

PEDIDOS DE IMPUGNAÇÃO

1. Qualificação Econômica

O item 4.9.3.1 do Edital – determina apresentação dos documentos exigidos para fins de qualificação econômico-financeira deverão comprovar o seguinte:

I - Índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1;

II - Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;

III - Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação;

IV - Patrimônio Líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura deste Pregão.

Ocorre que o item em comento não prevê alternatividade entre a comprovação dos índices e do patrimônio líquido.

Cabe ressaltar que essa exigência é ilegal de um único e singular modo de comprovação da boa situação financeira da empresa interessada em participar do certame, uma vez que o artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93 dispõe sobre a **alternatividade** para cumprimento de tal exigência de qualificação econômica.

Ora, a Telemar Norte Leste S.A. é uma empresa que atua com comprovada excelência em qualidade e eficiência tanto para o mercado privado quanto para o público, apresentando sempre os melhores preços para seus clientes, é notório que possui condições econômico-financeiras de prestar o serviço licitado e não pode ser simplesmente ser excluída deste certame, sem qualquer justificativa técnica ou até mesmo jurídica plausível.

Portanto, requer-se a inclusão da alternatividade de apresentação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado pela Administração para as empresas que não possuírem os índices econômico-financeiros exigidos no Edital, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93, sugerimos o seguinte texto para o item em comento:

I - Índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1; **OU**

II - Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação; **OU**

III - Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação; **OU**

2. Qualificação Econômica

DA EXCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS RELACIONADAS À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA - NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DO EDITAL

Da análise minuciosa do Edital em apreço, a ora impugnante constatou a presença de um vício de legalidade que prejudica sobremaneira o princípio da ampla competição e, por conseguinte e principalmente, a economicidade que poderia ser alcançada pela Administração Pública.

Desta feita, é imperiosa a reforma do Edital em razão da exigência correspondente ao subitem 4.9.3.1, II, transcrito abaixo, relativo à qualificação econômico-financeira, que para o tipo de objeto da presente licitação, absolutamente não se aplica, conforme restará demonstrado:

“4.9.3.1 Os documentos exigidos para fins de qualificação econômico-financeira deverão comprovar o seguinte:

(...)

II - Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;”

Temos certeza que a determinação editalícia mencionada acima foi trazida, equivocadamente, em virtude das exigências contidas na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 30 de abril de 2008, em seu art. 19, inciso XXIV, que trata da contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Diante de tal constatação, e com base na definição serviços continuados trazidos da mencionada Instrução Normativa, vemos que esta é válida apenas para aqueles serviços nos quais, necessariamente, serão utilizados o emprego de mão de obra, ou seja, pessoas que serão alocadas para a execução dos serviços, como restará demonstrado nesta peça impugnatória.

A Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 30 de abril de 2008, veio disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Como a referida Instrução Normativa traz no seu art. 1º a informação de serviços continuados ou não, nos dá uma falsa impressão que a mesma abarca todos os serviços continuados, o que necessariamente não é uma verdade, como veremos adiante.

Tal Instrução Normativa trata especificamente dos serviços continuados no que diz respeito à TERCEIRIZAÇÃO, ou seja, quando há necessariamente a utilização de mão de obra, como vemos em vários artigos da referida instrução, senão vejamos:

“Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

§ 1º A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta.”

(Renumerado pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)”
(grifo nosso)

Como se vê, do artigo e parágrafo acima transcritos, já temos a primeira informação sobre a obrigatoriedade da utilização de pessoas na prestação dos serviços e para o objeto que se pretende contratar no presente edital que é serviço de telefonia fixa comutada- ANATELC- (fixo-fixo e fixo-móvel), na modalidade local não existe qualquer disponibilização de mão de obra para a execução do mesmo, não se caracterizando assim como execução indireta.

Outro ponto que gera grande confusão é o art. 7º da referida Instrução Normativa que traz a seguinte redação:

“Art.7º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.” (grifo nosso)

Este artigo traz as diversas atividades que podem ser fruto de execução indireta, dentre elas as de telecomunicações. Ocorre que o rol de atividades elencadas no art. 7º acima transcrito, depois de uma análise bem acurada, se verifica, obrigatoriamente, a presença de mão de obra, fator este que caracteriza a execução indireta, senão vejamos:

- “a) Conservação e Limpeza = utilização da mão de obra de serventes, auxiliares de limpeza, faxineiras, supervisores, etc*
- b) Segurança e Vigilância = utilização da mão de obra de vigilantes armados e desarmados, supervisores, etc*
- c) Transportes = utilização da mão de obra de motoristas, supervisores, etc.*
- d) Informática = utilização da mão de obra de administrador de banco de dados, digitador, programador, analistas de sistemas, etc.*

