

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DA COMPANHIA DE
SANEAMENTO MUNICIPAL - CESAMA

IMPUGNAÇÃO - com fulcro no artigo 24 do Decreto nº 10.024/2019

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 005/22

PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO INFORMADO

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,
inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, 11 - 2º Andar
- Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-
mail: licitacao@primebeneficios.com.br; rayza.monteiro@primebenefico.com.br; por
intermédio de seu procurador subscrito *in fine*, vem, respeitosamente, com base no artigo
24 do Decreto nº 10.024/2019, **IMPUGNAR** o Instrumento Convocatório, consoante
motivos a seguir determinados:

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo para impugnação é de até o 3º dia útil da data fixada para abertura da sessão pública, conforme o **artigo 24 do Decreto nº 10.024 de 2019**:

*Art. 24. Qualquer pessoa poderá **impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública;** (Grifo Nosso)*

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

*Art. 110. Na **contagem dos prazos** estabelecidos nesta Lei, **excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento**, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.
Parágrafo único. **Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.** (Grifo nosso)*

Sendo assim, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com 03 (três) dias úteis de antecedência à data da abertura da licitação (**não se considera horas na contagem do prazo, mas sim o dia de expediente no órgão**), conforme quadro ilustrativo abaixo:

Fim de Semana	Segunda	Terça	Quarta	Quinta
07/05/22 - 08/05/22	09/05/22	10/05/22	11/05/22	12/05/22
	3º dia útil Término da contagem. <u>Inclui-se este dia</u>	2º dia útil	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 do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, contados da sua interposição junto à Administração Pública, **como determina o artigo 24, § 1º, do Decreto nº 10.024 de 2019:**

*“§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, **decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis**, contado do data de recebimento da impugnação.” (Grifo Nosso)*

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

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 12/05/2022, às 09:00 horas, a abertura do Pregão Eletrônico nº 005/22, para o seguinte objeto:

Contratação de empresa especializada em gerenciamento e controle de frota, compreendendo abastecimento de combustíveis (gasolina, óleo diesel e etanol) e manutenções diversas (corretiva e preventiva) (motocicletas, automóveis, utilitários, caminhões, máquinas e equipamentos), para a frota da CESAMA com utilização de cartões eletrônicos microprocessados (chip) através de sistema integrado e informatizado, em tempo real (real time) permitindo a transmissão de dados da movimentação diária por software via internet, divididos nos lotes abaixo, conforme as condições estabelecidas nesta especificação.

Em detida análise ao edital constatou-se **ilegalidades** que afrontam o Comando Constitucional, que determina a realização de procedimento licitatório, e que maculam de forma cabal os princípios norteadores da licitação, pois restringem a

participação de potenciais licitantes, frustrando os princípios da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa.

IV - DOS DESCONTO NO PAGAMENTO ANTECIPADO

A primeira ilegalidade que se constata reside na imposição de desconto quando o pagamento ocorrer de forma antecipada:

“ANEXO III – MINUTA DE CONTRATO
(...)”

8.2. DO PAGAMENTO
(...)”

8.2.7 A antecipação do pagamento só poderá ocorrer caso o serviço tenha sido executado.

8.2.7.1 A Cesama poderá realizar o pagamento antes do prazo definido no item anterior, através de solicitação expressa da Contratada, que será analisada pela Gerência Financeira e Contábil, de acordo com as condições financeiras da Cesama. **Havendo antecipação do pagamento, o mesmo sofrerá um desconto financeiro**, e o índice a ser utilizado será o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC acrescido de 1% (um por cento) ‘pro rata’.” (grifo nosso)

Entretanto, para compreender as condições de pagamento, deve-se buscar o que a lei determina sobre o pagamento dos contratos administrativos.

