

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE
GRAVATÁ - ESTADO DE PERNAMBUCO**

**EDITAL - PREGÃO ELETRÔNICO Nº 028/2024 - LEI 14.133/2021
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 101/2024**

LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA., com
endereço na Rua Rui Barbosa, 449, bairro centro, no município de Buri/SP, e-mail:
link.juridico@linkbeneficios.com.br, devidamente inscrita no CNPJ/MF
12.039.966/0001-11, Inscrição Estadual nº 229.017.126.114 e Inscrição Municipal nº
03150/10, por seu procurador, vem, respeitosamente a presença de V. S.^a, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

De acordo com a Lei 14.133/2021, pelos fatos e fundamentos a seguir
expostos:

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade **Pregão Eletrônico nº. 028/2024**, promovido pelo MUNICÍPIO DE GRAVATÁ, cujo objeto é:

1. DO OBJETO

1.1. A presente licitação tem como objeto a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS DE GERENCIAMENTO, CONTROLE E FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS (GASOLINA COMUM, GASOLINA ADITIVADA, ÁLCOOL/ETANOL, DIESEL COMUM E DIESEL S-10, ARLA 32), ATRAVÉS DE IMPLEMENTAÇÃO E/OU OPERAÇÃO DE SISTEMA INFORMATIZADO E INTEGRADO COM TECNOLOGIA E UTILIZAÇÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO OU CARTÃO ELETRÔNICO TIPO "SMART" COM "CHIP" (OU COM TECNOLOGIA SIMILAR), DISPONIBILIZADO EM REDE ESPECIALIZADA E CREDENCIADA, PELO PRAZO DE 12 (DOZE) MESES, CONFORME ESPECIFICAÇÕES, CONDIÇÕES E EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS NO TERMO DE REFERÊNCIA, ANEXO I, DO EDITAL.

No entanto, conforme se vê no edital há vícios, inclusive de legalidade, que maculam o procedimento licitatório, conforme será demonstrado a seguir.

Diante disso, espera e requer a suspensão temporária do presente certame, visando a consagração do princípio da supremacia do interesse público, da eficiência e da legalidade, além das alterações no instrumento convocatório para suprimir tais irregularidades.

É o breve relato fático.

2. DAS RAZÕES DE MÉRITO

Nos termos do artigo 9º, inciso I, alínea a, da Lei 14.133/21, é vedado aos agentes públicos inserirem em atos de convocação cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

No mesmo sentido, a alínea c do referido artigo estabelece que na fase preparatória do pregão o administrador público tem a obrigação de definir corretamente os seus termos, sendo vedadas as especificações impertinentes e irrelevantes que limitem a competição:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

[...]

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

Assim, considerando as restritivas e ilegais cláusulas inseridas no edital de **Pregão Eletrônico nº. 028/2024**, não resta alternativa à Link Card, ora Impugnante, senão apresentar as inclusas razões, para que seja sanado os vícios neste instrumento convocatório.



2.1. QUANTO A INTERFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO NA RELAÇÃO ENTRE A LICITANTE E SUA REDE CREDENCIADA

O item 2.5 (fls. 3) do instrumento convocatório traz em seu texto, evidente intromissão injustificável nos negócios do futuro *player* a ser contratado, vejamos sua redação:

2.5. Não será admitido Total de Taxas (TT) inferior a 0,0001%;

2.6. O valor total estimado da contratação, também chamado de VALOR ANUAL REFERENCIAL MÁXIMO (VARM), é o resultado do Valor Anual Base (VAB) acrescido do percentual do total de taxas (TT) estimadas, conforme tabela abaixo:

Total do valor anual base (VAB)	Taxa de credenciamento (TC)	Taxa de Administração (TA)	Valor do total de taxas (VTT)	VARM (VARM=VAB+VTT)
R\$ 2.622.914,15	0,06%	0,00%	R\$ 1.573,75	R\$ 2.624.487,90

Pois bem, vale esclarecer que a remuneração das gerenciadoras se dá da seguinte forma: **(i)** cobrança de taxa de administração do usuário do cartão; **(ii)** cobrança de taxa de administração do estabelecimento credenciado; **(iii)** antecipação de recebíveis dos estabelecimentos; **(iv)** aplicação dos valores até a realização do repasse.

E diante desse cenário, o edital, *data máxima vênia* está intrometendo em um campo que não lhe interessa e não bastasse isso, está minimizando o “lucro” do *player*, pois ao passo que estipula o teto de taxa da rede credenciada, que repita-se, não lhe compete, no importe de 0,06%, acaba por criar uma norma que afasta o interesse de qualquer empresa participar.

Veja que, ao limitar a taxa que poderá ser cobrada da rede credenciada, a Administração está invadindo algo que **passa longe de sua competência**. A contratação tem como premissa **intermediar** uma relação entre a Administração e a rede de estabelecimentos credenciados.



O objeto que a municipalidade pretende contratar é o gerenciamento da manutenção da frota por meio de rede de estabelecimentos credenciados, ou seja, contratar uma empresa que disponibilizará um **sistema de controle**, através do pagamento de uma **taxa de administração** ou **eventual desconto** ofertado em proposta previamente ajustado, que permitirá que a Administração realize serviços e adquira produtos em um número maior de estabelecimentos e com um maior controle dos seus gastos.

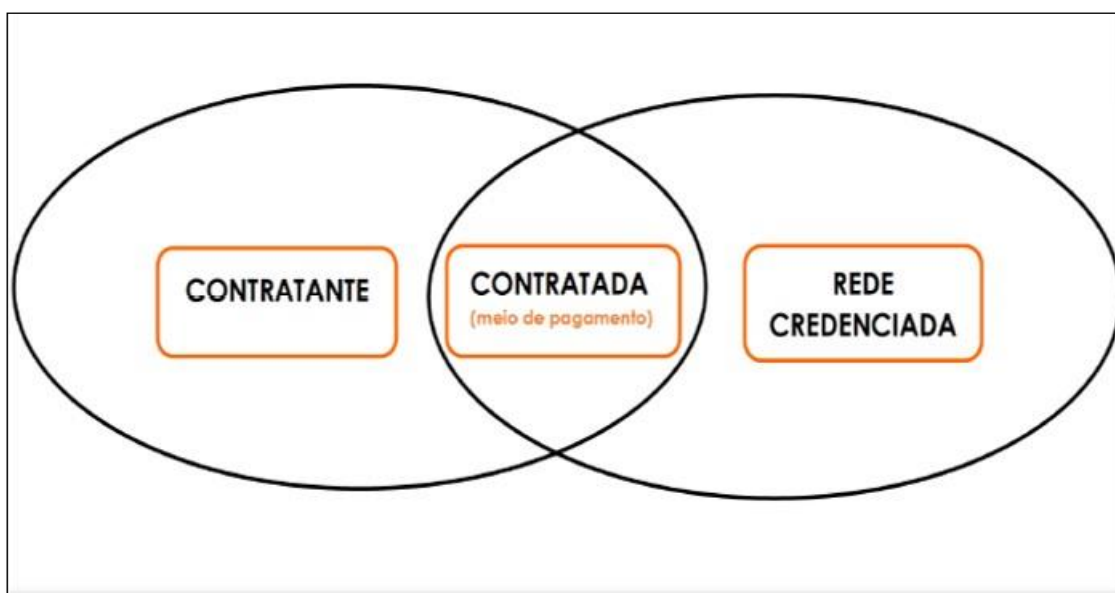
Quanto a esse modelo de contratação, é cabível dizer que o Tribunal de Contas da União – TCU já teve oportunidade de se manifestar e considerar válida a referida contratação, desde que observadas determinadas condições, sendo oportuno destacar os seguintes trechos do voto do revisor, Min. Benjamin Zymler:

