

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

URGENTE – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR
PREGÃO ELETRÔNICO Nº Nº 270/2023
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 647/2023
ABERTURA DA SESSÃO PÚBLICA: DIA 30/11/23.

Ticket Log – Ticket Soluções HDFGT S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 03.506.307/0001-57, situada na Rua Machado de Assis, n. 50, Prédio 2, Santa Lúcia, em Campo Bom – RS, telefone (51) 3920-2200, e-mail: licitacoes@edenred.com, por suas representantes legais com fulcro no que dispõe o art. 301 do Regimento Interno do Tribunal De Contas do Estado de Minas Gerais combinado com o art. 170, § 4º, da Lei 14.133/21, vem apresentar

REPRESENTAÇÃO/DENÚNCIA
COM SOLICITAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR INAUDITA ALTERA PARS

Em face do **MUNICÍPIO DE MONTES CLAROS**, inscrito no CNPJ sob o nº 22.678.874/0001-35, com endereço à Avenida Cula Mangabeira, nº. 211, Centro, na Cidade de Montes Claros/MG, CEP. 39.401-002, pelas razões de fato e de direito explanadas a seguir.

I. DA ADMISSIBILIDADE

A presente denúncia apresenta todos os requisitos legais necessários à sua admissibilidade, tendo em vista que apresentada nos termos da lei.

A TICKET SOLUÇÕES HDFGT S.A. é pessoa jurídica de direito privado e foi impedida de participar do certame supramencionado em razão de exigências restritivas e ilegais que afastaram a Administração Pública da proposta mais vantajosa.

O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais dispõe como legitimados à apresentação de denúncia, conforme redação do art. 301, *in verbis*:

“Art. 301. Qualquer cidadão, partido político, associação legalmente constituída ou sindicato poderá denunciar ao Tribunal irregularidades ou ilegalidades de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à sua fiscalização.”

A Lei 14.133/21, a seu turno, outorga tal faculdade à denunciante, de acordo com o que segue:

*“Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no [§ 3º do art. 169 desta Lei](#). (...)§ 4º **Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei.**” (grifou-se)*

Destarte, a TICKET SOLUÇÕES HDFGT S.A. é parte legítima para propor a presente Representação.

II. DA SÍNTESE FÁTICA

II.1. Das Previsões Editalícias

O Pregão Eletrônico n. **270/2023** tem como objeto:

“CONTRATAÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA OU UNIPESSOAL, ESPECIALIZADA PARA ADMINISTRAR O FORNECIMENTO, GERENCIAMENTO, CONTROLE E AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL TIPO GASOLINA COMUM, ÓLEO DIESEL COMUM, ÓLEO S10 E ETANOL, ATENDENDO A DEMANDA DO MUNICÍPIO DE MONTES CLAROS – MG.”

Ocorre que no instrumento convocatório desta licitação foram incluídas especificações que são inaplicáveis ao objeto ora licitado, considerando suas particularidades, cuja exigência e manutenção limitam a participação de um maior número de empresas, prejudicando assim o propósito maior da Licitação que é a **busca pela proposta mais vantajosa para a Administração**, através da ampla disputa.

De forma descabida a Administração exige da licitante a apresentação de índice de Índice de Liquidez Corrente (ILC), Índice de Liquidez Geral (ILG) e Índice de Solvência Geral (ISG) igual ou maior que 1,0 e a comprovação de Patrimônio Líquido igual a 10% do valor estimado para a contratação, ou seja, **cumula as duas exigências de qualificação econômico-financeira.** Exige, ainda, que a CONTRATADA garanta que os estabelecimentos credenciados pratiquem seus preços conforme a média publicada pela Agência Nacional do Petróleo – ANP.

II.2. Da Impugnação Apresentada pela Empresa Ticket Log

Diante disso, a ora Representante, apresentou impugnação, postulando a alteração do Edital para exclusão dessas exigências restritivas.

Todavia, a Administração decidiu pelo improvimento da impugnação e manteve a exigência restritiva de qualificação econômico-financeira, bem como, a exigência de que a CONTRATADA garanta que os estabelecimentos credenciados pratiquem seus preços conforme a média publicada pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, sem apresentar, contudo, embasamento legal e jurisprudencial suficiente para tanto.

Assim, diante das exigências restringirem a participação de empresas e ultrapassarem previsão legal, desrespeitando os princípios e a legislação vigente, a alternativa encontrada foi a presente denúncia.

III. ANÁLISE DE MÉRITO

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

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

III.1.a. Das Previsões Editalícias

Conforme itens a seguir, assim exige o Edital quanto a qualificação econômico-financeira vejamos:

“14 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

14.6 – Prova de possuir Patrimônio Líquido, cujo valor deve corresponder a 10% do valor estimado para a contratação, comprovado na data da apresentação da proposta, admitida a atualização na forma descrita acima.