A primeira observação a ser feita é que a contratante, empresa pública municipal, bem como o edital em tela, são regidos pela Lei nº 13.303/16, Lei essa que não prevê a possibilidade de se realizar “desconto” por eventual antecipação de pagamento, ao contrário da Lei nº 8.666/93, veja-se a diferença das normas:

Lei n.º 13.303/16

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de cada etapa de execução, de conclusão, de entrega, de observação, quando for o caso, e de recebimento;

- V - as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68;*
- VI - os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas;*
- VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos;*
- VIII - a vinculação ao instrumento convocatório da respectiva licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, bem como ao lance ou proposta do licitante vencedor;*
- IX - a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório;*
- X - matriz de riscos.*

Lei n.º 8.666/93

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

- I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;*
- II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;*
- III - sanções para o caso de inadimplemento;*
- IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;*
- V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;*
- VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;*
- VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;*
- VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;*
- IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;*
- X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;*
- XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;*
- XII - (Vetado).*
- XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;*
- XIV - condições de pagamento, prevendo:**
 - a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;*
 - b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;*
 - c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;*

- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;*
- e) exigência de seguros, quando for o caso;*
- XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;*
- XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;*
- XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.*

Assim, denota-se que a Lei que rege o certame não permite a antecipação de pagamento, ao contrário da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Pela leitura do edital, à luz da diferença entre as normas, resta evidente a irregularidade em que incorreu o (a) I. pregoeiro (a), ao fazer constar no instrumento convocatório previsão cuja base legal só se encontra em lei que não rege o presente certame. Ainda assim, este respeitável órgão está tendo entendimento equivocado sobre antecipação de pagamento.

A Lei nº 8.666/93, que possibilita COMPENSAÇÃO por eventual antecipação de pagamento, estabeleceu que o prazo de pagamento não seja superior a 30 dias **da data do adimplemento** da obrigação pela contratada.

Veja-se que é uma condição especial de pagamento não obrigatório, mas, se utilizado, deve ser acompanhado da correspondente atualização de seu valor, desde o dia do adimplemento da obrigação pela contratada.

Trocando miúdos, **a Contratante deve efetuar o pagamento imediatamente após prestação dos serviços**, ou fazê-lo em até 30 dias mediante a atualização do valor devido.

Assim, a referida Lei estabelece que, a partir do dia em que a Contratada cumprir sua obrigação e apresentar a nota fiscal, a Contratante tem o privilégio de efetuar o pagamento em **ATÉ** 30 dias. Isso não significa dizer que há o dever de pagar exatamente no trigésimo dia. O que a Lei prevê é a faculdade de pagar entre o dia 01 e o dia 30, conforme suas regras, desde que o valor seja devidamente atualizado.

A antecipação de pagamento prevista no texto acima não se refere ao adiantamento de pagamento quanto ao prazo de pagamento, pois, como dito acima, a Contratante tem um período para realizar o pagamento, do primeiro ao trigésimo dia após a execução do serviço.

O prazo não é fixo no dia 30, de modo que se o pagamento ocorrer no dia 10 ou 15, por exemplo, não ocorrerá a antecipação do pagamento.

Na verdade, sendo assim, estará ocorrendo o pagamento dentro do prazo normal, repita-se, **até 30 dias** após o adimplemento da obrigação pela contratada.

A antecipação a qual se refere a Lei, está intimamente ligada ao **pagamento prévio ao cumprimento da obrigação** pela contratada, ou seja, justamente quando os serviços ainda não foram prestados, caso distinto ao previsto no edital.

Portanto, a regra geral para pagamento é imediatamente após a prestação dos serviços, vedado qualquer desconto do pagamento devido à contratada **na hipótese dos serviços já terem sido prestados**.

Esta é a interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo, que, aliás, está no mesmo sentido do artigo 65 da Lei nº 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

*c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento**, com relação ao cronograma financeiro fixado, **sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço**;*

Esta foi a intenção do legislador, permitir, em alguns casos, a antecipação do pagamento antes da Contratada ter entregado o produto ou realizado o serviço, caso em que poderá exigir uma COMPENSAÇÃO.

Sendo assim, requer-se a exclusão dos itens 8.2.7 e 8.2.7.1 da Minuta de Contrato, por serem totalmente ilegais (distorção do entendimento quanto à alínea “d” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, que sequer é aplicável ao presente certame).

