devendo tais critérios ser oriundos de levantamentos estatísticos, parâmetros e de estudos previamente realizados, consoante os precedentes Acórdãos 2.367/2011 e 1.071/2009, ambos do Plenário.

No mesmo sentido decide o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, como se verifica da decisão abaixo:

EMENTA: Exame Prévio de Edital.

(..)

3. Exigência dirigida à adjudicatária, como condição para assinatura do contrato, de apresentação de quantidade vultosa de estabelecimentos credenciados em todo o Estado de São Paulo, no prazo de 05 (cinco) dias úteis – Inadmissível – À míngua de quaisquer justificativas técnicas e econômicas, deve a Municipalidade redefinir o quantitativo de postos credenciados às suas reais e imprescindíveis necessidades, acolhendo, no máximo, a área geográfica circunscrita à região metropolitana de São Paulo, que deverá ser submetida à revisão de seu número igualmente – 4. Ausência de disciplina editalícia sobre a execução e fiscalização do contrato – Confirmado – Correção obrigatória – 5. Demais insurgências – Não prosperam – Procedência Parcial – V.U. (TC 001085/989/14-3 - Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - Exame Prévio de Edital- Rel. Cons. Dimas Eduardo Ramalho, Publicado no D.O.E de 10/05/2014) (nosso grifo)

O TCE/MG também já se pronunciou sobre o tema:

DENÚNCIA N. 958374

EMENTA

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. DESCRIÇÃO IMPRECISA DO OBJETO LICITADO. OBJETO NÃO PARCELADO. INDICAÇÃO PELA PREFEITURA DE OFICINAS A SEREM CREDENCIADAS PELA EMPRESA GERENCIADORA. CLÁUSULA RESTRITIVA DA COMPETITIVIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE ECONOMICIDADE DA “QUARTEIRIZAÇÃO”. PARCIAL PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA.

[...]

II – FUNDAMENTAÇÃO

[...]

2.4. Exigência restritiva de ampla rede credenciada

A denúncia de fls. 01/39 relata que o edital do Pregão Presencial n. 028/2015 exigiu 52 (cinquenta e duas) oficinas, distribuídas em 05 (cinco) municípios, Belo Horizonte, Sete Lagoas, Curvelo, Corinto e Montes Claros, sem que houvesse necessidade de oficina credenciada no próprio município licitante, o que prejudicou a competitividade.

O Ministério Público ratificou o apontamento realizado na denúncia, entendendo que não há justificativa para exigir 52 (cinquenta e duas) oficinas se a frota de veículos e máquinas da Prefeitura totaliza-se em 44 (quarenta e quatro) veículos, bem como não há comprovação de vantagem em dispor de rede credenciada tão somente fora do município, sendo que a oficina mais próxima encontrar-se-ia a 72 (setenta e dois) quilômetros de distância do Município de Augusto de Lima (fls. 371/374v).

A Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, não admite a previsão, nos processos licitatórios, de cláusulas restritivas à participação dos interessados, conforme se verifica:

Art. 37 (...)

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.** (grifo nosso).

No mesmo sentido, a Lei de Licitações e Contratos veda a inclusão, nos atos convocatórios, de exigências que possam, de alguma forma, admitir, prever ou tolerar condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Isso porque, notoriamente, a Administração deve sempre buscar o maior número de competidores interessados no objeto licitado, com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa. Por essa razão, no que diz respeito à participação dos licitantes, a Administração Pública deve estar sempre adstrita àquelas condições indispensáveis ao cumprimento do contrato, sob pena de violação do princípio da competitividade.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes excertos de deliberações provenientes do TCU:

Evite a inclusão de itens que restringem injustificadamente o caráter competitivo do certame e contrariam, dessa forma, o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. (Acórdão 2477/2009 Plenário).

É vedado aos agentes públicos incluir nos atos de convocação condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados. (Acórdão 2579/2009 Plenário).

As exigências editalícias devem limitar-se ao mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame. (Acórdão 110/2007 Plenário).

Em relação às exigências editalícias em procedimentos licitatórios para “quarteirização”, inferem-se do artigo, já mencionado, publicado na Revista do TCU, n. 116 de setembro de 2009, as seguintes orientações, in verbis:

À Administração Pública, após concluir pela vantagem de licitar a contratação de empresa especializada no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos, **cumpra buscar alternativas que compatibilizem a escolha com o princípio constitucional da ampla competitividade entre os interessados.** Para isso é necessário que avalie a conveniência de exigir-se, no instrumento convocatório, que a empresa gerenciadora contratada se relacione com rede de oficinas, cuja largueza definirá, em todo o território nacional, determinada região ou determinados estados. As localidades habituais de deslocamento da frota é que guiarão a decisão. Se os deslocamentos são restritos a um único estado da federação, por exemplo, basta a exigência de que a empresa gerenciadora conte com uma rede de oficinas credenciadas localizadas apenas no território do estado do órgão que promove a licitação. **A ampliação da rede credenciada para uma região ou para todo o território nacional, sem que isso seja necessário, constitui-se em fator que pode restringir o acesso de empresas do ramo de gerenciamento na licitação e reduzir o universo competitivo sem motivo.**² (Grifo nosso)

No caso dos autos, conforme narrado, o Município de Augusto de Lima exigiu que a empresa a ser contratada contasse com 52 (cinquenta e duas) oficinas credenciadas em cinco municípios distintos, sem apresentar, contudo, motivação legal para tanto, o que restringiu o caráter competitivo da licitação. 37ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 29/11/2016.