*[...] 26. Registro, ainda, que o modelo em discussão assemelha-se à chamada **quarteirização**, procedimento em que a gestão de um serviço já terceirizado – no caso concreto, a manutenção de veículos – é entregue a uma quarta entidade incumbida de gerenciar a atuação dos terceirizados – na situação em foco, o administrador da manutenção. 27. Trata-se de uma prática bastante disseminada no mercado privado, cuja adoção no âmbito da administração é salutar, pois demonstra empenho em modernizar métodos arcaicos, ineficientes e burocráticos de gestão e, com isso, melhorar o desempenho dos órgãos e entidades públicos. [...]*

Nesse modelo de contrato, o vínculo jurídico existente entre a Administração Pública e a Contratada é regido pelas normas de direito público, sendo que a relação entre a Administração Pública e os estabelecimentos credenciados é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, ao passo que a relação entre a Contratada e sua rede

credenciada é outra relação a par, regida pelo direito privado. Dessa forma, não há que se falar em qualquer ingerência da Contratada sobre a relação jurídica existente entre a rede credenciada e a Contratada.

Para reforçar esse entendimento, trazemos aqui uma figura que demonstra essa modalidade de contrato de forma mais clara:



Dito isso, evidencia-se que as relações criadas pela contratação que a Administração pretende realizar são complementares em sua finalidade, contudo, **independentes** em sua natureza, de forma que a Administração não possui qualquer poder sobre a relação particular criada entre a Contratada e sua rede, e tampouco deve interferir no valor das taxas cobradas dos estabelecimentos.

Nesse passo, o item do instrumento convocatório citado acima foge e muito do que seria razoável. Não pode a Administração interferir em uma relação



contratual que não lhe diz respeito, são relações com naturezas e prerrogativas distintas e, além disso, são reguladas por regimes jurídicos totalmente diferentes.

As contratações públicas são regidas pelo direito público, no qual, temos diversos princípios e pressupostos que precisam ser seguidos fielmente sob pena de se tornarem nulos. No entanto, nas relações privadas prevalece o Código Civil, onde impera a **liberdade de contratação** e a **autonomia privada**, ou seja, as partes possuem liberdade na hora de estabelecer condições comerciais das avenças.

Como se vê no edital, criou-se um desconto mínimo aceitável exorbitante, que minimiza o interesse em participação dos *players*, mas em contradição determina uma taxa máxima aos estabelecimentos credenciados, e isso, reduz drasticamente a possibilidade de qualquer empresa ter um lucro razoável, e por isso **faz com que sua própria taxa de desconto não seja melhorada, criando uma verdadeira “supremacia do interesse privado”**, de modo que os estabelecimentos credenciados serão privilegiados em detrimento das gerenciadoras, que terão lucro reduzido e da própria Administração Pública, que jamais conseguirá alcançar a melhor proposta, ou ainda contratar algum interessado nessas condições extremamente ruins.

E ainda, tais disposições faz com que os licitantes entendam, que a Administração Pública pretende contratar uma proposta inexecutável, não levando em consideração os demais custos do contrato e possivelmente não é capaz de suprir esses gastos.

O interesse público primário e secundário deve prevalecer, portanto é irrazoável que se limite o máximo a ser cobrado pelos credenciados, é irrazoável minimizar a possibilidade de apresentação de uma melhor proposta à Administração para a satisfação de poucos em detrimentos de muitos.

Como se vê, existem relações distintas embora complementares, assim não há nenhuma relação, se não a consumerista entre a Administração e os credenciados, logo não deve ocorrer interferência da Administração nesse aspecto.

E ainda, a Constituição Federal, estabelece um rol de competências dos entes federativos, e em nenhuma das hipóteses ali descritas está a interferência nas relações privadas, ou ainda, inexistente qualquer dispositivo no ordenamento jurídico pátrio que lhe permita dar pitacos sobre contratações privadas, nesse sentido.

Veja que, não compete e nunca competiu a Administração Pública a fiscalização das contratações privadas, baseadas na autonomia da vontade, portanto ao fazer tais determinações a Administração passa muito longe do limite sua competência.

Sabe-se que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei lhe determina, pois está vinculada à legalidade, havendo discricionariedade apenas nos casos específicos em lei. Nessa lógica, questiona-se, onde a Administração encontrou permissivo legal bisbilhotar as relações privadas?

Veja que, por mais que existam disposições sobre setores específicos no Direito Regulatório, o contrato de credenciamento é uma relação negocial entre empresas que não está albergada por qualquer agência reguladora como ANS, ANTT, ANATEL, etc. Logo inexistente razão para tal invasão na seara privada!

Uma vez que inexistente qualquer permissivo legal para tanto, a Administração está violando o princípio da legalidade, e em via reflexa macula o procedimento licitatório, tornando-o viciado.



2.2. QUANTO A NÃO ACEITAÇÃO DE TAXA NEGATIVA

O instrumento convocatório, erroneamente veda a oferta de taxa negativa, afastando a melhor proposta, contrariando a legislação e a jurisprudência, além de minimizar a busca pela satisfação do Interesse Público, *in verbis*:

2.5. Não será admitido Total de Taxas (TT) inferior a 0,0001%;

O objeto licitado envolve a implantação de sistema informatizado e integrado via WEB online real time, para a manutenção preventiva e corretiva da frota de veículos em rede de estabelecimentos credenciados, de acordo com o edital.

Pois bem. A empresa gestora tem diferentes fontes de ganha: **(i)** cobrança de taxa de administração do usuário; **(ii)** cobrança de taxa de administração do estabelecimento credenciado; **(iii)** antecipação de recebíveis dos estabelecimentos; **(iv)** aplicação dos valores até a realização do repasse.

Dentre as variáveis de recebimento de receita, a empresa gestora de frota poderá conceder um desconto ao órgão contratante, optando por não receber nada diretamente dele, para se remunerar das outras fontes de receita, sem que isso torne a proposta inexecutável.

A esse desconto ofertado nas licitações de cartões, bilhetes de aérea via agência de turismo, planos de saúde, atividades de intermediação, dá-se o nome de taxa de administração igual a zero ou negativa, o qual tem inclusive previsão legal na Esfera Federal no art. 18, da Instrução Normativa nº 1234/12:

Art. 18. Na aquisição de Refeição-Convênio (tíquete-alimentação e tíquete-refeição), Vale-Transporte e Vale-Combustível, inclusive mediante créditos ou cartões eletrônicos, caso os pagamentos sejam efetuados a intermediárias, vinculadas ou não à prestadora do serviço ou à fornecedora de combustível, a base de cálculo corresponderá ao

valor da corretagem ou da comissão cobrada pela pessoa jurídica intermediária. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1540, de 05 de janeiro de 2015)

[...]

§ 2º Não havendo cobrança dos encargos mencionados no § 1º, a empresa intermediária deverá fazer constar da nota fiscal a expressão “valor da corretagem ou comissão: zero”.

Portanto, é comum a oferta de taxas de administração iguais a 0 ou negativas, sem que isso represente proposta inexecutável, visto que a empresa possui diferentes fontes de ganhos, podendo abrir mão de uma delas e remunerar-se pelas outras.

O TCU na decisão 38/1996 – Plenário, o Tribunal entendeu plenamente possível e viável ofertas negativas ou de valor zero, não implicando que sejam necessariamente inexecutáveis, devendo ser naturalmente verificada a sua compatibilidade com o mercado, *in verbis*:

2. Deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vales refeição/alimentação, 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 inexecutáveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital.

