

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA PREFEITURA
MUNICIPAL DE SANTO ANTÔNIO DE POSSE/SP**

EMENTA: FALTA DE CLAREZA EM RELAÇÃO À ACEITAÇÃO DE TAXA ZERO E NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS SOBRE ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA. VIOLAÇÃO À IMPESSOALIDADE, À MORALIDADE E À LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PELA RETIRADA DA EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL. REDUÇÃO DO PODER-DEVER DE DILIGÊNCIA.

PREGÃO PRESENCIAL 023/2022

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 10.520/2002 e a Lei 8.666/1993, 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 a 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 PRESENCIAL 023/2022 a ser realizado no próximo dia **31 de março de 2022**, cujo objeto é:

2.1. Contratação de empresa para prestação de serviços de implantação, intermediação e administração de um sistema informatizado e integrado via WEB on-line real time, através Sistema WEB on-line, utilizando a tecnologia de cartões magnéticos OU TAG's OU SIMILAR, e a utilização de sistema de gerenciamento da manutenção preventiva/corretiva de veículos em estabelecimentos credenciados em todo território nacional, através da equipe especializada objetivando subsidiar o uso do sistema de gestão e acompanhar o desempenho dos órgãos/entidades quanto aos indicadores de gestão da frota conforme especificações contidas neste Edital, para todos Veículos, Máquinas Pesadas, Tratores e Equipamentos motorizados pertencentes a Frota da Prefeitura Municipal de Santo Antonio de Posse.

No entanto, conforme se vê no edital há vícios, inclusive de legalidade, que maculam o procedimento licitatório, veja, o instrumento convocatório não é claro pois existe dúvida se é aceitável ou não taxa zero ou ainda negativa, bem como não resta estabelecido qual é o critério de atualização monetária na ocorrência.

Mas, o mais estranho é o fato de que, a Administração demonstra desídia com a coisa pública, afirmando que não realizará diligências e não exigindo a apresentação de Balanço Patrimonial, mediante justificativa pífia.

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 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;*

Mas além das cláusulas desnecessárias, há de se dizer, o *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93 é claro ao afirmar que o procedimento licitatório é julgado e processado com base em diversos princípios, e merece destaque o princípio da Legalidade, Impessoalidade e Moralidade.

Assim, considerando a existência de cláusulas ilegais inseridas no edital do Pregão em tela, considerando a justificativa pífia da Administração para se imiscuir do seu PODER-DEVER de realizar diligências e considerando o histórico dos pregões de mesmo objeto que antecederam este, 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 FALTA DE CLAREZA DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO EM RELAÇÃO À ACEITAÇÃO DE TAXA ZERO E NEGATIVA. CRITÉRIO DE JULGAMENTO CONFUSO

O objeto licitado envolve a disponibilização de um meio de pagamento informatizado via cartão magnético ou tag ou similar, para pagamento das

aquisições de combustíveis em rede de estabelecimentos credenciados, de acordo com o edital.

Pois bem. Por se tratar de um meio de pagamento, a empresa gestora de cartões tem diferentes fontes de ganha: **(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.

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 inexequíveis, 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 inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital.

A falta de previsão no edital quanto a possibilidade de oferta de descontos contribui de forma reflexa para a busca da proposta mais vantajosa. A Administração, caso desejasse não contar com taxas negativas, deveria estudar 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)

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 oferta 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, não é viável que uma licitante ofereça uma taxa negativa ou ainda zero, sem que haja previsão no instrumento convocatório, afinal, existe o risco de uma desclassificação se o posicionamento da Administração é pela não aceitação de taxa zero ou ainda negativa.

Mas além disso, a omissão da Administração em não dispor sobre a aceitação de taxa zero ou negativa, viola o disposto no art. 40, VII, da Lei 8.666/93, afinal, o critério de julgamento é confuso e há dúvidas sobre a possibilidade de se ofertar taxa zero ou negativa.

Convém citar a referida norma:

Art. 40. O edital conterá 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:

[...]

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

Inclusive, o Tribunal de Contas da União, tem jurisprudência pacífica no sentido de que, os editais devem ser redigidos com clareza, de forma a não suscitar dúvidas em sua interpretação, *in verbis*:

*Adote providências no sentido de **garantir a clareza e a objetividade na redação de editais de licitações**, de forma a **não suscitar dúvidas** em sua interpretação.*
Acórdão 1633/2007 Plenário

É impossível afirmar, conforme o texto do instrumento convocatório, se é possível ou não a aceitação de taxa zero ou taxa negativa, existe dúvida.

E a existência de dúvida no instrumento convocatório, pode gerar divergências em relação à interpretação do mesmo e isso por si só afasta a satisfação do interesse público.

É imprescindível que o instrumento convocatório seja reformado para que deixe claro a possibilidade ou não da apresentação de taxa negativa ou ainda zero.

