

**ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DA PREFEITURA MUNICIPAL
DE CABO FRIO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

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

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 036/2021

PROCESSO ADMINISTRATIVO: 6808/2021

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,
inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, 11 - 2º Andar
- Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-
mail: renato.lopes@primebeneficios.com.br, por intermédio de seu procurador subscrito
in fine, vem, respeitosamente, termos do 24 do Decreto n.º 10.024/19 e item 1.6 do Edital,
IMPUGNAR o Instrumento Convocatório, consoante motivos a seguir determinados:

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

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

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

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

*Art. 110. Na **contagem dos prazos** estabelecidos nesta Lei, **excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento**, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.*

*Parágrafo único. **Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.** (Grifo nosso)*

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

Quarta	Quinta	Sexta	Final de Semana	Segunda	Terça
24/11/21	25/11/21	26/11/21	27/11 e 28/11/21	29/11/21	30/11/21
Data do envio	3º dia útil Término da contagem. <u>Inclui-se este dia</u>	2º dia útil		1º dia útil	Abertura das propostas Início da contagem <u>Exclui-se este dia</u>

II - DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, contados da sua interposição junto à Administração Pública, **como determina o § 1º do Decreto nº. 10.024 de 2019:**

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

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

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 30/11/2021 as 14:00 horas, a abertura do Pregão Eletrônico nº 036/2021, para o seguinte objeto:

“CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO DE GERENCIAMENTO DO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS (GASOLINA, DIESEL COMUM E DIESEL S10) PARA OS VEÍCULOS QUE COMPÕE A FROTA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CABO FRIO, COM UTILIZAÇÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO COM MICROCHIP, POR MEIO DE SISTEMA INFORMATIZADO E INTEGRADO, COM MONITORAMENTO VIA WEB, conforme descrito e especificado no ANEXO I – Termo de Referência parte integrante deste Edital.”

Em detida análise ao edital constatou-se **ilegalidades** que afrontam o Comando Constitucional que determinou a realização de procedimento licitatório, a qual macula de forma cabal os Princípios norteadores da licitação, pois restringem a participação de potenciais licitantes, frustrando os princípios da isonomia e seleção da *proposta mais vantajosa*.

DA TAXA NEGATIVA

Em análise do citado edital, a Contratada não menciona a possibilidade de admissão de lances com taxas negativas.

Cumpre esclarecer que não pode haver subjetivismo no edital, pois, afronta a Lei n.º 8.666/93, aplicada subsidiariamente, principalmente no quesito julgamento objetivo:

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.

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Portanto, deve constar no edital de forma clara se aceitará ou não a oferta de taxa negativa para fins de julgamento.

Entende-se que, ao determinar o critério de julgamento como “MENOR PREÇO”, está incluindo a taxa negativa. Porém, há quem diga sobre a impossibilidade de se ofertar taxa negativa, pelo fato de configurar um desconto para a Contratante.

Adiantando a questão, em caso **de eventual impossibilidade de aceitar taxa negativa, o que se mostra totalmente ilegal**, deve-se entender todo o processo de terceirização (Terceirização da Administração pública para a Contratada, que terceiriza para a Rede Credenciada), é mister atear que existem serviços no mercado em que a

remuneração do prestador é feita por meio de taxa de administração, cobrada sobre o valor do serviço intermediado.

Este é o modo que atuam as administradoras de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível. Nesses casos, a empresa cobra uma taxa ou comissão sobre o valor total das operações intermediadas.

Os exemplos citados são considerados serviços comuns, logo são licitados na modalidade pregão, a qual permite a redução dos preços na fase de lances.

Ocorre que, em certas circunstâncias, as taxas de administração propostas podem ter valor nulo ou, até mesmo, negativo. Considerando que o art. 44, §3º, da lei n.º 8.666/93 não admite propostas com preço irrisório ou de valor zero, poderia o pregoeiro aceitar uma oferta de taxa de administração nula ou negativa?

A resposta à indagação é positiva. A proposta da administradora poderia ser aceita em razão da forma como esse serviço é executado. Isso porque a renda dos particulares prestadores de tal serviço decorre de três principais fontes: da contratante, de aplicações financeiras e dos estabelecimentos credenciados. Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, expresso na decisão 38/1996 - plenário.