V - DA INTERFERÊNCIA NA RELAÇÃO DE TERCEIROS REGULADAS PELO DIREITO PRIVADO

Ao analisar o edital, é possível constatar que a Administração tenta, de forma alheia a suas atribuições, limitar e interferir na relação comercial de direito privado estabelecida entre a empresa gestora e seus estabelecimentos credenciados, que irão compor a sua rede, vejamos:

*“TERMO DE REFERÊNCIA
(...)”*

5 - DA DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS

5.21 - A contratada deverá comprometer-se a manter as taxas oferecidas na licitação, enquanto vigorar a prestação de serviço à CESAMA, bem como a de sua rede credenciada na cidade de Juiz de Fora, sendo vedada a correção para maior das taxas acertadas em contrato com cada fornecedor de sua rede após a assinatura do contrato com a CESAMA.

5.22 - A taxa para novos estabelecimentos credenciados a pedido da CESAMA durante a vigência do contrato deverá ser compatível com as taxas praticadas para credenciados que ofereçam produtos/serviços similares.” (grifo nosso)

Da leitura das cláusulas transcritas acima, verifica-se que as licitantes devem obrigatoriamente manter as taxas oferecidas a sua rede credenciada no momento da assinatura do contrato, sendo vedadas correções, assim como oferecer aos novos credenciados taxas compatíveis com o mercado. Com a devida vênia, tais exigências são totalmente alheias à atividade da administração pública, e se tratam de uma forma de interferência indevida no livre comércio.

Mostra-se ilegal a interferência na relação jurídico-contratual entre particulares, além de restritiva à competitividade.

Verifica-se que a contratante quer, na verdade, limitar o poder de negociação das licitantes para com os estabelecimentos credenciados que compõem sua rede, invadindo o contrato que as mesmas possuem com terceiros, que sequer participam da licitação.

É de conhecimento público e notório que o serviço de gerenciamento nada mais é do que uma forma de quarteirização dos serviços, na qual a Administração Pública contrata uma empresa especializada para servir de elo com a rede credenciada, atuando como forma de pagamento.

Assim, o que deve ser da preocupação da Administração Pública é a extensão de sua rede credenciada, por exemplo, e não o valor pactuado entre as empresas de gerenciamento e seus estabelecimentos conveniados, mesmo porque estes estabelecimentos prestam serviços para outros clientes das gerenciadoras, casos em que se justifica a correção de taxas de administração.

Ademais, cumpre destacar que, dentro dessa taxa, devem as empresas de gerenciamento computar um percentual em caso de inadimplência da Administração Pública, o que não é raro de acontecer, afinal, toda a responsabilidade pelo pagamento da rede credenciada é da empresa CONTRATADA.

Deste modo, ao vedar correção da taxa cobrada da rede credenciada, o órgão licitante invade a seara alheia, vez que a negociação entre rede credenciada e empresa de gerenciamento deve obedecer à regra do **livre comércio**, e esse acordo em nada diz respeito à Administração, afinal, compete a ela tão somente garantir que o quantitativo mínimo de estabelecimentos solicitados sejam efetivamente credenciados.

A presente limitação de taxa entre a futura contratada e seus credenciados é uma interferência que extrapola os limites da licitação, por interferir em relações jurídicas do direito privado, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência, postulada na ordem econômica nacional (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal)

Nessa vertente, **a Constituição Federal elenca, dentre outros, a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil**. Os artigos 170 a 181 da Constituição Federal trazem as diretrizes que o Estado deve observar para desenvolver

sua atividade de intervenção na ordem econômica, com fundamento nos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, pela busca do pleno emprego e pelo tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Quanto a esta interferência indevida da Administração Pública à livre concorrência, através de limitação da taxa contratada com empresas credenciadas, a Corte de Contas do Estado de São Paulo emitiu o seguinte entendimento:

(...) De igual maneira, procede a reclamação contra estipulação de limite máximo da taxa de administração cobrada de terceiros, regra veiculada pelo item 8.1.b do instrumento, segundo a qual a proposta comercial deverá prever '(...) taxa de administração a ser cobrada de terceiros (fornecedores dos produtos alimentícios), que não poderá ser superior a 3,5% (três vírgula e meio por cento) (...) (TC-000858/006/09 Processo nº: 858/006/09 Matéria: EXAME PREVIO DE EDITAIS DE LICITACAO)