14.7 – Análise contábil-financeira da empresa, para a avaliação de sua situação financeira, a ser apresentada em memorial de cálculo dos índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência

Geral (SG), assinada pelo contador responsável, com as seguintes fórmulas:

$$LG = \frac{\text{ATIVO CIRCULANTE} + \text{REALIZÁVEL A LONGO PRAZO}}{\text{PASSIVO CIRCULANTE} + \text{EXIGÍVEL A LONGO PRAZO}}$$

$$LC = \frac{\text{ATIVO CIRCULANTE}}{\text{PASSIVO CIRCULANTE}}$$

$$SG = \frac{\text{ATIVO TOTAL}}{\text{PASSIVO CIRCULANTE} + \text{EXIGÍVEL A LONGO PRAZO}}$$

Será considerada apta financeiramente a empresa que tiver os índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e o índice de Solvência Geral (SG) igual ou maior que 1,0 (um vírgula zero).

As fórmulas deverão estar devidamente aplicadas em memorial de cálculos juntado ao balanço. Caso o memorial não seja apresentado, o(a) Pregoeiro(a) reserva-se o direito de efetuar os cálculos”

Em que pese conste no instrumento convocatório a exigência de apresentação de Índice de Liquidez Corrente (ILC), Índice de Liquidez Geral (ILG) e Índice de Solvência Geral (ISG) igual ou maior que 1,0 e a comprovação de Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% do valor estimado para a contratação, **ele cumula as duas exigências de habilitação, deixando, portanto, de prever que, ALTERNATIVAMENTE,** quando as empresas participantes do certame não apresentarem resultado igual ou maior que 1 (um) no índice constante da cláusula editalícia, a qualificação econômico-financeira se dará por meio de comprovação de Patrimônio Líquido igual a 10% do valor estimado para a contratação.

III.1.b. Das Garantia Constitucional de Exigências Mínimas

A Constituição Federal assim estabelece no art. 37, inciso XXI. Veja-se:

“Art. 37 (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação**

técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:” (grifou-se)

Sobre o tema, leciona Marçal Justen Filho:

*“Pode afirmar-se que, **em face da Constituição, o mínimo necessário à presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório.***

*Logo, **toda vez que for questionada acerca da inadequação ou excessividade das exigências, a Administração terá de comprovar que adotou o mínimo possível.** Se não for possível comprovar que a dimensão adotada envolvia esse mínimo, a Constituição terá sido infringida.*

Se a Administração não dispuser de dados técnicos que justifiquem a caracterização da exigência como indispensável (mínima), seu ato será inválido.

Não caberá invocar competência discricionária e tentar respaldar o ato sob argumento de liberdade na apuração do mínimo. É claro que a referência constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável - não àquilo que parece ser o mínimo em avaliação meramente subjetiva de um agente”¹. (grifou-se)

Corroborando tal entendimento, segue a jurisprudência do Tribunal de Contas da união. Vejamos:

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

Não se pode perder de mira, portanto, que **quaisquer exigências fora do que é necessário para o atendimento da finalidade específica almejada pela Administração pode ser tida como inconstitucional.**

III.1.c. Do Dever de Ampliação do Certame

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, São Paulo, 2010, pág. 294:

Ademais, necessário ressaltar que, a Administração Pública deve trabalhar com o escopo de obter sempre o maior número de propostas possíveis, na busca da que lhe seja mais vantajosa, conforme disposto na Lei n. 14.133/21. Vejamos.

“Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente: (...)”

*§ 4º A apresentação de documentos far-se-á perante órgão ou comissão indicada pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis e determinar correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, **com vistas à ampliação da competição.**” (grifou-se)*

Destarte, evidente que a peça editalícia caminha em sentido contrário ao interesse público, posto que as cláusulas de qualificação econômico-financeira cumulativas limitam o universo de competidores e, assim, restringem o caráter competitivo em violação clara ao artigo acima colacionado e ao disposto no art. 9º, I, a², da Lei n. 14.133/21.

Tais disciplinas da Lei referem que toda licitação deverá resguardar o interesse público, utilizando-se, para tanto, a garantia da participação total, ampla e irrestrita das pessoas que se fizerem interessadas.

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

² Lei n. 14.133/21: “Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

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

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

Tal entendimento, é sedimentado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União que, apesar de tratar da Lei n. 8.666/93, aplicam-se também às previsões idênticas contidas na Nova Lei de Licitações. Vejamos:

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

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

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

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

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

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

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

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

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

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

*§ 5º **É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira***

suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do **caput** deste artigo limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos.” (grifou-se)

Do sobredito artigo, vale frisar o que reza seu § 5º. Vejamos:

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

A cumulação dos dois critérios de habilitação econômico-financeira ora exigidos não é prática usual nos Editais de licitação do país. Usual no sentido de comum, exigida por todos, sem que pudesse afastar a competitividade.

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

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

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

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

*“(…) Art. 24. **O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos** no art. 22º desta Instrução Normativa, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou **o patrimônio líquido**”*

mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, para fins de contratação.”