A previsão no edital quanto a impossibilidade de oferta de descontos contribui negativamente de forma reflexa para a busca da proposta mais vantajosa. A Administração, caso desejasse não contar com taxas negativas, deveria ter estudado e justificado expressamente no processo, transcreve-se julgado do Tribunal de Contas da União:

“Em procedimentos licitatórios para operacionalização de vale refeição, vale alimentação, vale combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, em cada caso concreto, se a admissão de ofertas



negativas é exequível, a partir de critérios previamente fixados em edital” (TCU – Acórdão nº 1.556/2014, Segunda Câmara Rel. Ana Arraes em 14/04/2014) (g.n)

Ainda assim, cabe destacar que a decisão acima não veda a oferta de desconto, sobretudo, porque o Tribunal de Contas da União possui firme jurisprudência no sentido de que o oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa por si só não implica em sua inexecutabilidade, pode ser citada ainda a seguinte deliberação:

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

Além destas decisões do Tribunal de Contas da União que afasta a tal previsão editalícia, pode ser citada ainda uma série de decisões que caminham no sentido de que não deve ser vedada a oferta de taxas negativas, tampouco omitida a informação:

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). (Decisão 38/1996 - Plenário)

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; (Acórdão 1556/2014 - Segunda Câmara. Processo TC 033.083/2013-4. Relator: Ana Arraes)

Inclusive, há uma decisão do Tribunal de Contas da União, que ordenou a rescisão unilateral de um contrato, para que posteriormente fosse feita uma contratação emergencial uma vez que o edital não previa taxa negativa, *in verbis*:

Acórdão nº 142/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC-033.998/2018-3 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Órgão/Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A.

1.2. Relator: Ministro Aroldo Cedraz

(...)

1.6. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.6.1 determinar à Furnas Centrais Elétricas S.A., nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, que adote providências quanto aos itens abaixo, e informe ao TCU, no prazo de sessenta dias, os encaminhamentos realizados:

1.6.1.1. **rescindir unilateralmente o contrato 8000010519** firmado junto à Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A. nos termos da cláusula 18 do instrumento, face à anulação da Portaria 1.287/2017 do MTb em decorrência do Acórdão-TCU 2.619/2018-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler, e em conformidade com os princípios da economicidade e da competitividade dispostos no art. 31 da Lei 13.303/2016;

1.6.1.2. **contratar emergencialmente, nos termos do art. 30, § 3º, da Lei 13.303/2016**, a prestação de serviços de gestão do benefício alimentação (cartões refeição/alimentação) dos empregados de Furnas com cláusula resolutiva vinculada à conclusão de novo procedimento licitatório e admitindo-se propostas com ofertas de taxas negativas, conforme jurisprudência do TCU: Decisão 38/1996-Plenário do Ministro-relator Adhemar Paladin, Acórdãos-TCU 1.034/2012, 1.757/2010, 552/2008, todos do Plenário e relatadas pelo Ministro Raimundo Carreiro; e

1.6.1.3. **realizar novo certame para prestação de serviços de gestão do benefício alimentação (cartões refeição/alimentação) dos empregados de Furnas com possibilidade de adoção de taxas negativas, em conformidade com a jurisprudência do TCU: Decisão 38/1996-Plenário do Ministro-relator Adhemar Paladin, Acórdãos-**

TCU 1.034/2012, 1.757/2010, 552/2008, todos do Plenário e relatadas pelo Ministro Raimundo Carreiro;" (g.n)

No passado a equipe de licitação do STF – Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema, entendendo ser absolutamente possível a oferta de taxas negativas na licitação para gerenciamento do abastecimento de combustível de sua frota, ex vi:

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1/2008
Processo nº 330.282

Trata-se de pedido de impugnação encaminhado pela EMBRATEC – Empresa Brasileira de Tecnologia e Administração de Convênios Ltda., CNPJ nº. 03.506.307/0001-57, no uso do direito previsto no art. 18, do Decreto 5.450/2005 e Seção XXIII do Edital, interessada em participar do Pregão Eletrônico nº. 1/2008, que tem por objeto a contratação de serviços de administração e gerenciamento informatizado do abastecimento dos veículos oficiais do STF, com tecnologia de cartão eletrônico, em rede de postos credenciados.

(...)

5. Salvo melhor juízo, o entendimento da empresa impugnante não pode prosperar. Aliás, o critério de julgamento foi objeto de análise pelos órgãos setoriais do Tribunal, em especial, pela Secretaria de Controle Interno, inclusive com a chancela da Assessoria Jurídica.

6. Ademais, o item 4.2 do Edital determina o registro da proposta considerando uma fórmula que permite a cotação de percentual de desconto sobre o preço do combustível e de percentual de acréscimo a título de taxa de administração, conforme transcrição abaixo:

“4.2. Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, a licitante deverá consignar, em campo adequado do sistema eletrônico, o valor resultante da aplicação da fórmula abaixo:

$$100 \times (1 - P) \times (1 + T) = K,$$

onde: P = percentual de desconto sobre o preço do combustível;

T = percentual de acréscimo referente a Taxa de Administração; e

K = preço global

4.2.1 O percentual de acréscimo referente à taxa de administração deverá ser aplicada sobre o valor mensal total de gastos com combustíveis, já considerados e inclusos os tributos, tarifas, materiais, cartões eletrônicos e todas as despesas decorrentes da execução do objeto;

4.2.2. O percentual de desconto é opcional: a licitante poderá ofertar percentual de desconto igual a zero.

4.2.3 O percentual de acréscimo referente à taxa de administração, ao final da fase de lances, não poderá ser maior que 8,5%. “

7. Assim, a empresa contratada será remunerada pelos serviços prestados considerando a aplicação do percentual de acréscimo que

cotar na licitação, o qual incidirá sobre o valor total mensal de gastos com combustíveis. **Já o percentual de desconto, que é opcional, incidirá sobre o preço do combustível na bomba.**

8. Não procede, portanto, a alegação da licitante de que a contratada terá que pagar ao órgão contratante para prestar-lhe um serviço.

9. Administrativamente, há precedentes no âmbito das licitações, a exemplo do Pregão Eletrônico STF nº 106/2007 - Contratação de empresa para realizar intermediação de serviços de assistência médico-hospitalar e de serviços auxiliares de diagnóstico e terapia aos beneficiários do plano de assistência à saúde e benefícios sociais do Supremo Tribunal Federal – STF-MED, onde foi aplicada a formulação matemática de forma semelhante.

(...)

13. Ademais, o preceito contido no artigo 48, §1º da Lei nº 8.666/1993, nem a legislação de regência, não têm o condão de afastar decisões administrativas de vanguarda e que estão em consonância com os princípios licitatórios da vantajosidade, da economicidade, ou seja, do ideário da licitação que é o menor preço.

(...)

CONCLUSÃO

Posto isto, e com base em tudo que dos autos consta, com fundamento no art. 18, §1º, do Decreto nº 5.450/2005 e na Seção XXI do Edital, julgo improcedente o pedido de impugnação, mantendo-se a data de abertura para o dia 28/1/2008, às 14 horas.

Brasília, 25 de janeiro de 2008.

Leonora Campos Alcântara Pregoeira

Segundo os doutrinadores Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti o critério taxa reflete a disputa, ganhando aquele que oferta o maior desconto (taxa negativa):

“De acordo com esse critério de julgamento, vence a licitação a empresa que oferece a menor taxa de administração, podendo ser, inclusive, de 0% (zero por cento) ou negativa, como admitido no Acórdão nº 552/2008, Plenário, que assim assentou: 9.2.1. [...] a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93”.