2.2. QUANTO A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS EM RELAÇÃO À ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA

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 linha, 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.

Pois bem, o item 4.3.4, informa que será aplicada compensação financeira, na ocorrência de atraso no pagamento dos valores devidos pela Administração:

4.3.4. Será aplicada compensação financeira, quando houver atraso no pagamento dos valores devidos, por culpa exclusiva da Contratante, observada a necessidade de se apurar a responsabilidade do servidor que deu causa ao atraso no pagamento, nos termos legais.

No entanto, por mais que seja prevista alguma espécie de compensação financeira, há de se destacar, há violação ao art. 40, XIV, alínea “c” da Lei 8.666/93, uma vez que o instrumento convocatório não traz **nenhum critério de atualização financeira**:

Art. 40. O edital conterá 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:

[...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

[...]

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;

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 **CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA** dos valores em caso de atraso. Desse modo, o silêncio do edital quanto ao critério 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, assim como a falta de clareza em relação à taxa negativa, 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 aos critérios de atualização monetária no instrumento convocatório desaprecia 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.

2.3. QUANTO AO ERRÔNEO PARÂMATRO EM RELAÇÃO AO QUANTITATIVO PARA AVALIAÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

No item 9.4.1, o edital exige a comprovação de qualificação técnica, através da apresentação de atestado de capacidade técnica, o que é plenamente possível conforme a legislação, a jurisprudência e a doutrina.

Pois bem, ao analisar o item 9.4.1 do edital, verifica-se que exige-se a comprovação por meio de atestado, de que o *player* já tenha prestado serviço **pertinente** ao objeto, com **quantitativo** igual ou superior a 50% da prova de execução em serviço similar, em qualquer época.

Por outro lado, a legislação aponta que o serviço atestado deve ser equivalente, e por equivalente entende-se a soma dos atributos de **qualidade** do objeto, a **quantidade** e o **prazo**, vejamos a literalidade da legislação:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

*II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade **pertinente e compatível em características, quantidades e prazos** com o **objeto** da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*

Ou seja, os atestados são avaliados em relação à objeto, quantitativo e prazo.

Primeiramente, deve haver similaridade entre o **OBJETO**, ou seja, o objeto deve ser o mesmo que consta no edital com o que o *player* pretende comprovar sua capacidade com o objeto.

Seguindo a análise, os atestados apresentados devem ser compatíveis em razão de **PRAZO**, ou seja, se avalia, se o prazo da execução contratual atestada é compatível com a contratação que se pretende.

Por fim, se avalia a **QUANTIDADE**, e no caso o quantitativo se refere ao valor do das contratações, ao valor estimado, ou seja, o quantitativo guarda relação com o objeto, que no caso é o gerenciamento da manutenção, que é uma intermediação de pagamento, ou seja, permitir transações dentro da rede credenciada no importe de quatro milhões, por exemplo.

O instrumento convocatório no item 9.4.1.1 erroneamente esclarece que, o parâmetro adotado para avaliar o quantitativo do atestado de capacidade técnica será a quantidade de veículos e não o quantitativo do valor estimado, que será consumido, transcrevemos o item:

9.4.1.1. PARA QUE NÃO HAJA DÚVIDAS, E CONFORME DECISÃO JÁ PROFERIDA PELO TCE SP TC-00023935.989.21-0, O ATESTADO EXIGIDO NO SUBITEM 9.4.1 ACIMA SE DARÁ SOBRE A QUANTIDADE DE VEÍCULOS QUE O LICITANTE PROPONENTE IRÁ FAZER O GERENCIAMENTO DA FROTA (no caso: necessário comprovar o atestado em no mínimo 52 veículos) E NÃO SOBRE O VALOR DESTA LICITAÇÃO (o valor dessa licitação é uma ESTIMATIVA de consumo desta Administração).

Veja, foi citada uma decisão do TCE SP, no entanto, a referida decisão, sequer, se manifesta sobre a matéria em sí, a decisão, não afirma que o correto é a quantificação pelo número de veículos e realmente não é.

Data máxima vênua, isso é um absurdo, afinal, o que realmente importa é a capacidade de gerenciar um contrato vultuoso, que tenha uma quantidade de ordens de serviço tão vultuosa quando a licitação que se pretende.

O quantitativo, é e deve ser atrelado em relação ao consumo, pois, o objeto da licitação em última análise é o “consumo da manutenção” dentro do sistema, e não a capacidade de planilhar 52 veículos, o que com todo respeito, qualquer um pode fazer.

Levanta-se a seguinte questão: o que é mais complexo, gerenciar 1000 veículos em ótimas condições, senão veículos zero km ou gerenciar 50 veículos em péssimas condições?

Veja, certamente os 1000 veículos não demandarão nenhuma manutenção, já os 50 em péssimas condições, certamente demandarão.