“EDITAL – PE N. 006/2023 – SEGER/ES - REGISTRO DE PREÇOS PARA GERENCIAMENTO DO ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS E DA MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DA FROTA OFICIAL

(...) 1.4.2.2 - Os **licitantes que apresentarem resultado menor do que 1,00 (um) em qualquer dos índices** referidos **serão considerados habilitados se**, conjuntamente com os documentos de habilitação, **comprovarem patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento)** ou prestarem garantia equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação, considerado o período de doze meses, na forma dos §§ 2º e 3º do artigo 31, e do § 1º do art. 56, ambos da Lei 8.666/93, respectivamente).” (grifou-se)

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

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

11.2. **Comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% do valor estimado da contratação**, por meio da apresentação do Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, apresentados na forma da Lei, exceto se já tiver contemplado no SICAF, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizado por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta.” (grifou-se)

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

(...) 9.10.4. **As empresas que apresentarem resultado inferior ou igual a 1(um) em qualquer dos índices** de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), **deverão comprovar**

patrimônio líquido de dez (10%) do valor total estimado da contratação ou do item pertinente.” (grifou-se)

Depreende-se, portanto, dispensável a exigência de Índice de Liquidez Corrente (ILC), Índice de Liquidez Geral (ILG) e Índice de Solvência Geral (ISG) igual ou maior que 1,0 para a licitação em comento, quando apresentado **Patrimônio Líquido igual a 10% do valor estimado para a contratação**, eis que tal indicativo (previsto em edital) já demonstra a saúde financeira das empresas licitantes.

III.1.d. Da Comprovação de Capacidade Econômico-Financeira

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

Também vale destacar o entendimento sedimentado pelo Tribunal de Contas da União na Súmula 275 do Tribunal de Contas ao demonstrar que se opõe de forma clara à eventuais previsões restritivas como forma de comprovação da qualificação econômico-financeira, conforme demonstrado a seguir:

*“SÚMULA 275 - TCU: Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa**, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.”*

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

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

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

Logo, a lei nº 14.133/21 concedeu ao gestor público a possibilidade de eleger, caso a caso, os índices mais adequados à contratação. No entanto, conforme estabelecido na Súmula nº 289 do TCU, a exigência dos índices contábeis escolhidos somente se legitimará se houver justificativa no processo de licitação.

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

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

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

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

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

Sobre o tema, leciona Marçal Justen Filho:

*“O TCU vem manifestando orientação no sentido de evitar a consagração de exigências amplas, no tocante à qualificação econômico-financeira. Assim, há decisão no sentido de que **apenas quando os índices do balanço patrimonial não forem iguais ou inferiores a 1, é que a licitante deverá comprovar que possui capital mínimo ou patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação e vice-versa.**”³(grifou-se)*

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

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

*“REPRESENTAÇÃO. **IRREGULARIDADES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO DE TOMADA DE PREÇOS QUE RESTRINGIRAM O SEU CARÁTER COMPETITIVO.** DETERMINAÇÕES. MULTA ... Relatório do Ministro Relator Adoto, como relatório, a instrução do Auditor Federal de Controle Externo: **O dispositivo do Art. 31 da Lei 8.666/93 deixa quatro alternativas ao administrador assegurar-se de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o ajuste a ser celebrado: a) Índices contábeis iguais ou superiores a 1,0; b) capital social mínimo; c) patrimônio líquido***

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pág. 475

mínimo ou d) prestação de garantia, limitada a 1% do valor estimado para o contrato. Tais hipóteses não são cumulativas, mas permitem uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei. (TCU – Acórdão 6613/2009 – Primeira Câmara) (grifou-se)

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

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

85. No intuito de conhecer a abrangência das exigências de qualificação econômico-financeira nos processos licitatórios para contratação de serviços terceirizados foram, consultados editais de vários órgãos federais e percebeu-se que, embora a legislação permita exigência maior, somente tem-se exigido a comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando quaisquer dos índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral são iguais ou inferiores a 1 (um).” (TCU – Acórdão 1214/2013 – Plenário)(grifou-se)

Nota-se, assim, ser corrente nos certames a exigência de apresentação de tais índices no valor igual ou superior a 1,0 ou **ALTERNATIVAMENTE** Patrimônio Líquido em percentual sobre o valor do Contrato, conforme já assentado na doutrina e na jurisprudência.

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

Para mais, ao se falar de índices contábeis, capital social e patrimônio líquido é bom evidenciar que todas essas figuras podem ser objeto de exigência para aferição da qualificação econômica, de acordo com o texto da nova Lei de Licitações. São figuras distintas e que remetem à leitura específica, pois **a avaliação financeira de uma empresa demanda a análise por vários critérios, inclusive pela verificação de seu porte.**

O Acórdão nº 647/2014, do TCU, demonstra isso de maneira didática e deve ser lido com atenção para uma compreensão geral da matéria. Vejamos:

*“Há relação unívoca entre os investimentos desejados e o capital necessário à sua realização, seja ele próprio, de terceiros ou uma combinação de ambos. **Assim, o porte (tamanho em termos financeiros) absoluto da entidade deve ser levado em consideração quando se avalia a capacidade econômico-financeira.***

Os indicadores de liquidez (geral ou corrente) não oferecem visão alguma sobre o porte da entidade em termos absolutos.