O Douto Conselheiro Dr. Robson Marinho do TCE/SP em voto de caso análogo, que tratou de limitação de taxa ao credenciado, proferiu o seguinte entendimento:

"por ser questão atinente à relação entre a contratada e os credenciados, não me parecendo apropriado a interferência do órgão licitante neste vínculo, impondo limites naquela fixação." (TCE/SP Tribunal Pleno – SEÇÃO MUNICIPAL Sessão: 15/12/2010 Exame Prévio de Edital – Julgamento - Processo nº: 1620/004/10)

A Corte de Contas de São Paulo não está só em seu posicionamento. No mesmo diapasão o E. Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul, em julgamento de caso análogo, no qual a Prefeitura de Três Lagoas/MS limitou a taxa de administração a ser aplicada aos credenciados, prolatou a seguinte decisão:

11. – Destarte, CONCEDO PARCIALMENTE A LIMINAR pleiteada, com fulcro no art. 56 e art. 57, inciso I, da Lei 160/2012, pela empresa-denunciante, saliento que a decisão poderá ser revista após a apresentação da defesa da denunciada (art. 148, § 1o, inciso III, do RITC/MS), nas seguintes condições: a) decretar a suspensão do procedimento licitatório do Pregão Presencial no 079/2017 realizado pela Prefeitura Municipal de Três Lagoas – MS, em razão de supostas irregularidades no edital;

*b) Determinar a que no prazo de 15 (quinze dias) corridos a denunciada corrija o edital de licitação nos seguintes termos: b1) **exclua a exigência contida no item "7.1", alínea "c.7", do edital de licitação que estabeleceu um percentual máximo a ser cobrada pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados, porquanto, referida disposição é conflitante com as disposições do art. 3o, § 1o, inciso I, da Lei no 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil;**(g.n) (TCE-MS - DENÚNCIA : DEN 143202017 MS 1.829.995)*

E isso faz com que esta exigência seja excessiva, e fatalmente impedirá o caráter competitivo do certame, uma vez que, nas condições constantes no edital, é possível que nenhum licitante compareça à sessão pública, fazendo com o que mesmo seja fracassado.

Ao frustrar a competição, o órgão licitante está descumprindo os termos do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/02, bem como os dizeres do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/96, e com isso impedindo que a seja alcançada a proposta mais vantajosa ao erário.

Além disso, tal situação colide com o preceituado pelo do artigo 40, inciso X, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), que veda a imposição de valores mínimos, conforme se denota de seu texto, *ipsis litteris*:

Art. 40. (...)

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

Em caso semelhante, o TCE/MS assim se posicionou após denúncia da empresa PRIME:



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

DELIBERAÇÃO AC00 - 2394/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/23991/2017
PROTOCOLO	: 1864796
TIPO DE PROCESSO	: DENUNCIA
ORGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAÍSO DAS ÁGUAS
DENUNCIANTE	: PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA EPP
RELATOR	: CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

EMENTA: DENÚNCIA – EDITAL – SUPOSTAS EXIGÊNCIAS QUE DIRECIONARIAM A LICITAÇÃO – LIMITAÇÃO DA TAXA MÁXIMA DA REDE CREDENCIADA – AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA COM O OBJETO CONTRATADO – INTERFERÊNCIA NA RELAÇÃO JURÍDICO-CONTRATUAL DE TERCEIROS – LEI CIVIL – ADOÇÃO DO BANCO DE PREÇOS DO GRUPO NP (NEGÓCIO PÚBLICOS) COMO PARÂMETRO DOS VALORES PRATICADOS PELO MERCADO – NECESSIDADE DE PESQUISA DE PREÇOS DE FORMA AMPLA – ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PERDA DO OBJETO – ARQUIVAMENTO.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

A empresa-denunciante se insurge contra os itens “12.28”, “12.25” e “12.24”, do edital de licitação, vejamos:

“12.28. Não cobrar taxa de adesão ao sistema e cobrar no máximo 7% (sete por cento) sobre os serviços, referente a taxa de administração das empresas credenciadas.