Dentro deste quadro, de rigor que os descontos devem ser admitidos na licitação em pauta, por ser um **direito líquido das licitantes de ofertar descontos**, o que

vem de encontro com a necessidade do órgão de obter a proposta mais vantajosa, mas, diante da omissão do edital, corre-se o risco desse direito ser inviabilizado.

Veja, ao estipular que não será aceita taxa negativa, a Administração diretamente está impondo que será aceito um preço mínimo, ou seja, tal previsão além de ilegal, afasta a competitividade uma vez que haverá empate entre os *players* e não bastando afasta a melhor proposta.

3. DOS PEDIDOS

Diante todo exposto, requer ao Nobre Pregoeiro(a) que receba a presente Impugnação e suspenda o certame, para que proceda as correções apontadas.

Caso não seja este o entendimento de Vossa Senhoria, sejam fornecidas cópias do processo administrativo, com o fim de que a impugnante possa adotar as medidas cabíveis perante os órgãos de controle externo.

Termos em que pede deferimento.

Buri/SP, 17 de setembro de 2024.

**MARCIO DINIZ
DOS SANTOS**

Assinado de forma digital por
MARCIO DINIZ DOS SANTOS
Dados: 2024.09.17 16:53:27 -03'00'

LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA.

Márcio Diniz dos Santos

OAB/SP 455.008



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE GRAVATÁ

EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 028/2024

TICKET SOLUÇÕES HDFGT S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 08.273.364/0001-57, situada na Rua Machado de Assis, n. 50, Prédio 2, Santa Lúcia, em Campo Bom – RS, telefone (51) 3920-2200, ramal 1063, e-mail: licitacoes@edenred.com, vem, respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, **IMPUGNAR** o edital da licitação supracitado, mediante os fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – SÍNTESE DOS FATOS

Está marcada para o dia 04 de julho de 2024, a realização do certame acima mencionado que tem por objeto escolha da proposta mais vantajosa para *"CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA para a prestação de serviços continuados de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis (gasolina comum, gasolina aditivada, álcool/etanol, diesel comum e diesel S-10, arla 32), através de implementação e/ou operação de sistema informatizado e integrado com tecnologia e utilização de cartão magnético ou cartão eletrônico tipo "smart" com "chip" (ou com tecnologia similar), disponibilizado em rede especializada e credenciada, pelo prazo de 12 (doze) meses, para atender as necessidades das SECRETARIAS MUNICIPAIS DE ADMINISTRAÇÃO e de ASSISTÊNCIA SOCIAL E JUVENTUDE/FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE GRAVATÁ, nas condições e exigências estabelecidos no Termo de Referência, que integram o presente Edital."*

Ocorre que, o instrumento convocatório desta licitação contém especificações que são inaplicáveis ao objeto ora licitado, considerando suas particularidades, e tais exigências limitam a participação de um maior número de empresas, prejudicando, assim, o propósito maior da Licitação que é a **busca pela proposta mais vantajosa**





para a Administração, por meio da ampla disputa, conforme discorreremos a seguir.

II - RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Especificamente, a presente impugnação abordará a exigência restritiva de qualificação econômico-financeira;

II.1. Da Exigência Restritiva de Qualificação Econômico-Financeira

Conforme acima mencionado, no Edital em comento as exigências de qualificação econômico-financeira afrontam não só a legislação em vigor, mas, ainda, a orientação sistematizada e reiterada dos Tribunais de Contas.

II.2. Das Previsões Editalícias

Nesse sentido, aponta-se que o Edital ora impugnado contém exigência restritiva da ampla competição, a qual está diretamente relacionada aos seguintes itens da exigência de qualificação econômico-financeira, vejamos:

14.5.3. Comprovação da boa situação financeira da licitante através do cumprimento dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente, resultantes da aplicação das fórmulas abaixo, nos valores indicados:

Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo

LG = ----- igual ou superior a 1

Passivo Circulante + Passivo Não Circulante
Ativo Total

SG = ----- igual ou superior a 1

Passivo Circulante + Passivo Não Circulante
Ativo Circulante

LC = ----- igual ou superior a 1
Passivo Circulante

Posto isto, depreende-se que o referido Edital **deixa de prever alternativa em relação à qualificação econômico-financeira.**





No ponto, salienta-se que o certame deveria referir que, ALTERNATIVAMENTE, quando as empresas participantes da licitação não apresentarem resultado igual ou maior que 1 (um) nos índices constantes da cláusula editalícia, a qualificação econômico-financeira se daria por meio de comprovação de Capital Social ou de Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% do valor da proposta apresentada pela licitante ou, ainda, pela apresentação de garantia substitutiva em percentual equivalente a 10% (dez por cento) do valor da sua proposta.

II.3. Dever de Ampliação do Certame

Nesse sentido, ressalta-se que a Administração Pública deve trabalhar com o escopo de obter sempre o maior número de propostas possíveis, na busca da que lhe seja mais vantajosa, conforme disposto no Decreto Federal nº 3.555/2000, que regulamenta a licitação na modalidade pregão. Vejamos.

“Art. 4º A licitação na modalidade de Pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas.

*Parágrafo único. **As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.**”*
(grifou-se)

Destarte, evidente que a peça editalícia caminha em sentido contrário ao interesse público, posto que as cláusulas de qualificação econômico-financeira limitam o universo de competidores e, assim, restringem o caráter competitivo em violação clara ao Decreto acima colacionado.





Além disso, o artigo 32 da Lei 13.303/2016, contém previsão expressa acerca da obtenção de maior vantagem competitiva nas licitações por ela regidas. Senão vejamos:

“Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

*(...) II - **busca da maior vantagem competitiva** para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;” (grifou-se)*

Outrossim, mesmo sabendo que a Lei que rege o Edital em questão é a Lei 13.303/2016, a Lei Geral de Licitações é sempre aplicada subsidiariamente, nesse sentido.

A Lei 14.1333/2021¹ disciplina que toda licitação deverá resguardar o interesse público, utilizando-se, para tanto, a garantia da participação total, ampla e irrestrita das pessoas que se fizerem interessadas.

¹ Lei 14.133/2021 – “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do [Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 \(Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro\)](#).”

(...) Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

- a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;
- b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;
- c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;”





Isso quer dizer, ressalvado interesse na preservação do erário público, **a licitação deve ser conduzida de modo a ampliar a participação do particular, oportunizando de forma igualitária que aqueles detentores de capacitação elementar à execução do objeto licitado, possam concorrer para a satisfação daquele interesse público.**

Tal entendimento é sedimentado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Vejamos:

"Abstenha-se de incluir cláusulas em edital que venham a impor ônus desnecessários aos licitantes, (...) por implicar restrição ao caráter competitivo do certame, em violação ao art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993." (Acórdão 1227/2009 Plenário)

"É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames." (Acórdão 539/2007 Plenário)

Insta salientar que o entendimento acima colacionado, em que pese trate da Lei n. 8.666/93, aplica-se também à Lei 14.133/2021, eis que carrega princípios idênticos, conforme já mencionado.

Somado a isso, a Lei nº 14.133/21 contém a seguinte disposição acerca da demonstração de saúde financeira das licitantes, vejamos:

*"Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, **e será restrita à apresentação da seguinte documentação:***

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

(...) § 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.





