

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSELHO REGIONAL
DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ - CREMEC**

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 07/2020

LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS

EIRELI, inscrita no CNPJ nº 12.039.966/001-11, estabelecida na Rua Rui Barbosa, nº 449, sala 3, Centro, Buri/SP, CEP 18.290-000, Telefone (019) 3114-2705, e-mail: juridico@linkbeneficios.com.br, pelo seu procurador abaixo assinado, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

De acordo com a Lei 8.666/93 e 10.520/02, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

Inicialmente, o interesse da **Link Card**, doravante denominada Impugnante, está no fato de que a licitação tem como objetivo contratar empresa para gerenciamento informatizado de frota no que tange o abastecimento de combustíveis e manutenção, ramo em que a empresa é reconhecida pelos proficientes serviços prestados, especialmente ao Poder Público, haja vista ter firmado uma série de contratos com entidades de expressão nas mais variadas esferas da Administração Pública.

O principal nicho de atuação da Impugnante é o mercado público, sendo recebidos diariamente centenas de e-mails contendo publicações com os seus respectivos extratos de editais referente ao gerenciamento de frota, os quais são encaminhados pelos sites **Conlicitação** e **RHS Licitações**, ambos especializados em seleção de licitações públicas.

Por meio destes sites especializados, a Impugnante recebeu o extrato da licitação pública na modalidade PREGÃO ELETRÔNICO Nº 07/2020 a ser realizado no próximo dia **26 de outubro de 2020**, cujo objeto é a *“contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento de sistema informatizado/integrado de gerenciamento para abastecimento e manutenção da frota do CREMEC, com utilização de cartão magnético via web, conforme condições e especificações do presente Termo de Referência.”*

No entanto, conforme se vê no edital há certos vícios, inclusive de legalidade, que maculam o procedimento licitatório.

A primeira, é em relação à ausência de previsão de juros no instrumento convocatório, o que é um vício de legalidade.

Seguindo, verifica-se que o instrumento convocatório não prevê a aplicação de tabela referencial, o que pode afastar a Administração da satisfação do interesse público.

Na sequência, verifica-se que o instrumento convocatório exige uma rede credenciada extensa, o que também minimiza o interesse dos licitantes em participar do certame.

Também se verifica a indevida interferência na relação privada entre a licitante e os estabelecimentos credenciados, pois o edital estipula um prazo de pagamento máximo à rede.

Não bastando, o instrumento convocatório estipula um desconto mínimo no importe de 3%, o que é alto.

E por fim, o instrumento ao redigir a descrição do objeto, causou certa confusão, pois ao se verificar o objeto, há dúvida se se trata de locação de software ou gerenciamento, e a depender da interpretação dos *players* do mercado, pode acabar minimizando a competição.

Diante disso, espera e requer a suspensão temporária do presente certame, visando a consagração do princípio da competitividade e 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 3º, §1º, I da Lei 8.666/93, é vedado aos agentes públicos inserirem em atos de convocação cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, *in verbis*:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da

legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1o É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

No mesmo sentido, o art. 3º, II da Lei 10.520/02 estabelece que na fase preparatória do pregão o administrador público tem a obrigação de definir corretamente o objeto, sendo vedadas as especificações excessivas, irrelevantes e desnecessárias que limitem a competição, vejamos:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

Assim, considerando as restritivas e ilegais cláusulas inserida no edital de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 07/2020, 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 NÃO PREVISÃO DE JUROS

Não obstante a Administração Pública tenha seus interesses postos acima dos interesses dos particulares e, como denominado doutrinariamente, possui as chamadas cláusulas exorbitantes, fato é que as mesmas não a autorizam a tolher direitos de seus administrados e, ainda, sucumbir cláusulas tidas como obrigatórias em editais.