Essa relação jurídica-contratual, entre a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada), está fora do âmbito jurídico-contratual da relação a ser posta, entre a contratada (gerenciadora) e administração pública (contratante), porquanto, aquela relação trata-se de contrato de prestação de serviços a ser regido pela lei civil.

Por isso, a exigência contida no edital, em seu item “12.28” é conflitante com as disposições do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

(contratada) e os executores dos serviços (rede credenciada) que é regida por normas de direito privado.

Essa relação jurídica-contratual, entre a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada), está fora do âmbito jurídico-contratual da relação a ser posta, entre a contratada (gerenciadora) e administração pública (contratante), porquanto, aquela relação trata-se de contrato de prestação de serviços a ser regido pela lei civil.

Por isso, a exigência contida no edital, em seu item “12.28” é conflitante com as disposições do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também se posicionou da seguinte forma:

2.4 Inadequado, outrossim, o critério de adjudicação estabelecido, qual seja, o de menor taxa de administração a ser cobrada dos comerciantes cadastrados e sua limitação a 4,5%.

Por óbvio, a remuneração das empresas que gerenciam benefícios possui como uma das fontes principais de receita os percentuais administrativos cobrados dos estabelecimentos comerciais.

Ainda que seja compreensível a preocupação do Administrador em resguardar os comerciantes locais da cobrança de taxas abusivas pela empresa que irá administrar o “Cartão Servidor Cidadão”, a fixação de limite máximo constitui ingerência da Administração sobre negócio entre particulares, sem qualquer amparo legal.

Além disso, a matéria não é inédita nesta Corte que, nos autos do TC-40780/026/10 e TC-1620/004/10, em sessão Plenária de 15-02-10, Relator Conselheiro ROBSON MARINHO, quando da análise de edital com idêntico objeto, já se posicionou pela inadequação daquele repasse por falta de amparo legal.

Sobre o assunto, destaco que este Plenário, nos autos do TC-40780/026/10 e TC-1620/004/10, em sessão de 15-02-10, quando da análise de edital com idêntico objeto, assim consignou:

“No entanto, analisando de forma mais acentuada, já que a dilação probatória e a suspensão do certame me permitiram esta reflexão no presente caso – entendo que tanto o repasse de 2% como também a limitação Da taxa De administração, Ainda que direcionadas à vencedora, merecem reparos, pelos seguintes motivos: a primeira, porque carece de amparo legal, e a segunda por ser questão atinente à relação entre a contratada e os credenciados, não me parecendo apropriado a interferência do órgão licitante neste vínculo, impondo limites naquela fixação.

A propósito, relembro excerto do r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa sobre o tema, acolhido pelo Plenário na sessão do dia 24/6/2009, nos autos do TC-858/006/09, como segue:

‘[...] De igual maneira, procede a reclamação contra estipulação de limite máximo da taxa de administração cobrada de terceiros, regra veiculada pelo item 8.1.b do instrumento, segundo a qual a proposta comercial deverá prever ‘(...) taxa de administração a ser cobrada de terceiros (fornecedores dos produtos alimentícios), que não poderá ser superior a 3,5% (três vírgula e meio por cento) (...)’. Sem embargo da elogiável preocupação de se garantir as melhores Condições de compra para os futuros beneficiários desta contratação - na medida em que se alega ser tal requisito responsável pelo credenciamento de fornecedores de grande porte - entendo que essa disposição realmente extrapola os limites da atividade de produção de regras da licitação, por interferir em relações jurídicas do direito privado, travadas entre a licitante vencedora e terceiros, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federal’”. (Grifei)

Nesse mesmo sentido é que, também, julgo indevida a adoção, como critério de julgamento, de taxa de administração cobrada do estabelecimento comercial credenciado à contratada.

[...]