§ 2º Para o atendimento do disposto no **caput** deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

(...) § 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (grifou-se)

A utilização, apenas dos índices como critério de habilitação econômico-financeira, sem a previsão de demonstração alternativa, não é prática usual nos Editais de licitação do país. Usual no sentido de comum, exigida por todos, sem que pudesse afastar a competitividade.

Por conseguinte, não pode este órgão licitante, a um só tempo, direcionar a licitação e restringir a competitividade, por conta disso, a tantas outras. A questão é de singela solução!

Nesse sentido, insta salientar, mesmo que as licitantes não atinjam as avaliações desejadas pela Administração, ainda assim, há possibilidade de substituição por outros critérios igualmente válidos a demonstrar a saúde financeira das empresas, em especial para ampliar a competição no certame.

Analisa-se alguns exemplos, conforme o caso em tela, mencionados apenas a título ilustrativo:

Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Secretaria de Gestão

“(...) Art. 24. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no art. 22º desta Instrução Normativa, quando da habilitação, deverão





comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, para fins de contratação."

"EDITAL – PE N. 006/2023 – SEGER/ES - REGISTRO DE PREÇOS PARA GERENCIAMENTO DO ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS E DA MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DA FROTA OFICIAL (...). 1.4.2.2 - Os **licitantes que apresentarem resultado menor do que 1,00 (um) em qualquer dos índices** referidos **serão considerados habilitados se**, conjuntamente com os documentos de habilitação, **comprovarem patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) ou prestarem garantia equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação**, considerado o período de doze meses, na forma dos §§ 2º e 3º do artigo 31, e do § 1º do art. 56, ambos da Lei 8.666/93, respectivamente)." (grifou-se)

"EDITAL – PE N. 0024/2021 – ESTADO DO PARÁ - SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO E GERENCIAMENTO INFORMATIZADO DE FORNECIMENTO CONTÍNUO E ININTERRUPTO DE COMBUSTÍVEIS E AGENTE REDUTOR LÍQUIDO AUTOMOTIVO (ARLA 32), EM REDE DE POSTOS CREDENCIADOS EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL, PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES E EQUIPAMENTOS INTEGRANTES DA FROTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DO PARÁ –

(...) 11.1.1 **Caso a empresa apresente resultado menor ou igual a 1 (um), em qualquer dos índices referidos**, ou que não conste o cálculo dos índices no SICAF, a **licitante deverá comprovar por meio do Balanço Patrimonial possuir Capital Social no percentual mínimo de 5%** (cinco por cento) do valor orçado para o Item único.

11.2. **Comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% do valor estimado da contratação**, por meio da apresentação do Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, apresentados na forma da Lei, exceto se já tiver contemplado no SICAF, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizado por índices





oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta." (grifou-se)

"Edital - PE nº 09/2023-SECOM/DICON/CGAD/DLOG/PF - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO E GERENCIAMENTO, POR MEIO DE SISTEMA INFORMATIZADO, PARA FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS, ÓLEOS, FILTROS LUBRIFICANTES, SERVIÇOS DE LAVAGENS E DE BORRACHARIA, DE MANUTENÇÃO...

(...) 9.10.4. **As empresas que apresentarem resultado inferior ou igual a 1(um) em qualquer dos índices** de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), **deverão comprovar patrimônio líquido de dez (10%) do valor total estimado da contratação ou do item pertinente.**" (grifou-se)

Depreende-se, portanto, dispensável a exigência de Índices de Liquidez Geral (ILG) para a licitação em comento, quando apresentada **comprovação de Capital Social ou de Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% do valor da proposta da licitante ou, ainda, pela apresentação de garantia substitutiva em percentual equivalente a 10% (dez por cento) do valor da sua proposta**, eis que tais indicativos já demonstram a saúde financeira das empresas licitantes.

II.4. Da Comprovação de Capacidade Econômico-Financeira

Diante disso, o não atendimento aos índices contábeis exigidos não indicam a inidoneidade financeira do licitante desde que o Patrimônio Líquido garanta o adimplemento contratual.

Ao examinarmos a Lei n. 13.303/16, verifica-se que nela não há qualquer referência específica em relação às exigências que comprovem a capacidade econômico-financeira das empresas licitantes.

No ponto, rememora-se que a redação do disposto no artigo 69, § 4º, da Lei n. 14.133/21, refere-se aos índices contábeis que podem ser exigidos no edital para aferir a qualificação econômico-financeira,





limitando-se à “demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato”.

No sentido de aplicabilidade das previsões do dispositivo supracitado quando o Edital é omissivo, rememora-se trecho de relatório do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Vejamos:

*“Entretanto, **quando a garantia não for exigida no edital**, como é o caso do Pregão Eletrônico nº 22/01234, **o Regulamento traz uma solução: caberá ao licitante prestar garantia em percentual de 10% (dez por cento) do valor do contrato, que se acredita ser o valor estimado pela Unidade Gestora, apesar da confusa redação do dispositivo legal.**”²*

Outrossim, o Plenário do Tribunal de Contas da União aprovou o enunciado da Súmula nº 289 que consolida entendimento diversas vezes adotado em sua jurisprudência sobre a demonstração da capacidade financeira dos licitantes. Vejamos:

“A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.”

Vale notar que os dispositivos legais mencionados e o texto da Súmula-TCU nº 289 decorrem do art. 37, XXI³, da Constituição Federal, o qual preconiza o princípio de exigência das garantias mínimas.

A lei nº 14.133/2 concede ao gestor público a possibilidade de eleger, caso a caso, os índices mais adequados à contratação. No entanto, conforme estabelecido na Súmula nº 289 do TCU, a exigência

² TCE/SC - PAP 23/80006800, UNIDADE TÉCNICA: Divisão 5 - DLC/CAJU/DIV5, RELATÓRIO Nº: DLC - 84/2023

³ CF – “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;**”





dos índices contábeis escolhidos somente se legitimará se houver justificativa no processo de licitação.

"o fato de a lei não fixar o limite do índice a ser adotado não afasta a responsabilidade do gestor por sua definição, que não pode ser aleatória, nem depender de simples 'palpite' do administrador público." (TCU. Acórdão nº 932/2013 – Plenário).

Além das necessárias justificativas, informa o enunciado que a opção deve se pautar em parâmetros utilizados no mercado e, como dito, atender às características do objeto licitado.

Por outro lado, a escolha administrativa não pode comprometer a competitividade do certame. Deve o órgão licitante adotar critério que possa ser considerado confiável e que, ao mesmo tempo, possibilite a participação de um número razoável de empresas integrantes do mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação.

Posto isto, depreende-se que o objetivo da Administração não é inserir no Edital o maior número de exigências possíveis, mas apenas aquelas suficientes a revelar a capacidade financeira do licitante.

Por conseguinte, o que importa para o Poder Público é a garantia de cumprimento do contrato. Logo, se apenas uma das exigências forem satisfeitas e esta permitir à Administração assegurar o cumprimento das obrigações contratuais, restará atendido o espírito da Lei de Licitações.