- e) *Copeiragem = utilização da mão de obra de copeiras, garçons, cozinheiras, ajudantes de cozinha, supervisores, etc.*
- f) *Recepção = utilização da mão de obra de recepcionista, manobristas, coordenadores, supervisores, etc.*
- g) *Reprografia = utilização da mão de obra de operador de reprografia, auxiliares*
- h) *Telecomunicações = utilização da mão de obra de telefonistas, atendentes de Call Center, assistentes de telecomunicações; operadores de rádio; supervisores, engenheiros de telecomunicações, etc.*
- i) *Manutenção de prédios, equipamentos e instalações = utilização da mão de obra de artífice, auxiliar de serviços gerais, pedreiros, eletricitas, bombeiros, pintores, serralheiros, carpinteiros, etc.”*

A conclusão acima fica mais do que evidente quando nos deparamos com os §1º, §2º e §3º do referido artigo, senão vejamos:

“§ 1º Na contratação das atividades descritas no caput não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes.

§ 2º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632/98.

§ 3º As funções elencadas nas contratações de prestação de serviços deverão observar a nomenclatura estabelecida no Código Brasileiro de Ocupações – CBO, do Ministério do Trabalho e Emprego. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)” (grifo nosso)

Podemos, ainda, enumerar diversos outros artigos da referida Instrução Normativa onde deixa claro que tal documento deve ser utilizado quando se envolver obrigatoriamente a prestação de serviços com a utilização de mão de obra. São eles:

a) Art. 9º

“Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangida pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;” (grifo nosso)

b) Art. 10

“Art. 10. É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como:

I - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário;

II - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

III - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado; e

IV – considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens.”

c) Art. 20

“Art. 20. É vedado à Administração fixar nos instrumentos convocatórios:

I - o quantitativo de mão-de-obra a ser utilizado na prestação do serviço, devendo sempre adotar unidade de medida que permita a quantificação da mão de obra que será necessária à execução do serviço; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)” (grifo nosso)

d) Art. 21

“Art. 21. As propostas deverão ser apresentadas de forma clara e objetiva, em conformidade com o instrumento convocatório, devendo conter todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, detalhando, quando for o caso:

...

III - a indicação dos sindicatos, acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas que regem as categorias profissionais que executarão o serviço e as respectivas datas bases e vigências, com base no Código Brasileiro de Ocupações – CBO;” (grifo nosso)

O Tribunal de Contas da União – TCU, a partir dos estudos de um grupo de trabalho elaborou o Acórdão nº 1214-17/13 – Plenário, de 22/05/2013, que é o precursor das recentes alterações constantes da Instrução Normativa nº 02/2008 – MPOG, onde o mesmo traz toda a análise sobre a execução de contratos

de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal, trazendo no seu preâmbulo o seguinte:

“Relatório:

Trata-se de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan deste Tribunal, com o objetivo de apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.

2. Constatou-se que, nos últimos anos, passaram a ocorrer com maior frequência problemas na execução desse tipo de contrato, com interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento aos funcionários de salários e outras verbas trabalhistas, trazendo prejuízos à administração e aos trabalhadores. Em razão disso, o então Presidente deste Tribunal, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou à Administração do TCU que fossem realizados trabalhos conjuntos com outros órgãos da Administração Pública com o objetivo de formular propostas para ao menos mitigar tais problemas.” (grifo nosso)

No mesmo Acórdão vemos em seu item 102 as orientações daquela Corte de Contas quanto às condições de habilitação econômico financeira que de forma direta definiram a alteração da Instrução Normativa nº 02/2008 – MPOG, por meio da Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013.

“102. Assim, com base nesses pressupostos, propõe-se as seguintes condições de habilitação econômico financeira para comporem os editais destinados à contratação de serviços terceirizados.” (grifo nosso)

Como se vê do enunciado acima tais alterações incluídas na mencionada Instrução Normativa se refere à contratação de serviços terceirizados, ou seja, aqueles que se utiliza de mão de obra na execução dos serviços.

Pertinente informarmos, ademais, que a Impugnação apresentada pela CLARO ao Edital do Pregão Eletrônico nº 11/2014, promovido pela Coordenação-Geral de Material e Patrimônio da Subsecretaria de Assuntos Administrativos, do Ministério da Saúde, no qual também se encontrava exigência idêntica, com relação à comprovação de Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último

exercício social, foi acatada, pois aquele órgão entendeu que tal exigência não guardava relação com o objeto a ser contratado e, portanto, decidiu pela sua exclusão do Edital, quando da posterior republicação.

Só assim estar-se-á de fato estabelecendo critérios legítimos e legais para a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em participar do certame, ampliando a competição no certame e garantindo não só a isonomia entre as proponentes como a possibilidade de melhor contratação pela Administração Pública.