*Como cuidam de expressar a relação entre os ativos de maior liquidez (aqueles que se imagina sejam conversíveis em moeda mais rapidamente) e os passivos que devem ser liquidados mais prontamente, **no caso da liquidez corrente, e entre os ativos de maior liquidez, somados aos que não deverão ser convertidos em moeda tão rapidamente, e os passivos totais, no caso da liquidez geral, a questão do porte é ignorada.***

A seguir, transcrevo as formas clássicas de cálculo desses dois indicadores de liquidez já adaptadas às alterações promovidas pela Lei 11.941/2009 à Lei das Sociedades Anônimas:

- Liquidez Geral: (Ativo Circulante + Ativo Realizável a Longo Prazo) / (Passivo Circulante + Passivo Não Circulante)

- Liquidez Corrente: Ativo Circulante / Passivo Circulante

Os indicadores acima buscam capturar exclusivamente a capacidade de sobrevivência financeira da entidade ao longo do tempo, e guardam relação muito tênue com a capacidade econômico-financeira da entidade de prover os serviços ou produtos que a administração necessita.

Assim, quando a administração adota exclusivamente os índices de liquidez para definir a capacidade econômico-financeira das licitantes, na verdade, corre o risco de selecionar empresas sem capacidade para fornecer os produtos/serviços.

A título de exemplo, duas empresas de diferentes portes podem apresentar as seguintes estruturas contábeis para um dado exercício social:

Empresa A				Empresa B			
Ativo		Passivo		Ativo		Passivo	
Circulante	115.000.000	Circulante	110.000.000	Circulante	50.000	Circulante	36.000
Não Circulante:				Não Circulante:			
Realizável a Longo Prazo	260.000.000	Não Circulante	240.000.000	Realizável a Longo Prazo	40.000	Não Circulante	30.000
Imobilizado	500.000.000	Patrimônio Líquido	525.000.000	Imobilizado	60.000	Patrimônio Líquido	84.000
Total	875.000.000	Total	875.000.000	Total	150.000	Total	150.000

O índice de liquidez geral da Empresa A é 1,071, enquanto o da Empresa B é 1,36. Já o índice de liquidez corrente da Empresa A é de 1,045; o da Empresa B é 1,39.

Embora as duas empresas fossem habilitadas a participar de um certame para fornecimento de serviços ou produtos por apresentarem indicadores de liquidez maiores que 1 (valor tomado como indicativo de suficiente capacidade econômico-financeira), a Empresa B teria, provavelmente, limitações para prestar serviços ou fornecer produtos de maior vulto incompatíveis com a sua estrutura de ativos.

A adoção de critério único para comprovação de capacidade econômico-financeira da empresa, por meio de índices de liquidez, pode levar, na fase de execução do contrato, à frustração do objetivo para o qual a licitação foi realizada. (grifou-se)

Nesse raciocínio, a exigência de patrimônio líquido demonstra mais claramente a real situação econômica de uma empresa.

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

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

Sendo assim, a exigência editalícia, mostra-se, além de ilegal, claramente restritiva, sendo capaz também, de **diminuir a participação das empresas no presente certame**, pois da forma como o Edital foi elaborado, o pregão certamente ficará prejudicado, face à inviabilidade de algumas das Licitantes em atenderem a exigência relativa à qualificação econômico-financeira.

III.1.e. Do Princípio da Legalidade

Para mais, manter esta exigência, afronta o Princípio da Legalidade, o qual está insculpido no art. 1º, caput, da Magna Carta não apenas para o procedimento licitatório como para o contrato que o sucede, significa que a atividade da Administração está vinculada/adstrita, ao que dispõe a lei.

O princípio da legalidade circunscreve a ação da Administração Pública em termos do que ela pode fazer e como pode fazer, ou seja, ela age em consonância com o disposto pela lei.

Com efeito, a Administração não é livre para agir; ela só age *secundum legis*, com o conteúdo e sob a forma previstas em lei. A legalidade se desdobra em dois momentos distintos: o da submissão do agir à lei e o do controle dessa submissão. No primeiro momento importa a natureza derivada da atuação da administração pública ao complementar, seja com preceitos normativos secundários, seja com comandos concretos, a normatividade legal. No segundo momento o que importa é o controle dessa submissão, seja por parte dela própria, seja por parte de órgãos competentes para exercê-lo nos demais Poderes do Estado, manifestado *ex officio* ou provocado por quem a lei reconheça legitimidade para fazê-lo.

Nesse sentido, cabe trazermos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”⁴

Pelas razões expostas requer-se a reformulação do item questionado do edital, para que exija a apresentação **alternativa** de comprovação de Patrimônio Líquido **igual a 10% do valor estimado para a contratação**, quando não atingidos Índice de Liquidez Corrente (ILC), Índice de Liquidez Geral (ILG) e Índice de Solvência Geral (ISG) igual ou maior que 1,0.

II.2. Da Exigência da Média ANP

Outrossim, acerca da exigência de que as empresas licitantes garantam que os estabelecimentos credenciados pratiquem seus preços conforme a média publicada pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, o Edital impõe as seguintes obrigações à CONTRATADA. Vejamos:

“6.16 – O valor por litro de combustível não poderá ser superior ao preço médio mensal divulgado pela ANP para Município de Montes Claros/MG.