2.11 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero parcialmente procedentes as impugnações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente para:

[...]

b) Abolir o limite fixado para a taxa de administração a ser cobrada dos estabelecimentos credenciados;

(TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 29-04-15- MUNICIPAL - Processos: TC-006061.989.14-1 / TC-006109.989.14-1 / TC-006218.989.14-3 - Sala das Sessões, 29 de abril de 2015. CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO)

Em decisão recente proferida pelo ilustre Juízo da Comarca de Itambé, Estado de Pernambuco, processo: 0000392-60.2019.8.17.2770, decidiu-se pela constatação de ilegalidade presente na exigência de limitação de taxas da rede credenciada, conforme a seguir:

Visto, Cuida-se de pedido de liminar em mandado de segurança impetrado por Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. em face da Secretária de Administração do Município de Itambé, visando a suspensão do edital do pregão nº 008/2019, relativo ao processo licitatório (...)

Requeru a impetrante, ao final, a concessão de medida liminar para suspender o processo licitatório até o julgamento de mérito ou alteração das irregularidades do edital pela autoridade coatora.

Decido. Busca a impetrante suspender o procedimento licitatório nº 012/2019, cuja abertura das propostas está marcada para o dia 18 de julho de 2019. (...)

*Realmente, o edital do pregão presencial nº 008/2019 apresenta-se com vícios que violam princípios constitucionais e comandos da Lei de Licitação, restando presente a plausibilidade nas alegações da impetrante. **Com efeito, mostra-se, neste momento, abusiva e ilegal a restrição ao fixar limites máximos da taxa de administração e de credenciamento (itens do edital de nºs 14.1 e 14.2), já que, de fato, interfere nas relações negociais entre entes privados. No caso, não se apresenta claro o motivo do Poder Público regular questão diretamente ligada a livre negociação entre partes privadas, já que o pagamento da rede de prestadores de serviço é da responsabilidade direta da vencedora da licitação e não do ente público.***

Além disso, tal medida gera restrições tanto na capacidade de negociação no momento do credenciamento da rede prestadora de serviços pela empresa vencedora da licitação, quanto a negociação de melhores condições financeiras, podendo gerar, ao final, aumento dos custos para a formação e manutenção da rede de prestadores de serviços e, assim, a inviabilidade econômica ou redução da lucratividade do contrato firmado com o Município de Itambé. Logo, por violar a livre negociação entre entes privados, tal medida se mostra violadora do princípio da legalidade (...)

Ante o exposto, com base no art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/09, defiro o pedido de liminar postulado pela impetrante para SUSPENDER o edital do pregão presencial nº 008/2019, relativo ao procedimento licitatório nº 012/2019, em razão das ilegalidades acima mencionadas, até o julgamento definitivo do mérito da lide ou da mudança dos termos sub judice do edital, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo das sanções administrativas, cíveis e penais.

Ainda, o ilustre Juiz da Comarca de Poção, Estado do Pernambuco, também proferiu decisão no mesmo sentido, processo 0000198-17.2019.8.17.3140:

Cuida-se de pedido de liminar em mandado de segurança impetrado por Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. em face da Pregoeira de Licitação do Município de Poção/PE, visando a suspensão dos editais dos pregões n°s 013/2019 e 015/2019, relativos aos processos licitatórios n°s 027/2019/FMS e 019/2019/FMS, respectivamente, do Município de Poção/PE. (...)

Alega, continuando, que o edital possui diversas irregularidades, que violam princípios constitucionais e regras legais, devendo, então, serem anulados esses pontos irregulares.(...)

Requeru a impetrante, ao final, a concessão de medida liminar para suspender o s processos licitatórios até o julgamento de mérito ou alteração das irregularidades do edital pela autoridade coatora.

Numa análise perfunctória da questão, própria da tutela de urgência, entendo ser cabível a concessão da medida liminar.

É que, realmente, o edital dos pregões presenciais n°s 013/2019 e 015/2019 apresentam-se com vícios que violam princípios constitucionais e comandos da Lei de Licitação, restando presente a plausibilidade nas alegações da impetrante.

Com efeito, mostra-se, neste momento, abusiva e ilegal a restrição ao fixar limites máximos da taxa de administração e de credenciamento (itens dos editais de n°s 8.1 e 8.3), já que, de fato, interfere nas relações negociais entre entes privados.

No caso, não se apresenta claro o motivo do Poder Público regular questão diretamente ligada a livre negociação entre partes privadas, já que o pagamento da rede de prestadores de serviço é da responsabilidade direta da vencedora da licitação e não do ente público.