Nessa vereda, oportuno lembrar que o artigo 40 da Lei de Licitações destaca as cláusulas obrigatórias em editais, ou seja, aquelas sob as quais não há campo para discricionariedade, dentre as quais destaca-se a que deve prever reajuste a atualizações monetárias, regra não seguida pela municipalidade no presente caso:

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

[...]

XI critério de reajuste, que deverá retratar variação efetiva do custo de produção, admitida adoção de índices específicos ou setoriais, desde data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento que essa proposta se referir, até data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei ns 8.883, de 1994)

[...]

c) critério de atualização financeira dos valores serem pagos, desde data final do período de adimplemento de cada parcela até data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei ns 8.883, de 1994)

d) compensações financeiras penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

Em consonância, é a dicção do art. 55 da Lei de Licitações, senão vejamos:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

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

Em análise ao presente edital, verificou-se que em momento algum o subscritor trouxe a previsão de juros ou correções dos valores em caso de atraso. Desse modo, o silêncio do edital quanto aos juros e a cláusula de correção monetária

expõe a contratada aos desmandos da Administração Pública que pode procrastinar pagamentos, sem que lhe seja impingida qualquer responsabilidade.

Ainda, há de se destacar que essa omissão se traduz em vício de ilegalidade do presente instrumento convocatório, que fere diretamente o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (g.n)

Observa-se que o princípio da legalidade é de extrema importância no ordenamento jurídico pátrio e representa a subordinação da Administração Pública à lei, vejamos as palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 224):

“O princípio da legalidade é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos.”

Veja que, se por um lado o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração Pública deve ter toda sua atuação pautada na lei, ou seja, está vinculada ao texto legal, havendo discricionariedade apenas quando a lei permite.

Ora, não há outra conclusão se não a de que redigir um edital sem observância dos ditames legais é inconcebível e torna todos os atos praticados no procedimento licitatório nulos, pois apenas a lei poderia inovar no ordenamento jurídico.

Assim, resta cristalino que, a omissão em relação a juros/atualização monetária no instrumento convocatório desaprovia o texto legal. Logo,

resta claro que o edital convocatório deve ser retificado, a fim de que se adeque ao ordenamento jurídico pátrio, evitando quaisquer maculas no procedimento licitatório.

2.2. DA AUSÊNCIA DE LIMITE DE PREÇOS DOS SERVIÇOS E PRODUTOS

Há muito se discute acerca da viabilidade jurídica da aquisição de bens e serviços por intermédio de sistema informatizado, pois, segundo as correntes contrárias a essa forma de contratação, os bens e serviços pretendidos são adquiridos sem prévia licitação.

Ainda de acordo com aqueles que são contrários à aquisição via sistema informatizado, além do aspecto jurídico, a contratação é antieconômica, uma vez que poderia a Administração Pública adquirir os bens e serviços a qualquer preço, inclusive com ágio.

Em defesa do sistema de gerenciamento informatizado, a doutrina e a jurisprudência, consolidaram o entendimento de que se trata de uma forma de controlar e desburocratizar as aquisições públicas, havendo ferramentas que inviabilizam a prática do sobrepreço por parte dos estabelecimentos conveniados ao cartão.

Dentre as ferramentas que inviabilizam a cobrança de valores acima de mercado, está a adoção em editais e contratos administrativos de limitadores de preços, conhecidos como preços referenciais, como as Tabelas Referenciais de Preços das Montadoras, como a Órion e Audatex, por exemplo.

No edital em apreço NÃO há limitador válido de preços para a manutenção, podendo ser cobrado pelos estabelecimentos credenciados qualquer valor pelos produtos e serviços, posto que não havendo parâmetro, a Administração poderá contratar com preços elevadíssimos, sem que isso represente irregularidade do ponto de vista do atendimento do edital convocatório.

Assim, para que a Administração Pública não seja prejudicada, mediante o desembolso de valores superiores aqueles praticados no mercado, é de

extrema necessidade que o ato convocatório estipule regras que limitem os preços praticados pelos credenciados, no que tange à manutenção e aquisição de peças.