Deixe-se assente que, no que é pertinente às licitações destinadas ao fornecimento do **gerenciamento de frota para fornecimento de combustíveis**, 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;

O voto do relator teve por motivo o seguinte raciocínio:

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).

E este entendimento já está pacificado na Corte de Contas Federal:

Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, encaminhada pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., sobre possíveis irregularidades no pregão presencial 53/2011 – CSL, conduzido pela Universidade Estadual do Maranhão – Uema para contratação de empresa para implantação e operacionalização de sistema de gerenciamento da frota de veículos, com utilização de tecnologia de cartão micro processado com chip, via web, para fornecimento de combustíveis, lubrificantes e produtos afins e, ainda, lavagem de veículos em rede própria ou credenciada, com valor estimado de R\$ 140.213,08 até 31/12/2011.

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; (AC-1556-11/14-2 Número do Acórdão: 1556 Processo: 033.083/2013-4)

Outro meio da empresa obter remuneração são as aplicações no mercado financeiro do montante recebido do contratante para emissão dos vales. Tal atividade é chamada de operação de crédito antecipado. Nela, a administradora recebe do contratante o valor para emissão dos vales e o aplica no mercado financeiro. Isso é possível porque existe um intervalo entre a data em que a administradora é paga e a data em que

o valor é repassado para os estabelecimentos credenciados. Nesse interstício, as aplicações do valor recebido geram renda para a empresa.

Por fim, ainda há a possibilidade de a administradora cobrar, pelo credenciamento, uma mensalidade para mantê-lo ou um desconto sobre cada vale recebido.

Aceitar vales é vantajoso para o empresário, porque o recebimento de tais atrai consumidores. Por isso, os estabelecimentos optam por pagar pelo credenciamento.

Portanto, ainda que a taxa de administração oferecida no certame seja nula ou negativa, a empresa tem como executar o contrato e o seu preço não pode ser considerado inexecutável.

Uma forma de se estabelecer um critério de exequibilidade da proposta é através de consulta às taxas praticadas no mercado e no âmbito da própria Administração em outros órgãos e entidades.

Tendo em vista o exposto, são admissíveis taxas de administração igual ou menor a zero nas licitações, desde que o valor seja exequível, conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União na decisão 38/1996 plenário.

E novamente trazemos a lume **o julgado do Proc. TCM nº 08060/14 do TCM da Bahia** que acompanha o TCU, vejamos:

Também se revelou desarrazoada a inadmissibilidade, pelo Edital (item “do julgamento das propostas - cláusula 7.1.3.1 - d), da Taxa Administrativa Negativa. O fato de o §3º do art. 44 da Lei nº 8.666 proibir preços irrisórios ou incompatíveis com o mercado não pode, por si só, servir de amparo à vedação editalícia, posto que tal apuração há de ser feita em função do caso concreto, para verificação da obtenção, pelo particular, de recursos por outras vias.

(...)

Assim, propostas que consignem taxas de administração de valor zero ou negativas não deveriam, por pressuposto, ser tidas por inexecutáveis, pois podem corresponder, na prática, a um desconto a ser concedido sobre o valor de face dos

vales, “devendo ser averiguada a compatibilidade em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente definidos no edital” (cf. consta do Acórdão nº 38/1996 – Pleno do TCU).

Entendimento diverso obsta a busca pela maior economicidade, outro ponto a se considerar é que sua manutenção frustrará a competitividade do certame, vez que certamente todas as empresas ofertarão a taxa mínima aceita, logo, não haverá a fase de lances, devendo a empresa vencedora ser conhecida no sorteio.

Vejamos as possibilidades de ganho das administradoras de cartão:

Exemplo 01:

A empresa pode receber um percentual sobre o montante de transações intermediadas. Assim, se ela recebe R\$ 100.000,00 para a emissão de vales-combustíveis e a taxa de administração praticada é de 1%, a administradora receberá um total de R\$ 101.000,00 do contratante.

Exemplo 02:

Outro meio da empresa obter remuneração são as aplicações no mercado financeiro do montante recebido do contratante para emissão dos vales. Tal atividade é chamada de operação de crédito antecipado. Nela, a administradora recebe do contratante o valor para emissão dos vales e o aplica no mercado financeiro. Isso é possível porque existe um intervalo entre a data em que a administradora é paga e a data em que o valor é repassado para os estabelecimentos credenciados. Nesse interstício, as aplicações do valor recebido geram renda para a empresa.