A questão é, quanto maior o estimado da contratação, maior é a necessidade de manutenção, logo o contrato será mais complexo, mas não é possível relacionar que, quanto maior o número de veículos que compõem a frota, maior é a complexidade e necessidade de manutenção.

A licitação, tem por objetivo a contratação de uma gerenciadora para a utilização de sistema de gerenciamento da manutenção de veículos em estabelecimentos credenciados, ou seja, a ideia é consumir peças e serviços da rede credenciada.

Podemos citar, o exemplo do gerenciamento de abastecimento, cuja ideia do objeto é o consumo de combustível em rede credenciada.

Veja, a Administração, não está adquirindo veículos, portanto a quantidade de veículos é irrelevante, até porque, a quantidade de veículos realmente não implica no número de manutenções e no quantitativo consumido.

O que de fato é relevante, é o valor consumido, afinal, seja um, dez ou cem veículos gerenciados, não significa dizer que todos esses veículos serão mantidos, a quantidade de veículos, só diz respeito ao número de veículos cadastrados e não a quantidade de serviços executados, até porque, se cadastrados mil veículos, não implica dizer que todos serão mantidos.

O quantitativo do valor da contratação, tem a devida relevância, afinal, quanto maior o quantitativo, indiretamente maior o número de OSs, maior é o valor intermediado, ou seja, quanto maior o valor da contratação mais “movimento” e utilização há no sistema, o que demonstra realmente a capacidade técnica do *player*, que repita-se, não deve ser avaliada pela quantidade de veículos cadastrados.

Ou seja, num contrato de dez milhões de reais haverá um número maior de ordens de serviço do que num contrato de cem mil reais, a complexidade do contrato aumenta, afinal, existem mais ordens de serviço para serem gerenciadas, existe um número maior de repasses à rede credenciada e certamente exige-se uma rede credenciada maior, afinal, haverá a necessidade de mais manutenções.

O edital é claro ao estipular que o quantitativo deve ser “*igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) da prova de execução em serviço similar, em qualquer época*”. Portanto, por mais enfadonho que possa se tornar, vale repetir, **o número de veículos cadastrados no sistema, não é relevante**, afinal busca-se comprovar o quantitativo com base no valor estimado para o consumo mensal do objeto.

E para que fique bem claro, segundo o dicionário Aurélio consumo é:

Consumo

[Dev. de consumir.]

Substantivo masculino

01. Ato ou efeito de consumir; gasto.

02. Econ. Utilização de mercadorias e serviços para satisfação das necessidades humanas.

03. Eng. Elétr. Energia consumida por um determinado período.

Ou seja, não se gasta “veículos cadastrados no sistema”, se gasta, se consome um valor na manutenção, o quantitativo é em relação ao valor, afinal, isso demonstra o “quanto” do serviço foi utilizado.

E vale repetir, qualquer empresa, a que iniciou suas atividades a dias ou a anos, possui a capacidade de cadastrar veículos no sistema, a quantidade de veículos gerenciados não é relevante, até porque dos 52 veículos exigidos, certamente, algum pode até não precisar de nenhuma manutenção.

O número de veículos, não implica no número de ordens de serviço executadas, diz respeito ao cadastramento de veículos no sistema, o que é irrelevante.

Já o quantitativo em razão do valor estimado da contratação é relevante, afinal, chegou-se nesse importe, através de Estudo Técnico Preliminar, que avalia o número de veículos da frota, as condições dos veículos da frota, as especificidades da Administração, ou seja, a realidade da complexidade está no quantitativo, valor, e não no número de veículos.

Gerenciar um único veículo problemático, que necessita de reparos praticamente semanais é algo muito mais complexo do que gerenciar dez veículos zero km, que não necessitam de manutenção constante. Afinal, a complexidade está no fato de “movimentar” o sistema, quanto maior o estimado da contratação, haverá mais ordens de serviço, a rede credenciada será maior, haverá uma fatura mais complexa e mais repasses aos estabelecimentos, o quantitativo também leva em consideração a condição da frota.

Portanto, é fácil concluir que, não importa o número de veículos, se todos estiverem em boas condições, certamente haverá poucas ordens de serviço.

E também, foge a lógica, estabelecer o parâmetro através do número de veículos, afinal, não se “consome veículos”, mas sim manutenção, assim pugna para que o item 9.4.1.1, seja excluído do edital, e que seja adotado o valor estimado da contratação como parâmetro para analisar compatibilidade com o quantitativo.

Inclusive, para arrematar, vale dizer, tal critério na avaliação de capacidade técnica é relevantíssimo pois, pretende-se ao exigir atestado de capacidade técnica, contratar com aqueles *players* que detêm conhecimento suficiente para executar o serviço sem a ocorrência de percalços.

Dizer que uma empresa que gerenciou 52 veículos é capaz de gerenciar um contrato dessa magnitude, de quase 5 milhões de reais, é colocar em risco a satisfação do interesse público, afinal, não há como afirmar que quem gerenciou míseros 52 veículos detém o *know how* suficiente para gerenciar inúmeras Ordens de Serviço, que se somadas totalizam quase 5 milhões de reais.