2.3. QUANTO A REDE EXTENSA

O edital, no Termo de Referência exige uma longa lista estabelecimentos credenciados, vejamos a redação do item mencionado:

5.3.9. A CONTRATADA deverá apresentar, quando da assinatura do contrato, em conformidade ao item 3.9.2, letra “a”, declaração de que credenciará, em relação à rede de estabelecimentos conveniados no estado do Ceará, obrigatoriamente, no mínimo 02 (dois) postos de abastecimento e 02 (duas) oficinas de mecânica em geral e 02 (dois) lava jatos nos seguintes municípios:

*Acaraú
Aquiraz
Aracati
Baturité
Beberibe
Brejo Santo
Camocim
Canindé
Caucaia
Crateús
Crato
Fortaleza
Horizonte
Iguatu
Itaitinga
Itapipoca
Juazeiro do Norte
Limoeiro do Norte
Maracanaú
Maranguape
Pacajús
Pacatuba
Paracuru
Quixadá
São Gonçalo do Amarante
Sobral*

Tauá
Tianguá

Imperioso lembrar que certamente os veículos pertencentes a frota de veículos do órgão não terão necessidade de se locomoverem para todos esses municípios.

Com efeito, a exagerada exigência contribuirá tão somente para reduzir o número de participantes, prejudicando em demasia o princípio da competitividade e a busca pela melhor proposta.

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

Nesse ínterim, não se pode perder de mente que o edital deve ser pautado na razoabilidade e proporcionalidade, de modo que as exigências desarrazoadas, devem ser de plano descartadas para não afastar o interesse dos licitantes.

Em relação ao excesso na exigência de rede credenciada, imperioso destacar a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, que entendeu pela irregularidade de exigência de rede credenciada excessiva, ainda mais quando não precedida de estudo técnico, conforme se denota da ementa do acórdão:

GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC 022.682/2013-9

Natureza: Representação

Unidade: Conselho Federal de Contabilidade (CFC)

Representante: Planinvesti Administração e Serviços Ltda. (art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993).

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO PRESENCIAL PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE VALES REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO. EXIGÊNCIA DE QUANTIDADE MÍNIMA DE

REDE CREDENCIADA. OITIVA PRÉVIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. EXPEDIÇÃO DE ORIENTAÇÃO AO CONSELHO FEDERAL.

*Na licitação para contratação de empresa especializada no fornecimento de vale alimentação ou vale refeição, na forma de cartão eletrônico ou tecnologia similar, **apesar de discricionária a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, faz-se necessário que os critérios técnicos referentes à fixação do quantitativo mínimo estejam em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de claramente definidos e fundamentados no processo licitatório, devendo tais critérios ser oriundos de levantamentos estatísticos, parâmetros e de estudos previamente realizados, consoante os precedentes Acórdãos 2.367/2011 e 1.071/2009, ambos do Plenário.** – (g.n)*

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

EMENTA: Exame Prévio de Edital.

(..)

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

Desse modo, exigir que a empresa contratada possua estabelecimentos credenciados em cidades que provavelmente a frota do órgão se quer

irá, sem qualquer justificativa ou estudo que comprove a necessidade, é uma exigência excessiva e não se norteia por um estudo técnico de viabilidade e necessidade.

2.4. QUANTO AO PRAZO DE PAGAMENTO À REDE CREDENCIADA

Quando da análise do edital, averiguou-se que o instrumento convocatório impõe prazo para que seja realizado o pagamento à rede credenciada, vejamos:

3.9.2. No ato da assinatura do contrato a empresa deverá apresentar a seguinte documentação:

[...]