Por fim, o TCE/MS também entende pela restrição do caráter competitivo a exigência de ampla rede, veja-se:

DELIBERAÇÃO AC01 - 1455/2018

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – SERVIÇOS DE OPERACIONALIZAÇÃO DE SISTEMA INFORMATIZADO – AUSÊNCIA DE CLAREZA DO OBJETO LICITADO – REDE CREDENCIADA EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL – EXIGÊNCIA INDEVIDA – VIOLAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO – IRREGULARIDADE – MULTA.

O procedimento licitatório é irregular, pois é vedado aos agentes públicos incluir nos atos da convocação condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados, o que constitui infração e acarreta multa ao responsável.

[...]

IRREGULARIDADE POR VIOLAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO

Quanto à exigência de rede credenciada em todo o Território Nacional, observo que novamente o referido edital, neste item fere o caráter competitivo da licitação, ao se ter em mente que só se justificaria tamanha abrangência se usualmente as frotas do Ente Público Municipal circulasse por tais regiões longínquas, o que não seria o caso.

*“As localidades habituais de deslocamento da frota é que guiarão a decisão. Se os deslocamentos são restritos a um único estado da federação, por exemplo, basta a exigência de que a empresa gerenciadora conte com uma rede de oficinas credenciadas localizadas apenas no território do estado do órgão que promove a licitação. **A ampliação da rede credenciada para uma região ou para todo o território nacional, sem que isso seja necessário, constitui-se em fator que pode restringir o acesso de empresas do ramo de gerenciamento na licitação e reduzir o universo competitivo sem motivo**”³. (grifo é nosso).*

[...]

DISPOSITIVO

*Em face do exposto, acompanho o entendimento do Parquet de Contas e profiro meu **VOTO** nos seguintes termos:*

I – DECLARAR A IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO do Pregão Presencial n. 38/2014, com respaldo no art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012;

a) Por falta de clareza quanto ao objeto licitado, ferindo o Princípio da Competitividade;

b) A exigência indevida de rede credenciada em todo o Território Nacional, infringindo o artigo 3º §1º, I da Lei de Licitação

[...]

ACÓRDÃO

*Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 16ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 7 de agosto de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar a **irregularidade do procedimento licitatório** do Pregão Presencial n. 38/2014 e **aplicar multa** ao Sr. **MURILO ZAUITH**, no valor equivalente a **15 (quinze) UFERMS** pela irregularidade descrita no item I alínea “a” **mais 15 (quinze) UFERMS** pela irregularidade descrita no item I alínea “b” do dispositivo do voto. Conselheiro **Flávio Esgaib Kayatt** – Relator. Campo Grande, 7 de agosto de 2018.*

Veja-se que o TCE/MS entende que definir uma extensa área geográfica restringe a participação de potenciais licitantes.

Portanto, ao exigir que a empresa contratada possua estabelecimentos credenciados naquela extensão territorial é uma exigência excessiva e desnecessária, pois não houve um estudo que comprovasse a motivação para a exigência de rede credenciada em várias localidades indicadas no certame.

Deste modo, o fato de que a rede credenciada nos moldes exigidos é excessiva e impossível de ser entregue por qualquer Licitante devido à falta de oficina/postos, e que sua manutenção colocará em risco o caráter competitivo do certame, pois, tão somente contribuirá para reduzir significativamente o número de empresas que participarão do certame, e, conseqüentemente, obstará a participação de inúmeras empresas que poderiam participar do certame e ofertar taxas de administração mais vantajosas, colocando assim em risco o princípio da proposta mais vantajosa.

Salienta-se que na atividade de gerenciamento de combustível e manutenção de frota, a Contratada realizará a intermediação entre o posto credenciado/oficina e o órgão público, garantindo o serviço. Porém, a instalação, abertura ou qualquer nova fonte de abastecimento/oficina caberá ao investimento da iniciativa privativamente alheia à sua vontade.

Sendo assim, requer se digne vossa senhoria, em respeito aos princípios norteadores da Administração Pública, retirar essa exigência de ter rede credenciada nas **as cidades e rodovias listadas nas cláusulas 3.1..1, 3.2 e 3.3 do ANEXO I - ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS**, definindo a área razoável para credenciamento das oficinas e postos, tendo como parâmetro a sede do órgão licitador.

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. Adequar a redação da **cláusula 2.13 alínea “c” do CBC (edital)**, excluindo a expressão **“ou com restrições em outros órgãos ou entidades públicas do Brasil ou do Paraguai”**, de modo a possibilitar a participação de empresas suspensas em outro órgão que não a **ITAIPÍ, a ANDE e a ELETROBRAS**;
- ii. Incluir no critério de julgamento a possibilidade de **aceitar taxa negativa**;
- iii. Excluir todas as exigências que contenham a obrigatoriedade de Rede Credenciada **distar entre si no máximo 200 km, ainda que somente nas rodovias listadas no edital, bem como nas cidades e rodovias listadas nas cláusulas 3.1..1, 3.2 e 3.3 do ANEXO I - ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS**, definindo de forma clara a fixação da rede credenciada levando em consideração a autonomia dos veículos, **“levantamentos estatísticos, parâmetros e estudos”** quanto a quantidade e localidades;

- iv. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, tendo em vista que as alterações influenciarão 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 NF 1526/19, 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, 26 de setembro de 2019.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Tiago dos Reis Magoga – OAB/SP 283.834