Ante o exposto, com base no art. 7º, Inciso III, da Lei n° 12.016/09, defiro o pedido de liminar postulado pela impetrante para SUSPENDER os editais dos pregões presenciais n°s 013/2019 e 015/2019, relativos aos procedimentos licitatórios n°s 027/2019/FMS e 019/2019/FMS, em razão da ilegalidade acima mencionada, até o julgamento definitivo do mérito da lide ou da mudança dos termos sub judice do edital, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo das sanções administrativas, cíveis e penais.

Sendo assim, os itens 5.21 e 5.22 do Termo de Referência devem ser excluídos, tendo em vista a ilegalidade e interferência na relação comercial e privada entre Gerenciadora e Rede Credenciada.

V - DA IMPOSIÇÃO DE PRAZO PARA PAGAMENTO DA REDE CREDENCIADA

Adiante, é possível constatar mais uma tentativa de interferência na relação privada entre particulares.

Essa intervenção, ilegal, está consubstanciada a exigência contida na cláusula 11.12 do Termo de Referência:

“TERMO DE REFERÊNCIA

(...)

11 - DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

(...)

11.12 - Responsabiliza-se pelo fiel e pontual pagamento a sua rede credenciada em até 45 (quarenta e cinco dias) no máximo após o recebimento das notas fiscais pertinentes, independentemente de contrapartida pela CESAMA.” (grifo nosso)

Preliminarmente, insta esclarecer que referida questão está exaustivamente delineada no Acórdão TCE/PE nº 1350/2019, que determina que se defina no edital dessa natureza, prazo de pagamento à rede credenciada em até 30 dias após o adimplemento da contratante à gerenciadora, *in verbis*:

ACÓRDÃO T.C. Nº 1350/19

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

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

1. **Abster-se de lançar editais de licitação de gerenciamento eletrônico da aquisição de combustíveis ou manutenção de frotas de veículos** sem que seja exigida a comprovação da boa situação financeira das licitantes (item 2.1.1);

2. **Abster-se de lançar editais de licitação de gerenciamento eletrônico da aquisição de combustíveis ou manutenção de frotas de veículos** sem o detalhamento das exigências mínimas de capacitação técnico-operacional dos proponentes (item 2.1.2);

3. **Abster-se de vedar a oferta de taxas de gerenciamento negativas em licitações de gerenciamento de aquisição de combustíveis, manutenção de frotas e congêneres** (item 2.1.3);

[...]

12. **Estabelecer prazo máximo de pagamento aos credenciados de até 30 (trinta) dias após o período de adimplemento de cada parcela** (item 2.1.6);

Portanto, a contratante somente pode exigir o pagamento da Rede Credenciada após o seu adimplemento da parcela em questão junto à contratada (gerenciadora).

Isto porque, como já apontado acima, o objeto da contratação é a “**gestão da frota de veículos automotores**”, na qual o gerenciamento dos abastecimentos tem como elemento marcante a **INTERMEDIÇÃO**; ao invés da aquisição direta de mercadorias e realização de manutenções, utiliza-se da intermediação de uma Gerenciadora.

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

Quando a Contratante toma os serviços, duas obrigações devidamente ordenadas surgem – o PAGAMENTO e o REPASSE.

A Administração tem o dever de PAGAR à gerenciadora nos termos da Lei e do Contrato Administrativo, e a gerenciadora o de REPASSAR ao credenciado nos termos do contrato privado estabelecido pela vontade das partes.

Mas da forma como estabelece o edital, a contratante **interfere na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.**

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

A Administração Pública possui prerrogativas em seus contratos que os contratos privados não possuem, as chamadas cláusulas exorbitantes.

Esta cláusulas estão amparadas pela Lei nº 8.666/93, artigo 58, que assim reza:

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

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

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

III - fiscalizar-lhes a execução;

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

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

Neste viés, não cabe à Administração interferir na relação comercial entre os particulares, no caso da presente contratação, cujo objeto é a contratação de serviços quarterizados (contratada x rede credenciada).