Sobre o tema, leciona Marçal Justen Filho:

*"O TCU vem manifestando orientação no sentido de evitar a consagração de exigências amplas, no tocante à qualificação econômico-financeira. Assim, há decisão no sentido de que **apenas quando os índices do balanço patrimonial não forem iguais ou inferiores a 1, é que a licitante deverá comprovar que***



possui capital mínimo ou patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação e vice-versa."⁴(grifou-se)

O Tribunal de Contas da União é bastante específico nessa situação, tratando inclusive da mesma maneira como está sendo proposto na presente impugnação, pois há segmento específico da atividade econômica apto a atender à natureza e as características especificidades do objeto a ser contratado e que está sendo restringido indevidamente. Vejamos:

"(...) 30. Poder-se-ia conjecturar, numa leitura favorável à legalidade do edital, que o item 52.4.7, que estabelece a obrigatoriedade de comprovação do capital social integralizado (fls. 14 do Anexo), presta-se, exclusivamente para valorar a exigência requerida pelo item 52.3.2, **que exige, para as empresas que apresentarem índices contábeis iguais ou inferiores a 1, a comprovação de possuírem capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não inferior a 10% da soma do valor total de sua proposta, de cada lote**".. (TCU – Acórdão 1871/2005 – Plenário) (grifou-se)

"REPRESENTAÇÃO. **IRREGULARIDADES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO DE TOMADA DE PREÇOS QUE RESTRINGIRAM O SEU CARÁTER COMPETITIVO.** DETERMINAÇÕES. MULTA ... Relatório do Ministro Relator Adoto, como relatório, a instrução do Auditor Federal de Controle Externo: **O dispositivo do Art. 31 da Lei 8.666/93 deixa quatro alternativas ao administrador assegurar-se de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o ajuste a ser celebrado: a) Índices contábeis iguais ou superiores a 1,0; b) capital social mínimo; c) patrimônio líquido mínimo ou d) prestação de garantia, limitada a 1% do valor estimado para o contrato. Tais hipóteses não são cumulativas,** mas permitem uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pág. 475

a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei. (TCU – Acórdão 6613/2009 – Primeira Câmara) (grifou-se)

“REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU

82. Para que se obtenha a proposta mais vantajosa é necessária a especificação do produto ou serviço adequada às reais necessidades da Administração e a formulação de exigências de qualificação técnica e econômico-financeira que não restrinjam a competição e propiciem a obtenção de preços compatíveis com os de mercado, mas que afastem empresas desqualificadas do certame.

85. No intuito de conhecer a abrangência das exigências de qualificação econômico-financeira nos processos licitatórios para contratação de serviços terceirizados foram, consultados editais de vários órgãos federais e percebeu-se que, embora a legislação permita exigência maior, somente tem-se exigido a comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando quaisquer dos índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral são iguais ou inferiores a 1 (um).

86. Ocorre que, via de regra, as empresas não apresentam índices inferiores a 1 (um), **por consequência, também não se tem exigido a comprovação do patrimônio líquido mínimo, índice que poderia melhor aferir a capacidade econômica das licitantes.**” (TCU – Acórdão 1214/2013 – Plenário) (grifou-se)

Nota-se, assim, ser corrente nos certames a exigência de apresentação de tais índices no valor igual ou superior a 1,0, **ALTERNATIVAMENTE** Patrimônio Líquido ou Capital Social no patamar de 10% do valor do Contrato, ou, ainda, somente a aceitação de garantia contratual como suporte de contrato, conforme já assentado na doutrina e na jurisprudência.



Não se olvide que essa nobre Administração é quem tem a palavra sobre as exigências fixadas em edital. Não pode, todavia, utilizar de requisitos que restringirão – ou até mesmo inviabilizarão a participação no torneio, como está a ocorrer neste caso – sem a menor necessidade para tanto.

Observe-se que não se pleiteia a inexistência de critérios ou regras para a habilitação de licitantes. Eles devem sempre existir.

Visa-se apenas à ampliação da competitividade e ao atendimento aos objetivos previstos na Lei e na Constituição Federal sobre o tema, de modo que essa Administração selecione a proposta mais vantajosa para o Poder Público, com a possibilidade de se comprovar a solidez financeira com as demais garantias tanto de patrimônio líquido ou de capital mínimo, assegurar-se-á a ampla competição a este mercado específico e ainda protegerá a Administração, atingindo o objetivo da exigência da qualificação econômico-financeira.

Sendo assim, postula-se pela reformulação do item questionado do edital, exigindo a apresentação **alternativa** de patrimônio líquido/capital social igual ou superior a 10% do objeto do edital ou, ainda, somente a aceitação de garantia contratual como suporte de contrato quando não atingidos índices no valor igual ou superior a 1,0, além da apresentação da justificativa prévia a respeito das exigências de índices contábeis de capacidade econômico-financeira contidos no Edital para prestação dos serviços ora licitados, conforme recomendação exarada pelo tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em maio de 2023⁵.

II.2 ..DA MÉDIA ANP

Primeiramente, importante ressaltar que o serviço pretendido – gestão de frota – constitui-se em um sistema tecnológico integrado, que se apresenta com duas funcionalidades básicas: ferramenta de controle e gestão

⁵ TCE/SC – “PROCESSO N.: @PAP 23/80006800, RELATÓRIO E VOTO: GAC/AMF – 157/2023





e meio de pagamento do consumo, cuja utilização dispensa o condutor da obrigatoriedade de pagar o combustível no ato do abastecimento, bem como, preencher recibos, planilhas de controle que comprovem a efetivação do procedimento, haja vista que o mecanismo de captura de informações (cartão e terminal de leitura) que integra o sistema encarregar-se-á de liberar a transação, além de registrar todas as informações necessárias (referentes aos veículos, ao condutor, ao posto e ao próprio abastecimento), para o posterior reembolso do combustível utilizado.

O Edital traz as seguintes exigências:

6.39.4 Na ausência de preços fornecidos pela ANP, deverá acompanhar o preço médio praticado pela rede credenciada nas localidades de maior demanda da Administração a fim de verificar se ele está em conformidade com os preços praticados pelos postos da região. Havendo sido observado que o preço praticado pela rede credenciada está muito superior ao preço praticado pelo mercado, a fiscalização deverá notificar a contratada para que ela credencie outros postos, em um prazo máximo de 15 (quinze) dias a fim de que o preço médio da rede de postos/fornecedores credenciada seja reduzido ao mesmo patamar do preço médio cotado pelo fiscal do contrato, sob pena de multa.

Verifica-se que tais exigências, além de onerar de forma desproporcional a gerenciadora licitante, prejudicando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação, tais especificações são inaplicáveis ao objeto ora licitado, considerando suas particularidades, cuja exigência e manutenção limitam a participação de um maior número de empresas, prejudicando assim o propósito maior da Licitação que é a **busca pela proposta mais vantajosa para a Contratante**, através da ampla disputa, conforme discorreremos a seguir.

Em referência aos itens impugnado, **a Administração pagaria o menor dos valores entre o de bomba e o médio publicado pela ANP.**

Para realização dessa diretriz (preço limitado a média ANP) há duas possibilidades de metodologia que podem ser adotadas pela Administração: na 1ª opção o gestor/fiscal do contrato verifica os valores praticados pelos estabelecimentos credenciados, e assim determina em quais postos os usuários deverão realizar os abastecimentos, realizando tal mister





periodicamente, a fim de emitir a relação daqueles com menores preços por combustível, nos quais os veículos serão autorizados a abastecer; ou na 2ª opção podem abastecer em qualquer posto, independentemente de travas do sistema de gestão, glosando após o abastecimento as diferenças de valores pagos da empresa gerenciadora licitada, como se fosse a própria fornecedora de combustível.

É preciso ressaltar que os valores informados pela ANP são informativos, cuja metodologia consiste em selecionar um número aleatório de postos (em alguns casos um único posto) conferindo um panorama dos valores praticados pelos postos em determinada localidade (Município, Estado ou do País), tratando-se por tanto de sistema de levantamento de preços. Assim, os valores extraídos não constituem em tipo de tabelamento de preços, nem fixação de valores máximos e mínimos ou exigência de autorização oficial prévia para reajustes de preços dos combustíveis em qualquer etapa da comercialização. Visa na verdade, analisar indícios de prática anticoncorrenciais.