Exemplo 03:

Por fim, ainda há a possibilidade de a administradora cobrar, pelo credenciamento, uma mensalidade para mantê-lo ou um desconto sobre cada vale recebido. Aceitar vales é vantajoso para o empresário, porque o recebimento de tais atrai consumidores. Por isso, os estabelecimentos optam por pagar pelo credenciamento.

Dos exemplos acima apontados, verifica-se que o simples fato de a taxa de administração oferecida no certame ser nula ou negativa, não implica em proposta inexequível, afinal, a empresa tem como executar o contrato e o seu preço de forma lucrativa nestes casos.

Caso a taxa seja negativa, o contratante receberá um desconto sobre o valor dos abastecimentos. Então, se forem gastos R\$10.000,00 nos abastecimentos e a taxa de administração for de -1%, quem contrata a administradora terá de pagar a ela somente R\$9.900,00. Os outros R\$100,00 serão obtidos das aplicações no mercado financeiro ou dos estabelecimentos credenciados.

Convém sobrelevar ainda que **inúmeros órgãos públicos** permitem de forma clara em seus editais, a indicação de taxas zero e negativa, tais como Polícia Militar do DF, TCU, STF, entre outros.

Portanto, a grande maioria dos órgãos públicos indicam de forma clara em seus editais, a possibilidade de concessão de taxas negativas (descontos), neste caso, o intuito é fomentar a competitividade e conseqüentemente a busca pela proposta mais vantajosa, como preceitua o Art. 3º, da Lei 8.666/1993.

Caso **não seja** permitido a apresentação de lances com taxas negativas, somente existirá duas saídas a Administração:

- a. **Contratar empresa que tenha oferecido taxa positiva a Administração**, ou seja, neste caso a Administração terá que pagar uma taxa mensal para utilizar o sistema da empresa vencedora, o que não aconteceria caso a taxa proposta fosse negativa, neste caso, seria concedido desconto à administração, ou

- b. **Contratar empresa que tenha sido escolhida via sorteio**, uma vez que, sendo os licitantes impedidos de ofertar lances quando atingir taxa de 0,00% (zero por cento), a Administração deverá realizar sorteio, conforme prevê o Art. 45, § 2º, da Lei 8.666/1993, desta

forma, estará corrompido o princípio básico da licitação que é a escolha da empresa que oferecer o melhor preço a Administração:

“§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2o do art. 3o desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.”

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, se firmam no sentido da fundamental importância da seleção da melhor proposta à Administração, afinal, essa a pedra fundamental do processo licitatório.

O Art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993, assim dispõe sobre o princípio da busca pela proposta mais vantajosa:

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.

Nas lições do Insigne Jurista, José Afonso da Silva, “O princípio da licitação pública significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público”. (Grifo Nosso)

Portanto, não resta dúvidas quanto ao caráter legal e vinculativo da seleção da proposta mais vantajosa, uma vez que existe previsão legal para tanto, e mais do que isso, trata-se de uma premissa básica da licitação que dever ser protegida, de forma diferente, estaria a Administração causando prejuízo a si mesma e conseqüentemente aos cofres públicos.

Desta forma, a proposta mais vantajosa certamente não será aquela escolhida via simples “sorteio”, para onde caminha o processo licitatório em questão.

É pacificado que, tanto a Administração quanto os licitantes, se vinculam as cláusulas do edital, pois, trata-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, onde as partes devem respeitar e cumprir as cláusulas previamente estipuladas.

Para José dos Santos Carvalho Filho: *“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. **Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.**”*(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246).

Neste sentido, **o TCU, no Acórdão 818-09/08-2, entendeu que fixar desconto máximo (taxa 0%) equivale a fixação de preço mínimo, o que é vedado pela norma,** veja-se:

*GRUPO II – CLASSE VI – 2ª Câmara. TC 012.787/2006-2 (com 1 volume).
Natureza: Representação. Unidade Jurisdicionada: Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA. Interessado: Instituto Pobres Servos da Divina Providência (CNPJ 92.726.819/0012-01).*