2.4. QUANTO AO OBSCURO HISTÓRICO DO CERTAME E AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA POR NÃO EXIGIR BALANÇO PATRIMONIAL

Não bastasse todos os pontos tratados nos tópicos anteriores, é importante dizer que, a municipalidade de Santo Antônio de Posse/SP, já cometeu alguns erros na condução de certames do mesmo objeto.

O primeiro certame, foi o Pregão Presencial 077/2021, onde se sagrou vencedora a empresa Quality.

O referido *player*, apresentou atestados de capacidade técnica insuficientes em relação à quantitativo, afinal, os atestados não eram compatíveis em relação à prazo e quantitativo com a contratação pretendida.

Houve Recurso Administrativo, isso foi devidamente demonstrado, e ao invés de inabilitar a referida empresa, a Administração optou por **ANULAR** o Pregão:

I – O Prefeito Municipal de Santo Antônio de Posse, no uso de suas atribuições legais, torna público a todos os interessados que, nos termos do parecer jurídico anexado, o qual ACOELHO como razão de decidir, **ANULO o Pregão Presencial nº. 077/2021** anteriormente realizado, **para que seja retificada e esclarecida a qualificação técnica do certame.**

E o mais estarrecedor é que, a Administração fez alterações no edital, e publicou um novo certame para a data de 14 de dezembro de 2021:

II – Ato contínuo, haja vista as correções já realizadas pela Administração, **AUTORIZO a publicação e agendamento do NOVO Pregão Presencial , para a data de 14 de dezembro de 2021, às 09:00 horas, visando o objeto aqui avaliado:** contratação de empresa para prestação de serviços de implantação, intermediação e administração de um sistema informatizado e integrado via WEB on-

As alterações, consistiam em “deixar claro” que o quantitativo era aquele atrelado ao número de veículos e não em relação ao valor.

Ou seja, essas alterações se deram no intuito de não inabilitar a empresa Quality, no certame futuro, ou seja, o ato administrativo de fazer tal alteração no edital, visa possibilitar a contratação da empresa Quality, **evidente violação ao princípio da impessoalidade.**

No dia 14 de dezembro de 2021, ocorreu a sessão do Pregão Presencial 77/2021, com as referidas “alterações”, que privilegiariam a empresa Quality, no entanto, espantosamente a empresa sequer participou.

Nesse certame, foi classificada em primeiro lugar a empresa Carletto Gestão de Frotas LTDA., passou-se então à habilitação.

Em sede de habilitação, foram apresentados os documentos, e dentre eles o Balanço Patrimonial, que é forjado, e atestado de capacidade técnica que havia sido revogado pela Administração que emitiu o documento, em razão de falhas na execução contratual.

Foi suscitada dúvida em relação aos documentos da Carletto por esta Representante, inclusive houve a comprovação das irregularidades mencionadas, e diante a existência de dúvidas, a Administração cumpriu seu dever de realizar diligências.

Então, foi solicitada à empresa Carletto que apresentasse documentos que comprovem a veracidade daqueles documentos apresentados, vejamos um trecho da Ata da Sessão:

OCORRÊNCIAS

Ato contínuo, durante a abertura do envelope 02 - Documentos de habilitação, do licitante Carletto, o licitante participante LINK CARD solicitou que fosse apurado/diligenciado nos seguintes termos:

1. O contador Alison Andrei da Silva Furlaneto possui denúncias no CRC, reforçando o fato de que o balanço é falso;
2. Outro ponto a ser requisitado a diligência é para a comprovação de propriedade do software, bem como a propriedade do imóvel; seja solicitada a conta razão dos empréstimos efetuados;
3. que seja diligenciado todos os atestados para apurar se teve execução, quantitativo da execução se compatível com o contrato".
4. Os atestados emitidos por "Seringueiras" e "Cabixi" foram cancelados por inexecução contratual;
5. Os objetos de todos os atestados não possuem tecnologia similar a "TAG", não existe um instrumento de pagamento, tornando-se incompatível com a contratação a que se pretende; e
6. Sugiro que seja apresentado a simulação do sistema, para que se comprove que o objeto é incondizente com o que se pretende contratar.

Nesses sentido, após análise da Comissão de Licitação, constou que o licitante CARLETTO deve apresentar os documentos descritos nos itens 01 a 05 do acima contido, sem prejuízo do já solicitado pela Administração, à saber:

- Balanço Patrimonial: necessário comprovar que o documento aqui apresentado possuem veracidade de suas informações, devendo ser fornecido todos os meios legais que concluíram pelos valores ali constantes;
- Atestado de Capacidade Técnica: Necessário apresentar cópia de Contrato, nota fiscal e respectivo pagamento.