(...)

6.20 – Controle e gestão de consumo de combustível e seu custo, a cargo do fiscal do Contrato, sendo que a CONTRATADA deverá garantir que os preços dos combustíveis não ultrapassem os valores médios à vista praticados pelo mercado, estabelecidos pela Agência Nacional do Petróleo.

(...)

19.6 – A prestação do serviço dar-se-á nos termos especificados neste Termo de Referência, que integra o Edital independentemente de transcrição. Observa-se que o percentual de desconto dos combustíveis incidirá sobre os preços indicados nas bombas. Havendo divergência na data do fornecimento, entre o valor indicado na bomba

⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 490.

e a média do valor por litro praticado no mercado varejista de Montes Claros e, considerando a publicação da média mensal ANP, o percentual de desconto incidirá sobre o menor valor.”

De pronto, verifica-se que tal exigência, além de onerar de forma desproporcional a gerenciadora licitante, prejudica a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Este tipo de obrigação não pode ser aplicada ao objeto ora licitado, eis que devem ser consideradas suas particularidades.

Não obstante, também implica na limitação da participação de um maior número de empresas, prejudicando, assim, o propósito maior da Licitação que é a **busca pela proposta mais vantajosa para a Contratante**, por meio da ampla disputa, conforme se demonstrará a seguir.

II.2.a. Da Decisão Exarada pelo TCE/PE

Em denúncia realizada pela Ticket Log ao Tribunal de Contas de Pernambuco, foi determinada a ilegalidade da Contratante exigir do Contratado a devolução dos valores resultantes da diferença entre os abastecimentos realizados, conforme Acórdão que segue em anexo com trecho abaixo colacionado:

*“**determino** à Secretaria de Administração e Gestão de Pessoas do Recife que, caso dê continuidade ao Pregão Eletrônico nº 05/2020, Processo Licitatório nº 05/2020, providencie as correções das falhas apontadas no Relatório Preliminar de Auditoria, bem como, observe as seguintes orientações:*

- 1. Abstenha-se de exigir emissão de nota fiscal eletrônica a cada abastecimento ao invés do fornecimento mensal em conjunto com os demais documentos de cobrança;*
- 2. **Abstenha-se de exigir do contratado a devolução dos valores resultantes da diferença entre os abastecimentos realizados com preços superiores e o preço médio pesquisado pela Agência Nacional do Petróleo na semana do abastecimento;***
- 3. Estabeleça o critério de aceitabilidade dos preços que poderão ser praticados no contrato baseados no preço médio pesquisado no período anterior pela Agência Nacional do Petróleo - ANP, no*

município mais próximo ao do posto de combustível utilizado, salvo existência de aplicativo que forneça os preços dos combustíveis desses estabelecimentos no ato de cada abastecimento;

4. **Abstenha-se de delegar o controle dos preços que poderão ser praticados no contrato à contratada;**
5. **Estabeleça que o controle dos preços que poderão ser praticados no contrato deverá ser realizado pelos fiscais e gestores do contrato com base no preço médio da pesquisa periódica dos preços de mercado realizada pela Agência Nacional do Petróleo - ANP e de recursos dos sistemas informatizados que poderão ser disponibilizados pela contratada”.**

II.2.b. Do Sistema de Gestão de Frota

Nessa perspectiva, importante esclarecer que os serviços pretendidos – gestão de frota – consistem na quarteirização da atividade de manutenção e abastecimentos de veículos, onde a empresa seleciona gerencia, por meio de sistema informatizado, o fornecimento de combustíveis, os quais serão realizados pela rede de estabelecimentos conveniados.

Em linhas gerais, o serviço licitado constitui-se em um sistema tecnológico integrado, que se apresenta com duas funcionalidades básicas: ferramenta de controle e gestão e meio de pagamento do consumo, cuja utilização dispensa o condutor da obrigatoriedade de pagar o combustível no ato do abastecimento, bem como, preencher recibos, planilhas de controle que comprovem a efetivação do procedimento, haja vista que o mecanismo de captura de informações (cartão e terminal de leitura) que integra o sistema encarregar-se-á de liberar a transação, além de registrar todas as informações necessárias (referentes aos veículo, ao condutor, ao posto e ao próprio abastecimento), para o posterior reembolso do combustível utilizado.

II.2.c. Da Exigência Contida no Edital

Conforme Edital, a empresa CONTRATADA deverá disponibilizar aos usuários uma rede credenciada de postos de bandeiras diversas, estrategicamente

distribuídos, de acordo com a localização das bases operacionais da frota, de forma a minimizar as distâncias necessárias para o abastecimento, nada até esse momento que não possa ser devidamente cumprido.

Nos moldes da exigência pretendida, a Administração pagará o menor dos valores entre o de bomba e os médios estabelecidos pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível - ANP, e a eventual diferença entre o valor praticado e o médio estabelecido pela ANP será absorvido pela empresa gerenciadora.