b) Declaração se comprometendo a pagar diretamente pelos serviços respectivos de abastecimento e manutenção aos postos e oficinas mecânicas credenciados, conforme discriminado no presente Termo de Referência, no prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos a contar da realização e cobrança dos mesmos via sistema ou outro meio legal ou de acordo com os prazos contratuais firmados entre a empresa fornecedora e o estabelecimento credenciado, não podendo esse prazo contratual para pagamento ultrapassar 45 (quarenta e cinco) dias quando da realização de cobrança feita pelo estabelecimento credenciado, bem como a contratada se comprometerá a não cobrar preços abusivos pelos serviços fornecidos às empresas credenciadas (postos e oficinas), baseando seus preços de acordo com os praticados no mercado, para que esses preços não se reflitam em onerosidade ao CREMEC, sob pena de rescisão contratual e demais penalidades. O gestor do contrato verificará junto aos estabelecimentos credenciados esses pagamentos.

Veja que a Administração não pode estipular o prazo máximo para o pagamento da rede, pois tal falta constitui interferência em uma relação privada estabelecida entre a empresa gerenciadora e a empresa credenciada.

Ao proceder dessa maneira, a Administração adentra uma seara que não lhe compete. Isso porque, a contratação em pauta tem como premissa intermediar a relação existente entre a Administração Pública e a rede de estabelecimentos

credenciados, não havendo relação entre estabelecimentos prestadores de serviços e a Administração, salvo aquela regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

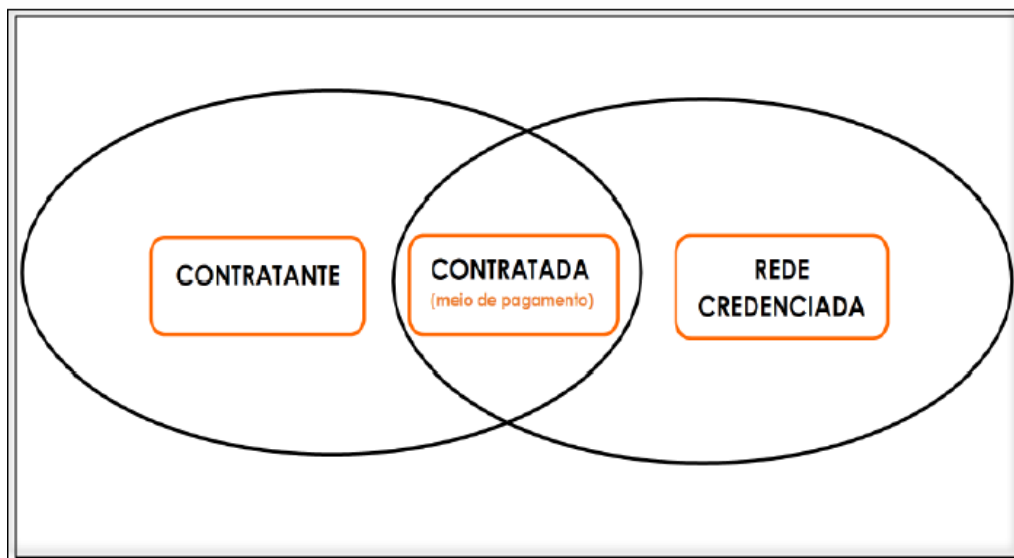
O objeto que a Administração pretende contratar, aparentemente é o gerenciamento de frota, que transaciona por meio de rede de estabelecimentos credenciados, ou seja, contratar uma empresa que disponibilizará um **sistema de controle**, através do pagamento de uma **taxa de administração** ou **eventual desconto** ofertado em proposta previamente ajustado, que permitirá que o Poder Público 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 Contratante e a Contratada é regido pelas normas de direito público. Já a relação entre a Administração Pública e os estabelecimentos credenciados é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. 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 ingerência sobre a relação particular criada entre a Contratada e sua rede, e tampouco deve interferir na relação entre a Contratada e os estabelecimentos.

Nesse passo, a cláusula do instrumento convocatório citada 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, 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 ferir a legalidade. No entanto, nas relações privadas prevalece o Código Civil, onde impera a liberdade de contratação, e a autonomia privada, as partes possuem liberdade na hora de estabelecer condições comerciais das avenças.