Com relação ao item 6 acima solicitado, considerando que o Edital não estabeleceu a necessidade de apresentação de qualquer tipo de amostra/avaliação prévia do objeto a ser contratado, é IRREGULAR a exigência de simulação prévia do sistema no Pregão aqui realizado, vez que caso tal ato fosse exigido como condição de habilitação, seria necessário constar previamente e mediante justificativa de interesse público quanto a tal exigência. Noutras palavras, a Administração possui o DEVER de avaliar OBJETIVAMENTE os licitantes participantes nos exatos termos do Edital, e considerando que tal ato NÃO CONSTOU em Edital, seria IRREGULAR esta Comissão exigir o referido item nos termos atuais.

Nesse contexto, fica CIENTE e NOTIFICADO o licitante Carletto a apresentar os referidos comprovantes no prazo de 08 (oito) dias úteis, ou seja, no período de 15/12/2021 a 03/01/2022, podendo tais documentos serem entregues via protocolo no Paço Municipal OU para o e-mail: licitacao@pmsaposse.sp.gov.br

Por fim, ficam todos os participantes CIENTES e NOTIFICADOS que será reaberta a sessão de Pregão Presencial na data de 11 de janeiro de 2022, às 10:00 horas, o qual comunicará o resultado das diligências obtidas e atos subsequentes.

Pois bem, o certame foi suspenso, e sua continuidade aconteceu no dia 11 de janeiro de 2022.

Nessa terceira sessão, verificou-se que a empresa Carletto, **não trouxe à baila a totalidade daqueles documentos exigidos em diligência.**

Afinal, não demonstrou a propriedade do *software* que foi escriturado no Balanço Patrimonial, alegando que o contrato é “confidencial”.

Ora, existem outros meios, inclusive mais confiáveis, de que seja comprovada a propriedade do *software* escriturado no documento contábil, poderia ser apresentada uma Nota Fiscal, comprovante bancário do pagamento, o registro no INPI, que é público, enfim, qualquer prova inequívoca da propriedade.

Nunca foi solicitado à Carletto a apresentação do suposto contrato confidencial, apenas a comprovação de propriedade, assim não há que se falar em violação à “intimidade” da empresa.

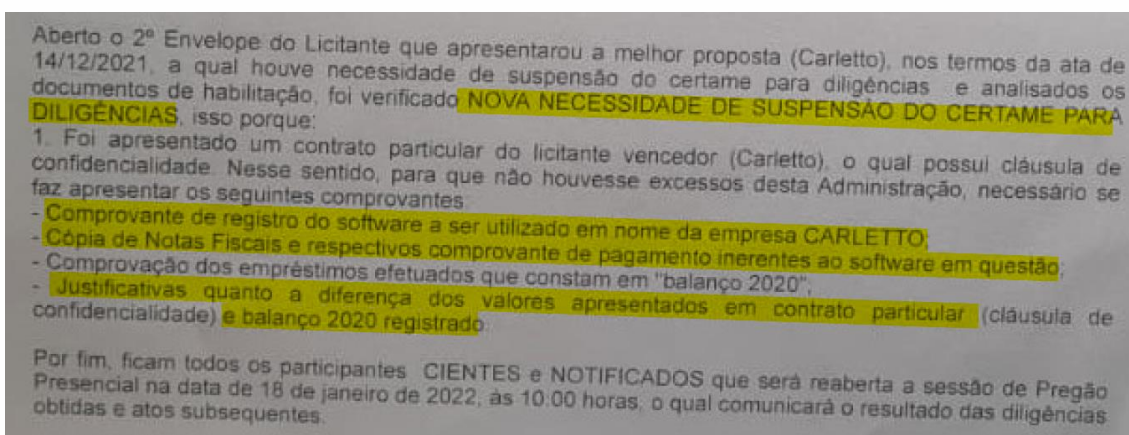
O suposto contrato confidencial foi enviado à Administração por e-mail, no entanto, **não foi autorizado sua juntada aos autos**, e isso é um evidente descumprimento à diligência realizada.

O mais estarrecedor é que na sessão, a Administração, afirmou que, “foi comprovado um valor muito maior do que aquele escriturado”, o que por si só, deixa claro que o Balanço Patrimonial é forjado, afinal, o documento contábil deve exprimir a realidade, é o que dispõe o art. 1.188 do Código Civil:

Art. 1.188. O balanço patrimonial deverá exprimir, com fidelidade e clareza, a situação real da empresa e, atendidas as peculiaridades desta, bem como as disposições das leis especiais, indicará, distintamente, o ativo e o passivo.

Considerando que, o “contrato sigiloso” não pode constar nos autos, evidentemente a diligência foi descumprida e o documento não pode ser considerado, por não fazer parte do procedimento.

Mas ao invés de inabilitar, o que seria lógico e correto, a Administração optou por conceder mais uma “chance” à Carletto, para que fosse apresentados os documentos necessários que comprovassem a legalidade dos documentos de habilitação:



O certame foi novamente suspenso, com a reabertura agendada para o dia 18 de janeiro de 2022, onde seria comunicado o resultado das diligências e os atos subsequentes.