No entanto, estabelece o instrumento convocatório, escorado equivocadamente no princípio da economicidade, que os valores dos combustíveis fornecidos pela rede credenciada devam ser vinculados ao Preço Médio ao Consumidor, publicado no site oficial da Agência Nacional do Petróleo – ANP, sendo os pagamentos realizados de acordo com o valor divulgado.

Com a adoção da pretendida e fatigante metodologia ficará a cargo da Administração licitante conferir, por meio do gestor/fiscal do contrato os valores praticados pelos estabelecimentos credenciados, e assim determinar em quais postos os usuários deverão realizar os abastecimentos, realizando tal mister periodicamente, a fim de emitir a relação daqueles com menores preços por combustível, nos quais os veículos serão autorizados a abastecer. Ou poderão abastecer em qualquer posto, independentemente de travas do sistema de gestão, glosando após o abastecimento as diferenças de valores pagos da empresa gerenciadora licitada, como se fosse a própria fornecedora de combustível.

Assim, a diferença entre o valor praticado e o médio estabelecido pela ANP será, conseqüentemente, absorvido pela empresa gerenciadora, o que configura abuso de direito e implica em prejuízos, que desequilibra a relação contratual,

ainda mais no cenário atual da economia onde os reajustes nos combustíveis são constantes.

Logo, cria o critério “média da média”, ou seja, quando o abastecimento é feito em posto de combustíveis com preço inferior a tabela ANP, o ente público pagará o preço da bomba, entretanto, caso o preço seja superior, caberá a empresa gestora arcar com essa diferença!

II.2.d. Dos Valores Informados pela ANP

Convêm explicitar, que os valores informados pela ANP são informativos, cuja metodologia consiste em selecionar um número aleatório de postos (em alguns casos um único posto) conferindo um panorama dos valores praticados pelos postos em determinada localidade (Município, Estado ou do País), tratando-se por tanto de sistema de levantamento de preços.

Sobre o tema, amplo estudo realizado AGEV – Associação de Gestão de Empresa de Veículos, cujo parecer segue em sua totalidade. Vejamos:

“Está dentro do escopo de competências legais da Agência Nacional do Petróleo a realização de pesquisas de mercado com o objetivo de divulgar parâmetros de preços de combustíveis fósseis?”

Resposta: A Agência Nacional do Petróleo, entidade integrante da administração federal indireta, instituída por meio da Lei 9.478, tem como competência o fomento de atividades de proteção do mercado de consumo de combustíveis. Dentro do escopo da atividade, está a realização de pesquisa de preços de mercados, com a finalidade pedagógica e instrutiva.

Essa competência, contudo, não abrange, a minguada de autorização legal, a ingerência da ANP em contratos administrativos de terceiros. Cristalino é, portanto, que se cuida de postura não abarcada pelo marco regulatório em vigor e não há norma impondo a utilização da tabela de referência nos contratos de gestão de frotas de veículos.”

“(ii) Há norma jurídica vigente que autorize a administração pública direta e indireta de usar como parâmetro de glosa dos

faturamentos mensais de venda de combustíveis pelo fornecedor ao órgão licitante os resultados de pesquisas de preços de combustíveis divulgados pela Agência Nacional do Petróleo?

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

Assim, os valores extraídos não constituem em tipo de tabelamento de preços, nem fixação de valores máximos e mínimos ou exigência de autorização oficial prévia para reajustes de preços dos combustíveis em qualquer etapa da comercialização. Visa na verdade, analisar indícios de prática anticoncorrenciais.

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

Ou seja, em ambos os casos, fica impossível cumprir tal previsão editalícia. No primeiro, porque terá que arcar com um custo que não provocou, gerando obrigação desproporcional de arcar com a diferença de custo. E no segundo, porque não pode obrigar que os estabelecimentos credenciados aceitem a exigência de vender conforme referência da ANP.

II.2.e. Da Impossibilidade Jurídica De Controle De Preços. Afronta A Lei Federal Nº 9.478/97

Sendo assim, ao determinar a utilização de um limitador de preço (média ANP), verifica-se uma tentativa do Poder Público em transferir para as empresas Gerenciadoras um controle de preços **que nem a própria Administração Pública pode fazer, uma vez que tal controle é ilegal.**

Trata-se de uma obrigação imposta a qual é impossível de ser cumprida, visto que não há autorização legal para controle dos preços dos combustíveis, não podendo os prejuízos de uma obrigação impossível ser imputada a Gerenciadora uma vez que a impossibilidade (não realização) do cumprimento da obrigação de fazer não decorre de culpa da Empresa, o que nos termos do Artigo 248, do Código Civil, resolve a obrigação:

“Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.”

A Lei Federal nº 9.478/97 flexibilizou o monopólio do setor de petróleo e gás natural, tornando aberto o mercado de combustíveis no país. Os postos são administrados por pessoas jurídicas distintas e autônomas, que podem praticar margens variáveis conforme seus planos comerciais, visto que os preços não são tabelados nem estão sob controle governamental, tampouco podem ser controlados pela Gerenciadora que não é proprietária de sua rede credenciada.