Dessa feita, não pode a Administração ingerir-se naquilo que não lhe compete.

Ora, analisando a cláusula prevista em edital, conclui-se que, sob nenhum aspecto se justifica a inserção de referida exigência, veja que juridicamente temos relações distintas, uma vez que a relação entre a gerenciadora de frota e seus estabelecimentos credenciados são reguladas pelo Código Civil, onde prepondera a livre iniciativa, a liberalidade de negociação das partes. Logo, não pode a Administração Pública interferir nessa relação, sob pena de ferir o princípio da livre concorrência e livre exercício da atividade econômica inerente a ordem econômica, previsto pela própria Constituição Federal, vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.
(g.n)

Veja que não é crível que a Administração Pública interfira em relações particulares, sob pena de ferir princípios da própria Constituição Federal. A respeito citamos o entendimento doutrinário do renomado doutrinador, Hely Lopes Meireles:

“Na ordem econômica o Estado atua para coibir os excessos da iniciativa privada e evitar que desatenda às suas finalidades, ou para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, fazendo-o através da repressão ao abuso do poder econômico, do controle dos mercados e do tabelamento de preços.

Essa intervenção, entretanto, não se faz arbitrariamente, por critérios pessoais das autoridades. É instituída pela Constituição e regulada por leis federais que disciplinam as medidas interventivas e estabelecem o modo e forma de sua execução, sempre condicionada ao atendimento do interesse público, ao respeito dos direitos individuais garantidos pela mesma Constituição.”

Do supramencionado entendimento, temos que as intervenções da Administração Pública nas relações entre particulares não podem se dar de modo arbitrário. Elas somente podem decorrer de autorização legal.

A respeito do assunto o Tribunal 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)***

A luz desse assunto o Conselheiro Dr. Robson Marinho do TCE/SP em voto de caso que previa a 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)” (g.n)*

Ao proceder dessa maneira, a Administração está maculando o procedimento licitatório com ilegalidades, uma vez que inexiste qualquer norma no ordenamento jurídico que permita tal intromissão da Administração na seara privada dessa maneira.

Portanto, é necessária a alteração dos termos do edital, a fim de que a Administração não imponha limitação máxima no prazo de pagamento à rede credenciada, uma vez que não é sua competência interferir nessa seara.

2.5. DA NEGOCIAÇÃO COM A REDE CREDENCIADA

Não obstante a ilegal interferência apontada no tópico anterior, o instrumento convocatório tem o *animus* de intervir em uma relação privada novamente. Vejamos a literalidade do edital:

5.3.8. Possibilitar o fechamento de rede no sistema, facilitando o poder de negociação do cliente junto ao posto, permitindo abastecimento somente pelo preço negociado com os postos de combustíveis. O sistema através da captura na rede credenciada deverá respeitar o valor negociado e cadastrado no sistema de gestão conforme a negociação realizada.

Como já apontado, existem duas relações jurídicas distintas na contratação que se ambiciona, a primeira entre o *player* e a Administração Pública, regida por normas de direito público e a segunda entre o *player* e sua rede credenciada, regida pelo direito privado.

Por mais que exista uma relação de consumo entre a Administração e a rede credenciada, há de se observar que, a taxa administrativa ou taxa de desconto depende diretamente do valor negociado entre a licitante contratada e sua rede credenciada. Portanto, qualquer negociação reverberará na relação privada entre o *player* e sua rede.

Veja que, ao passo que a Administração possua uma rede credenciada à disposição, pode optar por abastecer sua frota naqueles estabelecimentos que lhe confirmam maior vantajosidade, seja em relação ao valor, ou à distância, conforme seu mérito administrativo.

Ao passo que o instrumento convocatório permite uma negociação entre a Administração Pública e a rede credenciada, permite uma ilegal, indevida e nada adequada intromissão na relação privada previamente estabelecida.