No entanto, no dia 17 de janeiro de 2022, foi proferida uma decisão no processo administrativo que novamente **ANULOU** o procedimento licitatório.

A motivação para tanto é que, em razão das diligências efetuadas em licitação não permitirão uma análise conclusiva/objetiva sobre o balanço patrimonial apresentado pelo licitante.

Ou seja, ficou claro que a municipalidade tinha ciência da manipulação do Balanço Patrimonial, afinal, não foram apresentados documentos que comprovassem a propriedade de bens escriturados no documento contábil.

Mesmo diante do fato de que o documento é manipulado, num ato **pessoal**, optou por anular o certame, mesmo quando restou evidente que a empresa Carletto Gestão de Frotas LTDA., não atendeu aquelas exigências feitas em sede de diligência.

Convém destacar um trecho da decisão:

Despacho Autorizatório

I - À vista dos elementos constantes do presente, em especial manifestação da área contábil e parecer jurídico, nos termos da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal e subitem 24.1 do Edital, o qual acolho como razão de decidir, **ANULO** o Pregão Presencial nº. 77/2021, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços de implantação, intermediação e administração de um sistema informatizado e integrado via WEB on-line real time, com utilização de dispositivos denominados TAG's (etiqueta) com tecnologia RFID ou similar, e a utilização de sistema de gerenciamento da manutenção preventiva/corretiva de veículos em estabelecimentos credenciados em todo território nacional, através da equipe especializada objetivando subsidiar o uso do sistema de gestão e acompanhar o desempenho dos órgãos/entidades quanto aos indicadores de gestão da frota conforme especificações contidas neste Edital, para todos Veículos, Máquinas Pesadas e Equipamentos motorizados pertencentes a Frota da Prefeitura Municipal de Santo Antônio de Posse, tal ato justifica-se em razão de que as diligências efetuadas em licitação não permitirão uma análise conclusiva/objetiva sobre o balanço patrimonial apresentado pelo licitante melhor classificado.

Pois bem, nos parece que a Administração não agiu corretamente, ao anular o referido certame, afinal, comprovou-se a apresentação de documento falso. A atitude correta a ser tomada, seria a inabilitação da empresa Carletto Gestão de Frotas LTDA, a comunicação à Polícia Civil e ao Ministério Público do ocorrido e a instauração de Processo Administrativo Sancionatório, mas a Administração preferiu apenas anular o certame.

Veja, no decorrer do procedimento licitatório ficou evidente a manipulação do documento contábil, foi requerida comprovação de propriedade de bens escriturados no documento e tal exigência nunca foi cumprida.

No entanto no “novo” Pregão Presencial, o motivo desta impugnação o Pregão Presencial 023/2022, houveram alterações que privilegia a empresa Carletto Gestão de Frotas, afinal, agora não se exige a apresentação do Balanço Patrimonial.

A Administração tem se esforçado para contratar a empresa que manipula o documento contábil em preterição à essa peticionante, evidente que a retirada da exigência do Balanço Patrimonial foi feita nesse “novo” edital para permitir a contratação da Carletto.

Evidente inclusive, a violação, além da impessoalidade, da moralidade, afinal, as alterações do edital vieram para possibilitar a contratação imoral de uma empresa, que se sabe que vem apresentando documentos falsos.

A Administração tem se imiscuído do seu dever legal de inabilitar, punir e oficiar os órgãos de controle, inclusive aqueles que atuam no controle da prática de crimes.

E apenas para confirmar o que já foi confirmado pela Administração, convém dizer que, o Sr. Alison Andrei da Silva Furlaneto, recentemente foi punido pelo CRC, em razão de denúncia protocolada sob o número 2021/002264.

A referida denúncia, foi manejada por esta peticionante, demonstrando que o Balanço Patrimonial da empresa Carletto é falso e pleiteando a responsabilização do contador, que o confeccionou.

É no mínimo lógico que, se houve punição do Contador em razão de denúncia alegando a falsidade do documento contábil, significa que o Balanço Patrimonial é **forjado**, o que confirma o resultado da diligência que a Administração optou por ignorar em favor da Carletto.

2.5. QUANTO A NÃO EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL NO INTUÍTO DE CONTRATAR A CARLETTTO GESTÃO DE FROTAS.

Como já sabido, trata-se de licitação para prestação de serviços de administração e gerenciamento de frota, para tanto se revela claro que é indispensável a apresentação de documentos que comprovem a qualificação econômico-financeiro dos licitantes.

A comprovação de qualificação econômico-financeira é extremamente importante, haja vista a sensibilidade do serviço em questão, uma vez que se eventual vencedor não tiver saúde financeira, pode colocar em risco a prestação do serviço público.