No entanto, pode a contratante se utilizar das prerrogativas que a lei lhe confere, ou seja, fiscalizar os pagamentos e aplicar sanções, em caso de interrupção dos serviços pela falta de pagamento pela Rede Credenciada.

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

Sendo assim, resta clara a ilegalidade da cláusula do edital que extrapola as competências administrativas conferidas pela lei, ou seja, estabelecer prazo para o pagamento da Contratada à Rede Credenciada, prazo este convencionado legalmente, com base no Código Civil Brasileiro (contrato bilateral).

Portanto, deve ser excluída a **cláusula 11.12** (e demais cláusulas no mesmo sentido) do Termo de Referência do Edital.

VI - DA INCOMPATIBILIDADE DO “CARTÃO MESTRE” COM OS SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO

Por fim, cumpre apontar mais uma irregularidade presente no edital, a saber, a exigência do fornecimento de ‘cartão mestre’ pela empresa gerenciadora, cartão

este que não é utilizado neste tipo de serviço, o que a torna absolutamente incompatível com o objeto do certame, além de implicar em elevado custo (embutido) no contrato.

Há que se esclarecer que, para o gerenciamento de abastecimento, não é utilizado o 'cartão mestre' exigido, mas tão somente o próprio cartão magnético.

Entretanto, o edital traz esta exigência totalmente incompatível com o serviço de gerenciamento, e que certamente afastará possíveis licitantes do presente certame. Observe:

"TERMO DE REFERÊNCIA

(...)

8 - DA TRANSMISSÃO DE DADOS:

(...)

8.10 - A empresa prestadora de serviço deverá fornecer Cartão Mestre que permita abastecimentos especiais de óleo diesel, gasolina e álcool, para quaisquer das unidades da CESAMA." (grifo nosso)

Como dito, as gerenciadoras de abastecimento e manutenção de frota não fornecem 'cartão mestre' para 'abastecimentos especiais', isso porque a única forma de controlar, e de fato gerenciar as operações, é através do cartão magnético que será entregue à contratante.

Ressalta-se que a maioria das licitantes não podem oferecer tal serviço, visto que o gerenciamento do abastecimento é feito por meio de cartão magnético, fornecido pela própria contratada. Se torna impossível monitorar e controlar os serviços e as transações pagas por meio do 'cartão mestre', o que torna tal exigência incompatível com o objeto do certame, cuja finalidade é a contratação de empresa para prestação de serviço de **gerenciamento e controle** de frota.

Ainda, cumpre evidenciar que a referida exigência restringe a competitividade, ao passo que a grande maioria, senão todas, das empresas gerenciadoras não disponibilizam 'cartão mestre' para realização das transações.

A Lei de Licitações é clara ao vedar que os agentes públicos incluam nos editais cláusulas que restrinjam seu caráter competitivo:

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;

Sendo assim, deve ser excluída esta exigência, que tem a finalidade apenas de restringir o caráter competitivo do certame, e que é absolutamente incompatível com o objeto licitado, uma vez que inviabiliza a gestão e o controle da frota.

VII - DO PEDIDO

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

- i. Excluir da Minuta de Contrato os itens 8.2.7 e 8.2.7.1, que estabelecem desconto no pagamento antecipado após a prestação dos serviços, hipótese ilegal (não prevista em lei, tanto na 13.303/16 quanto na 8.666/93);

- ii. Excluir do Termo de Referência os itens 5.21 e 5.22, tendo em vista a ilegalidade e interferência na relação comercial e privada entre Gerenciadora e Rede Credenciada;
- iii. Excluir a cláusula 11.12 (e demais cláusulas no mesmo sentido) do Termo de Referência do Edital, uma vez que também constitui ilegalidade e interferência na relação comercial e privada;
- iv. Excluir qualquer exigência de **fornecimento de 'cartão mestre'**, tendo em vista que todos os procedimentos necessários para a completa realização das transações são feitas pelo sistema tecnológico de gerenciamento via cartão magnético, tendo em vista que esta exigência inviabiliza o controle, o que a torna incompatível com o objeto do certame;
- v. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

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, 09 de maio de 2022.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Rayza Figueiredo Monteiro - OAB/SP 442.216