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

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pelo Instituto Pobres Servos da Divina Providência, com base no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, apontando supostas irregularidades no pregão eletrônico 01/2006, realizado pelo Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA, objetivando a contratação de empresa para execução de serviços de

manutenção preventiva e corretiva nos veículos da entidade, com fornecimento de peças e acessórios com garantia.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, com fundamento nos arts. 237, inciso VII e parágrafo único, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer da presente representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. acatar em parte as razões de justificativa apresentadas por Raimundo Monteiro dos Santos, Leonísio Lopes da Silva Filho e Rodrigo Soares de Vasconcelos;

9.3. determinar ao Incra/MA que:

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

9.3.1.1. conceder reajustes pleiteados com base em eventual aumento de salário, salvo se decorrido prazo mínimo de um ano contado a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;

9.3.1.2. estipular percentuais de desconto máximo, haja vista caracterizar fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993;

9.3.2. calcule o valor a ser gasto com cada item licitado, ainda que por estimativa, abstendo-se de realizar alterações em preços unitários com o simples objetivo de viabilizar a emissão de nota de empenho;

9.3.3. desclassifique, nas licitações, as propostas com preços manifestamente inexequíveis, de acordo com o disposto no art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993;

9.3.4. apresente em seus editais de licitação, como critério para julgamento, disposições claras e parâmetros objetivos, que impeçam mais de uma interpretação, em respeito ao art. 40, inciso VII, da Lei 8.666/1993;

9.3.5. dê ampla publicidade a qualquer modificação feita em editais de pregão que altere a formulação das propostas, consoante disposição do art. 20 do Decreto 5.450/2005;

9.3.6. *elabore e disponibilize orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços a serem licitados, com base nos preços de mercado, conforme determina o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993;*

9.3.7. *mantenha os processos administrativos licitatórios com a documentação em ordem e sem rasuras que comprometam sua fidedignidade;*

9.3.8. *obedeça à correta classificação orçamentária das despesas realizadas;*

9.4. *apensar o presente processo às contas do Incra/MA referentes ao exercício de 2006, para que as irregularidades não elididas nestes autos sejam avaliadas em conjunto com os demais atos de gestão dos responsáveis;*

9.5. *cientificar o Incra/MA e o Instituto Pobres Servos da Divina Providência acerca desta deliberação.*

(TC 012.787/2006-2, Ata nº 9/2008 – 2ª Câmara, Data da Sessão: 1º/4/2008 – Extraordinária, RELATOR Aroldo Cedraz).

Não aceitar taxa negativa fere o princípio do julgamento objetivo e o da seleção da proposta mais vantajosa, além de caminhar na contramão da doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Sendo assim, deve ser informado objetivamente no edital a possibilidade de se ofertar taxa negativa, **conforme entendimento do TCU e TCM/BA.**

DO PRAZO DE PAGAMENTO

Observa-se, lamentavelmente, um grave equívoco no edital quanto ao prazo de pagamento.

Diz-se lamentavelmente pois, a Lei Geral de Licitação n.º 8.666/93 está chegando ao final de sua vigência e muitos órgãos ainda não sabem interpretá-la.

Consta no edital que:

14 - CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

14.1. *O pagamento referente ao objeto contratado será efetuado **no prazo de 30 (trinta) dias úteis**, contados do recebimento da nota fiscal devidamente*

conferida e atestada pelo fiscal do contrato, e/ou comissão designada para este fim. (Grifo nosso)

Nesta cláusula está presente a seguinte ilegalidade: **30 dias ÚTEIS**

A Lei n.º 8.666/93 disciplina as regras e condições de pagamento com prazo de **ATÉ 30** (trinta) **corridos e não dias ÚTEIS**, conforme combinação dos seguintes artigos:

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

[...]

XIV - *condições de pagamento, prevendo:*

a. *prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;*

Art. 110. *Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.*

Considerando que o art. 40 diz que o prazo de pagamento não será superior a 30 dias, não trazendo explicitamente dias úteis, **o prazo é considerado como consecutivos, por força do art. 110.**

Portanto, o prazo de pagamento da Contratante para a Contratada é de **ATÉ 30 dias e PONTO**. Esta é a REGRA, prazo de ATÉ 30 dias, ou seja, o limite do prazo é de 30 dias (corridos)!

Não basta **o edital contar dias úteis** para se considerar como “explicitamente em contrário”.