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

Sobre o tema “obrigação impossível” o STJ tem o seguinte entendimento:

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

*Para a ministra Isabel Gallotti, ainda que a divergência apontada pela reclamação não seja baseada em súmula ou recurso repetitivo, **a decisão é absurda, pois impõe à empresa obrigações que dependem da vontade de terceiro, tornando impossível o seu cumprimento.**” (Processo: Rcl 6587)*

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

Ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive na Lei de Licitações ou na doutrina administrativa especializada, não existe previsão para que a tabela de referência de preços divulgada pela ANP seja utilizada como teto indenizatório nos contratos administrativos.

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

superior àquele divulgado pelo Governo, Estado ou Município, o que, por óbvio, não é sua responsabilidade!

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

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

II.2.f. Da Manutenção Econômico-Financeira do Contrato

Importante considerar, ainda, que a Constituição Federal, mais especificamente em seu Art. 37, inciso XXI, obriga a Administração a manter as condições iniciais da contratação.

Trata-se de uma proteção Constitucional contra impactos imprevisíveis, ou previsíveis, mas incalculáveis, no decorrer da execução do contrato, que desequilibra o seu preço, fazendo com que ocorra a necessidade de requerer o seu reequilíbrio econômico-financeiro, vejamos:

“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: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo

*de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifou-se)*

Deste modo, a efetividade da proposta se dá através do preço de bomba no momento do abastecimento, ainda que estes sofram “flutuações do mercado”, mas sempre será o valor de bomba.

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

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

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

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

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

Prejuízo esse que ela não deu causa!

Neste sentido, o prejuízo contido no Edital em comento, por questões legais, não poderá ser suportado pela CONTRATADA, que, obrigatoriamente, terá que requerer que se restabeleça o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como preceitua os artigos citados abaixo, todos da Lei 14.133/21, veja-se:

*“Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (...)*

§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

(...)

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

(...)

Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.”
(grifou-se)

Desta forma, pelo princípio do “*venire contra factum proprium*”, que significa a vedação de comportamento contraditório, no caso, incompatível com o anterior, não seria razoável que a Administração de maneira consciente fizesse constar

em edital obrigação que nitidamente gerará obrigação de reajustar os valores do contrato, em face de prejuízo previsível a CONTRATADA.

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

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO. EMPREITADA. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. (...). A alteração do preço deve guardar uma relação direta de proporcionalidade com o aumento/diminuição quantitativa do objeto, sob pena de desequilíbrio econômico-financeiro da avença. Não pode a embargante arcar com custos que não existiram, simplesmente porque a contratação foi realizada por preço global, as condições reais devem prevalecer sobre o que foi avençado. (...) Deve ser aplicada na espécie os princípios que regem a boa-fé objetiva nos contratos quando o silêncio intencional de uma das partes a respeito do fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado constitui omissão dolosa (art 47, CC/02).⁵”

Nesse sentido, mais uma vez, cita-se o amplo estudo realizado pela AGEV.

Vejam os:

“(iii) Constitui abuso do direito pela Administração Pública, quando da execução de contratos administrativos de fornecimento de combustíveis, a conduta de glosar valores a partir dos valores de referência divulgados pela Agência Nacional do Petróleo?”

Resposta: Sim. A administração pública, ao estipular determinação no sentido de glosar os valores do combustível com base na tabela de referência da ANP, incorre, sem dúvida alguma, no ato ilícito previsto no Artigo 187 do Código de 2002. O abuso do direito é evidenciado uma vez que a inserção das referidas glosas no contrato excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé contratual e promove gravíssimo desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de prestação de serviços de gestão de frotas, o que gera demasiado prejuízo ao associado da AGEV.”

Assim, é nítida que a imposição do uso da tabela de preços da ANP afronta ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, da

⁵ STJ, 2ª Turma, REsp 1670514 Rel. Ministro Herman Benjamin, jul. em 09.06.2015

boa-fé objetiva e das limitações aos poderes exorbitantes da administração pública no contrato administrativo.

II.2.g. Da Falsa Ideia de Economicidade

O argumento de que a cláusula editalícia que visa utilizar o preço médio cotado pela ANP, representa maior economicidade ao órgão também não merece prosperar.

Isso porque, quando o órgão limita o sistema gerenciador pelo valor de referência da ANP, limita demasiadamente o universo de fornecedores aptos a fazer parte da rede credenciada.

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

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

Desnecessário frisar a este r. Tribunal que tal prática fere de morte o princípio da sustentabilidade que deve ser levada em conta no amplo conceito de vantajosidade:

*“(...) um processo pelo qual as organizações tendem a satisfazer as suas necessidades de bens, serviço, obras e serviços públicos de **uma forma que agregue valor para o dinheiro em uma base de toda a vida em termos de geração de benefícios, não só para a organização contratante, mas também para a sociedade e a economia, enquanto minimiza os danos para o ambiente.** Compras sustentáveis devem considerar as consequências ambientais, sociais e econômicas de: projeto; utilização de materiais não renováveis; fabricação e métodos de produção; logística; serviço de entrega; uso; operação; manutenção; reutilização; opções de reciclagem; disposição; e capacidades dos fornecedores para lidar com essas consequências em toda a cadeia de abastecimento”*
(Departament for Enviroment Food and Rural Affairs, 2006, p. 10)

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

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

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

II.2.h. Da Conclusão

Assim, é nítida que a imposição do uso da tabela de preços da ANP (média ANP) afronta ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do

contrato, da boa-fé objetiva e das limitações aos poderes exorbitantes da administração pública no contrato administrativo. Na verdade, além de realizar a gestão de frotas, o órgão aumenta o escopo do objeto licitado, obrigando o Contrato de forma involuntária e desproporcional a regular também os preços dos combustíveis e mais: arcar com prejuízo ao qual a Gerenciadora não deu causa.