Portanto, a manutenção dessa previsão, cria mácula no instrumento convocatório, assim como a previsão apontada no tópico anterior, que estabelece um prazo máximo para o pagamento da rede credenciada. Assim, faz-se necessário que tal previsão seja extirpada do instrumento convocatório.

2.6. QUANTO AS TAXAS MÍNIMAS EXIGIDAS

O Termo de Referência, no item 3.3, estabelece que o mínimo exigido de desconto será o importe de 3%, *in verbis*:

3.3. Desconto mínimo exigido para as notas fiscais de manutenção. veicular e de abastecimento será de 3%.

Ou seja, se a licitante interessada em participar do certame ingressar com uma proposta que não atenda aquele percentual mínimo exigido será desde logo desclassificada.

De fato, tal exigência tem se tornado comum nos processos licitatórios com critério de julgamento maior desconto, isso porque, o intuito do órgão ao determinar um desconto mínimo é buscar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Dessa forma, embora o artigo 40, inciso X da Lei de Licitações permita a fixação de preços máximos e vede a delimitação de preços mínimos, essa regra foi descrita para as licitações voltadas à obtenção do menor preço. Assim, quando aplicada às disputas do tipo maior desconto, maior lance ou maior oferta, ela precisa ser adequada.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas vem decidindo de forma que a Administração pode definir um preço mínimo, não podendo nesse caso, fixar um preço máximo, sob pena de impedir a obtenção da proposta.

Para melhor compreensão vejamos a jurisprudência do TCU:

Acórdão nº 818/2008 – 2ª Câmara

Sumário

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES.

1. O julgamento de propostas feito com foco no desconto a incidir sobre determinada tabela de preço prefixada, apesar de se enquadrar como licitação do tipo menor preço, deve se restringir aos casos de contratação em que o parâmetro de menor preço seja econômica e operacionalmente inviável, uma vez que aquele critério apresenta maior vulnerabilidade a fraudes e a majorações de preço alheias ao controle da Administração Pública.

(...)

Voto

5. Com as vênias de estilo por dissentir, não houve inovação jurídica por parte do TCU. Nem mesmo poderia haver, sob pena de extrapolação das competências constitucionais reservadas aos tribunais de contas. Em meu entendimento, a concessão de desconto sobre determinada tabela leva ao mesmo resultado da fixação de preço mínimo como critério de julgamento, ou seja, em qualquer dos dois casos, a licitação será do tipo menor preço.

6. Ademais, por oportuno importa registrar que eventual estipulação de desconto máximo equivalerá à fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993.

(...)

Acórdão

9.3. determinar ao Incra/MA que:

9.3.1. nas contratações destinadas à manutenção de veículos em que o menor preço for aferido pelo critério de maior desconto incidente sobre tabelas de preço predefinidas, abstenha-se de:

(...)

9.3.1.2. estipular percentuais de desconto máximo, haja vista caracterizar fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993. (TCU, Acórdão nº 818/2008, 2ª Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU de 03.04.2008.)

Nesse passo, a fixação de descontos mínimos no edital é perfeitamente cabível, não havendo qualquer óbice para tal.

Todavia, a atuação administrativa deve ser pautada na razoabilidade e proporcionalidade. Assim é necessário levar em consideração a situação

real existente, compondo interesses públicos e privados, com a observância de critérios harmônicos e conduta menos danosa para ambas as partes.

De forma objetiva, Hely Lopes Meireles (2015) define o princípio da razoabilidade, senão vejamos:

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade; e vice-versa.

Pois bem. Conforme se vê no início do presente o instrumento convocatório prevê um desconto mínimo aceitável muito alto, incondizente com o valor praticado no mercado.

Embora a prática de taxas negativas tenha se tornado cada vez mais comum nessa modalidade de contrato, a exequibilidade desses descontos deve ser analisada caso a caso a partir de critérios previamente identificados na fase interna da licitação.