O art. 110 trata somente da contrariedade na contagem do prazo consecutivo trazido pela própria lei, conforme exemplos a seguir:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

[...]

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para:

a) concurso;

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

II - trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão;

*IV - cinco dias **úteis** para convite.*

Veja que o art. 21 trouxe 04 prazos diferentes, um para cada modalidade de licitação, mas, somente para a modalidade Convite trouxe **explicitamente** o termo "úteis", considerando que a regra para contagem é consecutivo para as demais modalidades.

Resumidamente, a lei geral de licitação, aplicada subsidiariamente a lei n.º 10.520/02, que rege esta licitação, **prevê o prazo de 30 dias consecutivos** para que a Contratante efetue o pagamento à Contratada.

Portanto, a cláusula do edital acima transcrita deve ser retificada para adequação aos termos da lei n.º 8.666/93 que se aplica subsidiariamente a lei n.º 10.520/02 que rege o presente certame, **de modo que o pagamento ocorra em ATÉ 30 dias CORRIDOS do adimplemento da obrigação**, ou seja, da apresentação da Nota Fiscal.

Quanto a absurda previsão de que o pagamento pode ocorrer “conforme a disponibilidade financeira” é grave afronta a legislação licitatória e financeira.

Em que pese o edital ter sido analisado pela procuradoria jurídica, não foi observado, para esta cláusula, o que determinam o art. 7º da Lei n.º 8.666/93:

Art. 7º - As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

[...]

*§ 2º - As obras e **os serviços somente poderão ser licitados quando:***

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

*III - **houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de** obras ou **serviços** a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;*

A situação explicitada acima é de extrema importância e sua inobservância pode culminar na responsabilização de quem der causa, bem como na nulidade dos atos e contrato realizados, conforme preconiza o § 6º deste artigo 7º:

*§ 6º - **A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.***

No mesmo sentido, a Lei n.º 4.320/64, que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, assevera que:

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Portanto, os pagamentos JAMAIS pode estar condicionados a disponibilidade financeira, pois, para licitar e realizar despesa é obrigatório:

1. Previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento (para licitar - inc. III, §2º c/c §6º do art. 7º da Lei n.º 8.666/93)
2. Prévio empenho (para realizar despesa - art. 60 da Lei n.º 4.320/64).

Deste modo, a cláusula do edital acima citada, bem como todas as demais no mesmo sentido, devem ser retificadas para constar prazo de pagamento **de ATÉ 30 dias CONSECUTIVOS** e excluir a ilegal previsão de “conforme disponibilidade financeira”.

DO DESCONTO NO PAGAMENTO ANTECIPADO

Outra ilegalidade constatada reside na imposição de desconto quando o pagamento ocorrer de forma “antecipada”:

14 - CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

(...)

14.2. *Haverá compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos, conforme dispõe o Art. 40 inciso XIV, alínea “c” e “d” da Lei Federal n.º 8.666/93.*

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

A lei geral de licitação n.º 8.666/93, determina o prazo de pagamento dos contratos da seguinte forma:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das

obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

[...]

§ 3º Observados o disposto no caput, **os pagamentos decorrentes de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24**, sem prejuízo do que dispõe seu parágrafo único, **deverão ser efetuados no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da apresentação da fatura.**

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

[...]

XIV - **condições de pagamento, prevendo:**

- a) **prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;**
- b) **cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;**
- c) **critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;**

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

[...]

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

A lei n.º 8.666/93, a qual possibilitou COMPENSAÇÃO por eventuais antecipação de pagamento, estabeleceu que o prazo de pagamento não seja superior a 30 dias da data do adimplemento da obrigação pela contratada.

Muito embora a lei permita o pagamento até (i) 05 (cinco) dias úteis e (ii) 30 (trinta) dias corridos após a prestação do serviço (apresentação da NF), não significa dizer que o pagamento deva acontecer nestes prazos.

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

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

Assim, a referida lei estabeleceu que, a partir do dia em que a Contratada cumprir sua obrigação e apresentar a nota fiscal, a Contratante tem o **privilegio** de efetuar o **pagamento em ATÉ 30 dias consecutivos**. Isso não significa dizer que deverá pagar exatamente no trigésimo dia. O que a lei previu foi a faculdade de pagar entre o dia 01 e o dia 30, conforme suas regras, de modo que, repita-se, se ocorrer no 10º dia, **deve conter a atualização financeira**.