Como forma ainda de melhor visualizar o que se informa no parágrafo acima, temos abaixo a pesquisa de mercado comparando o preço real do combustível no **Estado de Pernambuco** com toda base de postos disponíveis no Estado e a pesquisa da ANP com número infinitamente inferior e já defasado. Conforme é possível visualizar a discrepância entre preços é real e visível:

DIESEL	MÉDIA ANP	MÁXIMA ANP	DIESEL S10	MÉDIA ANP	MÁXIMA ANP	ETANOL	MÉDIA ANP	MÁXIMA ANP	GASOLINA	MÉDIA ANP	MÁXIMA ANP
6,27	6,00	6,08	6,32	5,97	6,28	4,86	4,70	4,98	6,30	6,02	6,15

No entanto, equivocadamente e invertendo a finalidade do levantamento realizado pela Agência, tem os órgãos se apropriado da constatação da ANP e utilizado os resultados extraídos para realizar espécie de tabelamento, onde a contratada deverá substituir o preço praticado na bomba pelo preço **médio** mensal disponibilizado pela ANP ou se o preço do combustível praticado na rede credenciada esteja acima do preço **médio** cotado pela ANP, **obrigatoriamente credenciar novos postos de combustíveis, num prazo razoável, de modo que o preço da rede credenciada seja reduzido, no máximo, ao mesmo patamar do preço médio cotado pela ANP.**

Em ambos os casos, fica impossível cumprir o avançado. No primeiro, porque terá que arcar com um custo que não provocou, gerando





obrigação desproporcional de arcar com a diferença de custo. E no segundo, porque **não pode obrigar que os estabelecimentos credenciados aceitem a exigência de vender conforme referência da ANP.**

Mais uma vez cabe enfatizar que as disposições do Edital no que tange a vinculação do preço do serviço ao preço do combustível encontra sérias restrições legais. Isto porque, **somente a rede credenciada, fornecedora de combustível, pode ser responsável por sua ação ou omissão na prática dos preços dos combustíveis, vez que os licitantes não podem assumir atos ou atitudes de terceiros.** Algo que inclusive encontra óbice na Súmula nº 15, do Tribunal de Contas de São Paulo pacificou que: *"Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa"*.

Ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive na Lei de Licitações ou na doutrina administrativa especializada, não existe previsão para que a tabela de referência de preços divulgada pela ANP seja utilizada como teto indenizatório nos contratos administrativos. Ao contrário: a existência de princípios gerais de direito civil e direito administrativo vedam a adoção de qualquer conduta pelo licitante que tenda a desequilibrar a equação econômico-financeira do contrato.

Nesse sentido e a título de ilustração, apresentamos uma situação análoga ao caso em comento: é sabido que o Governo Federal divulga os preços médios da cesta básica. Assim, imaginemos um edital em que é licitado o fornecimento de vale alimentação, devendo ser condicionado o pagamento aos preços médios dos alimentos. Nesse sentido, a empresa contratada deveria ser responsável por cada supermercado que praticasse o preço superior àquele divulgado pelo Governo, Estado ou Município, o que, por óbvio, não é sua responsabilidade!

Lado outro, a vinculação ao preço da ANP torna impossível o adequado cumprimento do Edital, mormente porque os órgãos normalmente quantificam o número de rede e grande parte dos postos se recusam a vender pelos preços estabelecidos pela Agência.

Ademais, a Lei Federal nº 9.478/97 flexibilizou o monopólio do setor de petróleo e gás natural, tornando aberto o mercado de combustíveis no país. Os postos são administrados por pessoas jurídicas distintas e autônomas, que podem praticar margens variáveis conforme seus planos comerciais, visto que





os preços não são tabelados nem estão sob controle governamental, tampouco podem ser controlados pela Gerenciadora que não é proprietária de sua rede credenciada.

Em apertada síntese, resta a gerenciadora, ou “travar” consumos que superem o valor da tabela referencial ANP (o que gera impacto sobre o tamanho da rede disponibilizada ao ente/órgão, causando danos de ordem ambiental e legal), ou como tem acontecido, a Gerenciadora tem sido responsabilizada pela diferença entre o preço praticado pelo posto e a tabela ANP, sendo obrigada a arcar com **“obrigação de fazer impossível”**, ao arrepio do art. 248 do Código Civil.

Sobre o tema “obrigação impossível” o STJ tem decidido:

*A ministra Isabel Gallotti admitiu o processamento de reclamação proposta por uma revendedora de carros contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Rio de Janeiro. **Segundo a empresa, a decisão contraria a jurisprudência do STJ, pois manteve condenação cujas determinações são impossíveis de cumprir.***

[...]

*Para a ministra Isabel Gallotti, ainda que a divergência apontada pela reclamação não seja baseada em súmula ou recurso repetitivo, **a decisão é absurda, pois impõe à empresa obrigações que dependem da vontade de terceiro, tornando impossível o seu cumprimento.***

Processo: Rcl 6587

A impossibilidade de fixação de preço por parte das Gerenciadoras dos preços dos combustíveis de sua rede credenciada, bem como a ausência de compromisso da Administração em buscar os valores nos postos que estejam de acordo com a exigência do edital referente a limitação máxima de valor de combustível **(aceitando, por consequência, a redução de postos aptos a realizarem a transação dentro dos parâmetros contidos no Edital)** prejudica a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.





Ainda, o argumento de que a cláusula editalícia que visa utilizar o preço médio cotado pela ANP, representa maior economicidade ao órgão também não merece prosperar. Isso porque, quando o órgão limita o sistema gerenciador pelo valor de referência da ANP, limita demasiadamente o universo de fornecedores aptos a fazer parte da rede credenciada.

Além de muitas vezes impossibilitar o cumprimento da obrigação, o órgão torna a operação mais dispendiosa, uma vez que aumenta a distância de deslocamento do veículo, o que faz com que tenha um custo com combustível ainda maior.

Exemplificadamente: suponhamos que o veículo esteja no Centro Administrativo do órgão e na esquina exista um posto de combustível que ofereça valor de referência de diferença de R\$ 0,01 centavo do preço médio da ANP, o que é muito comum. Suponhamos ainda que o posto credenciado mais próximo e que atenda o preço de referência está localizado há 7 Km da unidade. Ora, o órgão irá gastar só com o abastecimento do veículo, no mínimo 01 litro de Combustível o que representa aproximadamente R\$ 3,92. E terá que fazer isso todas as vezes que for abastecer.

Desnecessário frisar que **tal prática ofende o princípio da sustentabilidade que deve ser levada em conta no amplo conceito de vantajosidade:**

*[...] um processo pelo qual as organizações tendem a satisfazer as suas necessidades de bens, serviço, obras e serviços públicos de **uma forma que agregue valor para o dinheiro em uma base de toda a vida em termos de geração de benefícios, não só para a organização contratante, mas também para a sociedade e a economia, enquanto minimiza os danos para o ambiente.** Compras sustentáveis devem considerar as consequências ambientais, sociais e econômicas de: projeto; utilização de materiais não renováveis; fabricação e métodos de produção; logística; serviço de entrega; uso; operação; manutenção; reutilização; opções de reciclagem; disposição; e capacidades dos fornecedores para lidar com essas consequências em toda a cadeia de*





abastecimento. (Departament for Enviroment Food and Rural Affairs, 2006, p. 10)

Obviamente, e pelo exemplo exposto, extrai-se que o “barato sai caro” e que a economicidade é na prática claramente ilusória e perceptível inclusive pelos motoristas dos entes licitantes.