Reza o artigo 31 da Lei 8.666/93, que o instrumento convocatório deve conter a exigência de documentação referente a situação econômico-financeira dos licitantes, garantindo maior segurança para a Administração Pública, *in verbis*:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

Ocorre que, o edital não exigiu qualquer documento hábil a comprovar a situação econômico-financeiro das licitantes.

Observa-se que tal “omissão”, vai à contramão da satisfação do Interesse Público, pois no certame anterior, participou uma empresa cujo Balanço Patrimonial é falso, e se comprovou em sede de diligência, diante da não apresentação dos documentos requeridos e da punição do contador perante o CRC PR.

Há violação ao interesse público, pois isso permite que a Administração contrate empresas com situação financeira duvidosa, o que indubitavelmente pode causar prejuízo.

É importante destacar que, a apresentação de Balanço Patrimonial é de suma importância para que a execução do contrato tenha a maior lisura possível.

Ora, é inadmissível afirmar que o Administração está disposta à contratar empresas que tenha uma saúde financeira duvidosa, por mais que se fale em “limitar-se-á”, a *ratio* dessa norma é que se trata de um PODER-DEVER, para garantir a satisfação dos interesses sociais, em que a Administração atua direta ou indiretamente.

Inclusive, vale ressaltar que **O VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO É QUASE 5 MILHÕES DE REAIS**, é uma contratação de primeira necessidade, afinal, busca manter a manutenção da frota.

Além disso, é importante lembrar: **inexiste qualquer ônus** ao órgão ou aos *players* que tem a intenção em participar do certame em se exigir o Balanço Patrimonial, pois, em nada essa exigência influi negativamente na celeridade do certame e em nada essa exigência causa prejuízo à competição, pois o Balanço Patrimonial é algo que toda e qualquer empresa deve ter.

Isso apenas restringe a participação daquelas empresas **aventureiras e financeiramente incapazes** de executar o contrato que se pretende firmar e não bastando, afasta aquelas **empresas que fraudam seu balanço patrimonial**, para que seja emprestada uma imagem positiva sob sua qualificação econômico-financeira, e ao afastar a possibilidade de contratar empresas aventureiras, confere-se maior segurança a Administração Pública.

Ressalta-se que infelizmente, existem empresas que cometem ilegalidades na confecção do Balanço Patrimonial, logo a exigência de tal documento é extremamente importante para afastar essas empresas que praticam fraudes, que logicamente irão causar prejuízo à Administração Pública.

Ainda há de se destacar que, ao não exigir a apresentação de Balanço Patrimonial para se comprovar a qualificação econômico-financeira, cria-se em

realidade uma violação ao princípio da isonomia, pois privilegia-se aquelas empresas irregulares em prejuízo aos *players* que atuam dentro dos limites legais.

Dessa forma, com lastro no princípio da legalidade, deve o edital impugnado incluir como exigência para habilitação a apresentação de documentos que comprovem a qualificação econômico-financeira, como forma de garantir a isonomia as empresas legalmente constituídas, resguardando ainda a segurança jurídica à Administração Pública, vez que confere a capacidade da empresa em executar o contrato em plena lisura.

Veja, a municipalidade em certame anterior, tinha exigido a apresentação de Balanço Patrimonial e se deparou com um Balanço Patrimonial forjado.

Mas no item 9.3.2, optou por excluir tal exigência, sem qualquer motivação ou justificativa convincente:

9.3.2. Por oportuno, esclarecemos que, conforme conclusões alcançadas em Pregão Presencial nº. 077/2021, fica EXCLUÍDA A EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL E DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS DO ÚLTIMO EXERCÍCIO SOCIAL, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa.

Ora, inexistente justificativa, inexistente motivação para não exigir tal documento em sede de habilitação. O único motivo que se verifica é a Administração fugir do seu dever legal de realizar diligências e tratar com pessoalidade a empresa Carletto que não conseguiu comprovar a propriedade de bens escriturados no BP e apresentou documento manipulado.

É evidente a pessoalidade da Administração em excluir algo, que em momento anterior julgou ser necessário para a boa execução do serviço contratado.

A alteração do edital para excluir a exigência é nula, imotivada e concede um tratamento pessoal àquela empresa que apresentou documento manipulado no certame anterior.

a Lei 9.784/99, Lei do Processo Administrativo Federal, impõe que, a Administração Pública obedecerá, dentre outros o princípio da motivação:

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*Parágrafo único. Nos **processos administrativos** serão **observados, entre outros, os critérios de:***

[...]

*VII - **indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;** (g.n)*

Deve haver motivação, que justifique a não exigência do Balanço Patrimonial, já que, antes de descobrir que o documento contábil da Carletto é manipulado a exigência estava plenamente alinhada com as necessidades da Administração. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ corrobora com esse posicionamento:

*Entendemos que **a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. (...)***’ (g.n)

E com todo respeito “conforme conclusões alcançadas em Pregão Presencial nº. 077/2021” não nos parece ser motivação ou justificativa suficiente para suprimir uma exigência que, não traz prejuízo à disputa, muito menos onera a proposta.