A antecipação de pagamento previsto no texto acima não se refere ao adiantamento de pagamento quanto ao prazo de pagamento, pois, como dito acima, a Contratante tem um período para realizar o pagamento, do dia 01 ao dia 30, desde que devidamente ATUALIZADO.

O prazo não é fixo no dia 30, de modo que se o pagamento ocorrer no dia 10 ou 15, por exemplo, ocorra a antecipação do pagamento. Pelo Contrário, a lei determina que o pagamento efetuado após o adimplemento pela Contrata, o pagamento deve ocorrer de forma devidamente atualizada.

Na verdade, ocorrendo este fato estará ocorrendo o pagamento dentro do prazo normal, qual seja, até 30 dias após o adimplemento da obrigação pela Contratada.

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

Portanto, a regra geral para pagamento é imediatamente após a prestação dos serviços, vedado qualquer desconto do pagamento devido a contratada, **quando os serviços já tiverem sido prestados.**

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

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

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;*
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;*
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;*
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento**, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;*

Esta é a intenção da Lei n.º 8.666/93, que em alguns casos, ser possível antecipar o pagamento antes de a Contratada ter entregue o produtos ou serviço, caso em que poderá exigir uma COMPENSAÇÃO.

Como dito, deve, obrigatoriamente, ocorrer a **atualização monetária no caso de pagamento posterior à data do adimplemento contratual**, conforme arts. 40 e 55 da Lei n.º 8.666/93:

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

[...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

*c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, **desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;***

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

[...]

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

Muito embora a lei permita o pagamento até 30 dias após a prestação do serviço (apresentação da NF), também trouxe obrigação para a Contratante de atualizar o valor devido entre a data do adimplemento (prestação do serviço) até a data do efetivo pagamento e não desconto por suposta antecipação.

Esta condição deve estar explícita no Edital, por força dos dispositivos acima conterem a expressão “o edital... indicará, obrigatoriamente...” e “São cláusulas necessárias em todo contrato...”.

Sendo assim, além de requerer a exclusão da cláusula 14.2 do edital por ser totalmente ilegal (distorção do entendimento quanto à alínea “d” do inc. XIV do art. 40 da lei n.º 8.666/93), requer ainda a inclusão de cláusula que preveja a ATUALIZAÇÃO desde a data do ADIMPLEMENTO pela Contratada até a data do efetivo pagamento, o que não se trata da cláusula 14.2 do edital, pois esta trata apenas de atraso, ou seja, posterior ao prazo fixado no edital.

Essa exclusão de desconto por suposta antecipação de pagamento se faz necessária pela baixa lucratividade que gira em torno da taxa administrativa. Veja, a disputa se dará em percentual de desconto, onde a consagração do vencedor se dará por décimos ou até milésimos de percentual. Deste modo, como a Contratada poderá sofrer desconto na ordem de 1%, ainda que proporcional, do pagamento que lhe é devido, ainda mais, por ser uma obrigação contratual e legal?

Portanto, além de a natureza remuneratória do futuro contrato não comportar descontos desta ordem, tal previsão é ilegal, pois, não prevista na lei, devendo, pois, ser excluída do edital.

V - DO PEDIDO

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

- i. Incluir no edital a possibilidade de se ofertar taxa negativa, conforme a vasta jurisprudência do TCU, TCM/BA e demais Tribunais de Contas Estaduais;
- ii. **Retificar as cláusulas de pagamentos do edital para constar prazo de pagamento de ATÉ 30 dias CONSECUTIVOS e excluir a ilegal previsão de “conforme disponibilidade financeira”.**
- iii. Excluir a cláusula 14.2 do edital que prevê desconto no pagamento “antecipado” após a prestação dos serviços, hipótese ilegal (não prevista em lei);

- iv. Republicar os termos do edital reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

Na improvável hipótese de indeferimento da impugnação apresentada, requer-se desde já cópias dos autos do processo licitatório, para salvaguarda dos direitos da Impugnante, sem prejuízo das ações judiciais cabíveis (Mandado de Segurança), bem como para comunicação aos órgãos de fiscalização externos (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que pede deferimento

Santana de Parnaíba/SP, 24 de novembro de 2021.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Tiago dos Reis Magoga – OAB/SP 283.834