Nesse encaixo, a importância de uma correta estimativa de custos e pesquisa de mercado fornece parâmetros para a Administração avaliar qual o desconto mínimo que pode ser exigido, para que este não se torne inexecutável e desarrazoado.

No caso em pauta, conforme já mencionado, o desconto inicial a ser dado é muito alto. Sendo que, em uma análise rápida do que poderia ocorrer no certame, temos duas opções: 1ª a licitação poderá ser deserta, porque o valor do desconto já inicia demasiadamente alto e não haverá retorno financeiro para a empresa que vencer; 2ª participariam somente empresas locais que já tenha sua rede de estabelecimentos previamente instituída, reduzindo de forma substancial a participação de licitantes que eventualmente poderiam estar interessadas caso o desconto mínimo fosse menor.

Verifica-se, portanto, que não há margem para a disputa, todavia a competição no procedimento licitatório é medida que se impõe, em respeito ao princípio da competitividade, que é correlato ao princípio da igualdade. Assim a Administração deve possibilitar o confronto entre as empresas licitantes para que se faça a melhor escolha possível, sem a disputa, é provável que alguns se beneficiem em detrimento de outros, ferindo a igualdade de participação.

Por fim, resta claro que os descontos mínimos que estão sendo exigidos devem ser alterados, com vistas a dar margem à disputa, permitir que as empresas se sintam confortáveis em participar da licitação e darem seus lances, sem que isso torne a proposta inexequível.

2.7. QUANTO A IMPRECISÃO DO OBJETO

Ao verificar o instrumento convocatório, os leitores, se deparam com um objeto que, a princípio pode causar dúvida quanto ao objeto a ser licitado, embora o objeto já tenha sido transcrito anteriormente, faz-se relevante sua transcrição novamente:

*1.1 O objeto da licitação é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de **fornecimento de sistema informatizado/integrado de gerenciamento para abastecimento e manutenção da frota do CREMEC**, com utilização de cartão magnético via web, conforme condições e especificações do presente Termo de Referência. (g.n)*

Pois bem, ao analisar isoladamente o objeto, é possível interpretar que, na realidade, trata-se de uma simples locação de *software* e não do gerenciamento de frota em si.

Por mais que, ao analisar o instrumento convocatório como um todo verifica-se que a intenção administrativa seja contratar um serviço de gerenciamento de frota e não uma simples locação de *software*, pois, existem inúmeras características atinentes ao gerenciamento no decorrer do edital, correto seria que o objeto fosse redigido

de forma clara para evitar dúvidas aos eventuais interessados em participar do certame.

Veja, o art. 3º da Lei 8.666/93, estipula que, a licitação tem como um dos objetivos, a obtenção da melhor proposta, e a melhor proposta necessariamente virá da competição entre os *players* para contratar com a Administração Pública.

Ao passo que, haja qualquer dúvida no objeto, pode a competição ser minimizada, pois, são inúmeros os certames que ocorrem no Brasil, e as gerenciadoras que não atuam na locação de *software* podem acabar sendo levadas ao erro e concluindo que não atendem o objeto.

A legislação pátria determina que, o objeto é um item obrigatório no instrumento convocatório e deve ser redigido de forma sucinta e clara, *in verbis*:

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; [...](g.n)

Portanto, por mais que, ao verificar o instrumento convocatório aparentemente busque a contratação do serviço de gerenciamento de frota, o objeto cria certa confusão, que se traduz em vício de legalidade e pode minimizar a competição e macular o certame.

3. DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer a esse Nobre Pregoeiro que RECEBA a presente Impugnação e suspenda o certame, para que se proceda as correções apontadas, conforme os termos apontados.

Nestes termos e com os inclusos documentos, pede provimento
ao presente.

Buri, 20 de outubro de 2020.

LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI
FELIPE FAGUNDES DE SOUZA
OAB/SP 380.278