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

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

Com a alteração solicitada, além de conferir objetividade ao julgamento das propostas (uma vez que qualquer proposta que contemple valor superior será desclassificada, não sendo necessário verificar qualquer aspecto casuístico), os licitantes não se sujeitarão a “surpresas” (glosas etc.), **mantendo incólume a boa-fé da relação, e dando azo ao cumprimento dos princípios da sustentabilidade, eficiência, moralidade e real vantajosidade.**

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

IV. DA SOLICITAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR *INAUDITA ALTERA PARS*

O corolário lógico diante da irregularidade do edital do referido Pregão Eletrônico é a imprescindibilidade da determinação de suspensão dos seus efeitos, para resguardo da segurança jurídica da contratação, uma vez que tanto a exigência cumulativa dos itens de habilitação econômico financeira, quanto a que a CONTRATADA garanta que os estabelecimentos credenciados pratiquem seus preços conforme a média publicada pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, restringem a participação de uma número maior de empresas no certame, prejudicando assim o propósito maior da Licitação que é a **busca pela proposta mais vantajosa para a Administração**, por meio da ampla disputa.

Em relação ao item do Edital, o qual prevê exigência restritiva de qualificação econômico-financeira, cumulando duas das previsões contidas na legislação, necessário reforçar que é contrária ao entendimento jurisprudencial pacificado do Tribunal de Contas da União, eis que este reconhece a exigência alternativa do percentual de patrimônio líquido nos casos em que os licitantes não atinjam os índices contábeis. Vejamos:

“REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU

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

85. No intuito de conhecer a abrangência das exigências de qualificação econômico-financeira nos processos licitatórios para contratação de serviços terceirizados foram consultados editais de vários órgãos federais e percebeu-se que, embora a legislação permita exigência maior, somente tem-se exigido a comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando quaisquer dos índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral são iguais ou inferiores a 1 (um). ” (TCU – Acórdão 1214/2013 – Plenário)(grifou-se)

Ressalta-se que o *fumus boni iuris* é consubstanciado na afronta à Lei, tendo em vista a inadequação das exigências editalícias, que atentam contra o princípio da isonomia e da competitividade, insculpidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e nos art. 9º, I, a⁶ e 80 da Lei n. 14.133/21.

O *periculum in mora*, de sua banda, reside no risco potencial de um prejuízo ao Erário, uma vez que a exigência questionada, a qual carece de fundamento legal pertinente e não apresenta justificativa hábil, inibe a participação de um maior número de empresas, reduzindo a competitividade e a busca pelo preço mais vantajoso para a Administração Pública, ou seja, a demora na análise da presente denúncia trará prejuízos aos licitantes interessados e ao Município

O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo se evidencia em razão do certame ocorrer dia 30/11/2023. Estando, portanto, iminente a

⁶ Lei n. 14.133/21: “Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

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

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

abertura da sessão do pregão questionado, o que justifica a apresentação da presente medida, em caráter de urgência.

Destarte, deve ser suspenso o Pregão Eletrônico até a decisão do mérito dos presentes autos.

V. REQUERIMENTOS

DIANTE DO QUE EXPOSTO, e do mais que nos autos consta, requer a Vossa Excelência que:

- i. DETERMINE, em sede de medida cautelar, a **SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO** até que seja verificado o mérito da presente Representação; alternatively, caso não seja apreciada a tempo, que seja determinada a suspensão do julgamento das propostas e da assinatura de contrato;
- ii. No mérito, **JULGUE PROCEDENTE A PRESENTE DENÚNCIA**, a fim de determinar que a Douta Comissão de Licitação altere o edital do Pregão Eletrônico em referência, anulando-o ou adequando à lei mediante a retificação nos termos propostos, a fim de garantir a legalidade do certame, bem como ampliação da disputa e a garantia do alcance a proposta mais vantajosa.
- iii. Por fim, comunicar a interessada sobre a decisão deste Tribunal de Contas.

Nestes termos, requer deferimento.

Porto Alegre, 27 de novembro de 2023

DOCUMENTOS ANEXOS:

1. PROCURAÇÃO
2. Atas - Estatuto Consolidado, Eleição, Aprovação e Alteração
3. OAB YASMINE DE CAMARGO CUNHA PINTO
4. EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 270/2023
5. IMPUGNAÇÃO EMPRESA TICKET LOG
6. RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO EMPRESA TICKET LOG