2.6. DA DESÍDIA COM A COISA PÚBLICA QUE AFASTA O DEVER DE DILIGÊNCIA

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Atlas: São Paulo, 2000, 12ª ed., 674 p., p. 195-196

Como se viu no certame anterior, foram realizadas diligências pela Administração, pois haviam dúvidas em relação aos documentos apresentados pela empresa Carletto Gestão de Frotas.

A legislação prevê a realização de diligências no art. 43, §3º da Lei 8.666/93, mas a jurisprudência é uníssona no sentido de que na realidade existe um **PODER-DEVER** em se realizar tais diligências, *in verbis*:

*“Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame **deve promover diligências** para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993)”* (Acórdão TCU nº 3.418/2014-Plenário).”

A promoção de diligências satisfaz o Interesse Público, pois confere maior segurança jurídica ao procedimento licitatório, busca a almejada verdade real, material.

Não há discricionariedade da Administração em optar ou não na realização de diligências, SEMPRE QUE HOUVER DÚVIDAS SOBRE ALGUMA INFORMAÇÃO A DILIGÊNCIA TORNA-SE OBRIGATÓRIA, é o que nos ensina Marçal Justen Filho²:

“A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se

² Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.

a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.” (g.n)

E assim foi feito pela municipalidade nas sessões anteriores.

No entanto, no certame em tela, consta uma previsão no instrumento, no mínimo estranha, que afirma que **não será realizada diligência**:

9.4.6. Por oportuno, conforme conclusões já alcançadas pela Administração nos autos do Pregão Presencial nº. 077/2021, FICAM PREVIAMENTE CIENTES TODOS OS INTERESSADOS QUE NÃO SERÁ OBJETO DE DILIGÊNCIA O SOFTWARE APLICADO, TAMPOUCO O SEU CONTRATO DE DISPONIBILIZAÇÃO DO SOFTWARE FIRMADO, COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO. NOUTRAS PALAVRAS, SERÁ AVALIADO SE O LICITANTE POSSUI QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PELOS ATESTADOS APRESENTADOS, E NÃO PELO SOFTWARE UTILIZADO.

Ora, foram requeridas diligências para que, fosse comprovada a veracidade da informação escriturada no Balanço Patrimonial, nunca se pediu a disponibilização do contrato “sigiloso”, mas sim, comprovantes de sua propriedade, como Notas Fiscais, Comprovantes Bancários, Registro da Propriedade no INPI, por exemplo.

A questão do software, não foi atrelada à capacidade técnica, mas sim a qualificação econômico-financeira da empresa, que manipulou Balanço Patrimonial e a Administração, sabendo, anulou o certame para não penaliza-la.

Esclarecido isso, é importante dizer: o item 9.4.6 é ilegal, afinal impossibilita a realização de diligência.

Veja, a lei e a jurisprudência afirmam pela existência de um **PODER-DEVER** em se realizar diligência, sendo assim, como é possível admitir que um item inserido num edital restrinja esse **PODER** da Administração?

Por mais que exista certa discricionariedade da Administração no momento da confecção do instrumento convocatório, há de se lembrar que esse “espaço” para tomada de decisão é limitado, afinal, não é possível admitir normas no edital que confrontem a legislação.

O poder de discricionariedade, se restringe as possibilidades legais, portanto ao passo que o edital afirma que não haverá a realização de diligência, o limite da discricionariedade é violado, o que torna o item 9.4.6 ilegal.

É absurdo o fato de que, a Administração está se imiscuindo do seu dever legal de realizar diligências e buscar a verdade real, tudo isso para que seja privilegiada a empresa que apresentou documento manipulado no certame anterior.

Não se discute, a moralidade desse ato administrativo é questionável, afinal, as alterações do edital, permitem a contratação de uma empresa que vem apresentado documentos falsos.

A Administração ao “minimizar” seu Poder-Dever de realizar diligências, além de violar a moralidade administrativa e a impessoalidade, acaba por afirmar que o Interesse Público é disponível.

Reduzindo sua atuação, a Administração se mostra conivente com a apresentação de documentos falsos e com empresas possuem essa prática, e isso só reforça o fato de que, a Administração busca uma contratação imoral e impessoal, afinal, no certame anterior não tomou nenhuma providência face à Carletto Gestão de Frotas e no certame atual, tem demonstrado certo “esforço” para fazer alterações no instrumento convocatório, que retiram exigências capazes de resguardar a Administração de contratar uma empresa, que tem por habito apresentar documentos manipulados.

É evidente que, o instrumento convocatório deve ser reformado, afinal, uma vez que norma do edital viola a legislação e a jurisprudência o edital está maculado pela ilegalidade.

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, 29 de março de 2022.

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