Há de se frisar que os controles externos também cumprem um papel importante de balizadores; exemplo disso é o fato de o Tribunal de Contas da União ter passado a cobrar, desde 2010, a apresentação de indicadores socioambientais de sustentabilidade pelos órgãos federais em suas prestações de contas anuais (TERRA, A. C. P. *Compras públicas inteligentes: um modelo de análise estratégica para a gestão das compras públicas – estudo de caso do instituto do meio ambiente e dos recursos hídricos do distrito federal*. 2016. 251 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública em Rede Nacional) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2016.).

Mas não é só. **O princípio da eficiência também é violado uma vez que o tempo de percurso maior impede que outras atividades públicas possam ser desempenhadas.**

Desta forma, a presente impugnação busca estabelecer critérios mais claros e possibilitar mecanismos de controle ou *enforcement* que diminuam os esforços percebidos não somente de gestão, mas também de “persuasão” acerca da importância de se adotar tais critérios socioambientais, eficiência e ampla vantagem, pois a mera manutenção da tabela ANP não é instrumento lido para alcançar todos os parâmetros contidos em Lei.

Conforme se extrai do instrumento convocatório, ao final de cada mês, a empresa a ser contratada deverá, para fins de fechamento da fatura mensal, considerar o valor de cada abastecimento como sendo o preço à vista praticado pelo estabelecimento (preço de bomba).

Também, a metodologia utilizada pela ANP para extrair o preço médio de referência, toma como parâmetro apenas o preço à vista.

Todavia é público e notório que quase todas as licitações são licitadas a prazo, como no caso em tela, sendo 30 dias o período de apuração e mais 30 dias para a liquidação, ou seja, **a transação que foi realizada no primeiro dia do mês é liquidada em 60 dias.**





Sendo assim, o uso da tabela referencial divulgada pela ANP é conduta danosa do ponto de vista financeiro, que impõe o desequilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo, a medida que há defasagem considerável de valores entre o valor constante da tabela e o valor que efetivamente se pagou na bomba no ato de abastecimento, desequilíbrio econômico esse seja em razão da alta dinamicidade do setor de combustíveis que recai sobre o preço do produto final.

No caso do valor do abastecimento (preço de bomba) ser superior ao preço médio da ANP, **o valor da bomba deverá ser desconsiderado e se adotará a médio da ANP, o que evidentemente causa prejuízo a empresa contratada.**

Prejuízo esse que ela não deu causa!

Em ocorrendo a diferença entre o preço do combustível aferido na bomba, no momento do abastecimento, e o valor apontado na tabela da ANP – seja em razão da metodologia adotada ou seja em relação a diferença temporal entre os preços aferidos – não poderá, por todo o exposto a Gerenciadora arcar com este prejuízo ou ocorrerá a quebra da equivalência entre as prestações e o desrespeito à equação econômico-financeira do contrato.

É farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer a incidência do princípio da conservação do equilíbrio econômico-financeiro sobre os contratos administrativos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO. EMPREITADA. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. (...). A alteração do preço deve guardar uma relação direta de proporcionalidade com o aumento/diminuição quantitativa do objeto, sob pena de desequilíbrio econômico-financeiro da avença. Não pode a embargante arcar com custos que não existiram, simplesmente porque a contratação foi realizada por preço global, as condições reais devem prevalecer sobre o que foi avençado. (...) Deve ser aplicada na espécie os princípios que regem a boa-fé objetiva nos contratos quando o silêncio intencional de uma das partes a respeito





do fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado constitui omissão dolosa (art 47, CC/02).⁶

D´outra borda, como explicitado no tópico anterior, a simples trava proibindo o abastecimento em posto de combustível acima do preço máxima, além de impactar diretamente no quantitativo da Rede disponível, fere os princípios da sustentabilidade, eficiência, real vantajosidade, entre outros.

Assim, é nítida que a imposição do uso da tabela de preços da ANP (média ANP) afronta ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, da boa-fé objetiva e das limitações aos poderes exorbitantes da administração pública no contrato administrativo. Na verdade, além de realizar a gestão de frotas, o órgão aumenta o escopo do objeto licitado, **obrigando o Contrato de forma involuntária e desproporcional a regular também os preços dos combustíveis e mais: arcar com prejuízo ao qual a Gerenciadora não deu causa.**

Com o exposto acima, resta evidente que a melhor solução é o limitador de preços ser definido pelo Gestor do Contrato, primeiramente por essa obrigação poder ser cumprida pela própria administração, visto que o sistema oferecido pela gerenciadora permite a parametrização dos valores. De forma alternativa, a alteração do limitador de preço para a máxima ANP, uma vez que o edital, como se encontra, acaba por criar uma “média das médias”, ou seja, quando o valor é inferior ao ANP, se paga valor menor, mas quando é superior, cabe a empresa, mera gestora da frota, arcar com essa diferença de preço.

Assim, a rigor e na média, a Administração tem abastecido por valor inferior a própria ANP (que por sua própria natureza, como demonstrado não deve ser considerado um balizador confiável para o que se propõe em licitações), com prazos de pagamento dilatado no tempo (em média 60 dias), e, em muitas vezes sem sequer se preocupar com o preço praticado pelo posto de combustível, pois trata o sistema de gestão de frotas, quase que como um seguro, que garantirá o preço ANP, aconteça o que acontecer.

Com a alteração solicitada, além de conferir objetividade ao julgamento das propostas (uma vez que qualquer proposta que contemple

⁶ STJ, 2ª Turma, REsp 1670514 Rel. Ministro Herman Benjamin, julg. em 09.06.2015





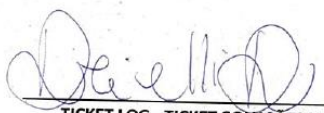
valor superior será desclassificada, não sendo necessário verificar qualquer aspecto casuístico), os licitantes não se sujeitarão a “surpresas” (glosas etc.), **mantendo incólume a boa-fé da relação, e dando azo ao cumprimento dos princípios da sustentabilidade, eficiência, moralidade e real vantajosidade.**

A melhor solução para o caso e principalmente visando **garantir a economicidade e eficiência do objeto licitado** é a alteração dos itens impugnados na formas solicitadas, assim aumentando o número de postos que atenderão a Administração e reduzindo o tempo de circulação dos veículos, visto que os motoristas terão à disposição um maior número de postos para atendimento.

III – DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, requer-se seja a presente impugnação **RECEBIDA, CONHECIDA e PROVIDA INTEGRALMENTE**, para que, ao final, esta Douta Comissão de Licitação **a)** reformule o item do edital que se refere à qualificação de habilitação econômico-financeira, possibilitando a apresentação **alternativa** de patrimônio líquido/capital social igual ou superior a 10% do objeto do edital, ou, ainda, somente a aceitação de garantia contratual como suporte de contrato quando não atingidos índices no valor igual ou superior a 1,0; **b)** além da apresentação da justificativa prévia a respeito das exigências de índices contábeis de capacidade econômico-financeira contidos no Edital para prestação dos serviços ora licitados.

Nestes termos, pede e espera deferimento.
Campo Bom - RS, 17 de setembro de 2024.


TICKET LOG - TICKET SOLUÇÕES HDFGT S/A
DRIELLI DUARTE DA SILVA
RG: [REDACTED]
ANALISTA DE LICITAÇÕES
MERCADO PÚBLICO
TEL: (51) 3920-22 00 – RAMAL: 8267