Além disso, merece menção, também, a **decisão do Conselho Especial do TJDF, de 27/07/2013**, transcrita abaixo, **que declarou a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 5.014/2013**, sobre excessivas exigências em relação à qualificação econômico-financeira, que acabariam inviabilizando a participação de empresas de pequeno porte, restringindo, desta forma, a competitividade e afrontando a livre concorrência e os princípios norteadores da licitação, além de exceder os limites da razoabilidade:

“Num Processo 2013 00 2 003060-5

Reg. Acórdão 700691

Relator Des. FLAVIO ROSTIROLA

Requerente(s) PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Requerido(s) GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

Advogado(s) PAOLA AIRES CORRÊA LIMA (Procurador)

Requerido(s) PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL

Advogado(s) SIDRAQUE DAVID MONTEIRA ANATELLETO. (Procurador) e outro(s)

Curador PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Advogado(s) ROBSON VIEIRA TEIXEIRA DE FREITAS (Procurador)

Advogado(s) MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES (Procurador) e outro(s)

Amicus Curiae SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA PRIVADA, SISTEMAS DE SEGURANÇA ELETRÔNICA, CURSOS DE FORMAÇÃO E TRANSPORTE DE VALORES NO DISTRITO FEDERAL - SINDESP

Advogado(s) MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA

Origem LEI DISTRITAL 5.014, DE 11 DE JANEIRO DE 2013 (SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO DF)

Ementa AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 5.014/13. NORMAS ESPECÍFICAS PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS OU NÃO, CHAMADOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. PARÂMETRO DE CONTROLE. COMPETÊNCIA DO TJDF. REQUISITOS CRIADOS SEM BASE TÉCNICA E QUE PRATICAMENTE EXCLUEM AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS DAS REFERIDAS CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS. CARTELIZAÇÃO E AUMENTO DE PREÇOS PREVISTOS PELA PRÓPRIA SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO DO DF. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE VISTO SOB A PERSPECTIVA DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO. INCONSTITUCIONALIDADE

MATERIAL. 1.Considerando que a própria Lei Orgânica do Distrito Federal é o instrumento jurídico revestido de parametricidade, para efeito de fiscalização concentrada de constitucionalidade da Lei Distrital impugnada (CF, art. 125, §2º), foi afastada a preliminar e declarada a competência dessa Egrégia Corte de Justiça para apreciar a Ação Direta.

2.Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de Lei Distrital, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Lei Orgânica, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. 3.É aturada a jurisprudência que veda a

abusividade da atividade legislativa do Estado. Todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Nesse sentido, o "postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais" (RE 200844-AgR). Nesse contexto, o que se afere na ação é se a Lei Distrital nº 5.014/2013 atende aos elementos parciais (ou subprincípios) do princípio da proporcionalidade, quais sejam: (a) adequação (também designado de pertinência ou aptidão), (b) necessidade e (c) proporcionalidade em sentido estrito. 4. Em análise do texto normativo, fica claro que o meio escolhido (os índices exigidos) pela norma impugnada não é adequado ao fim que se tenta alcançar (resguardar os interesses financeiros da Administração Pública). Nesse sentido, a Lei Distrital não se reveste do necessário coeficiente de adequação (pertinência ou aptidão). 5. A norma pode ser compreendida como um ativo inibidor da concorrência. Uma verdadeira barreira à entrada de concorrentes no mercado relevante de prestação de serviços terceirizados na Administração Pública do Distrito Federal gerando um verdadeiro poder de mercado. O abalo do princípio pela conduta anticompetitiva, possui nítido objetivo de eliminar (ou, no mínimo, diminuir) a concorrência. 6. Considerando que o parâmetro tomado como base fática da norma diz respeito à Administração Federal, apresentando estrutura administrativa e condições financeiro-orçamentárias completamente diversas do âmbito distrital, a Lei Distrital nº 5.014/2013 não observa o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso. 7. Julgado procedente o pedido, para declarar, em tese e com efeitos ex tunc e erga omnes, a inconstitucionalidade material da Lei Distrital 5014, de 11 de janeiro de 2013. Decisão PRELIMINARES REJEITADAS. UNÂNIME. NO MÉRITO, REJEITADA A ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ACOLHIDA A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. UNÂNIME."

Diante da Decisão transcrita acima, não restam dúvidas de que essa Procuradoria deve proceder, também, à exclusão do subitem 4.9.3.1, I, do Edital, pelos motivos acima esposados, ou se assim não entender, que seja permitida que a comprovação da qualificação econômico-financeira das empresas interessadas no certame seja feita por meio da apresentação, **de forma alternativa**, isto é, **de apenas um** dos requisitos atualmente exigidos, **sendo facultada, portanto, a apresentação única da comprovação de Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação (subitem 4.9.3.1, III)** por ser esta a medida mais apropriada, razoável e em conformidade com os ditames legais relativos ao assunto.

Assim, a alteração do Edital, da forma pleiteada, visa adequá-lo à realidade do mercado de telecomunicações, evitando a exclusão de licitantes interessados no certame, ainda que detentores de boa situação financeira, por contarem com índices financeiros positivos, porém inferiores ao exigido, não obstante seu capital social ser absolutamente superior ao que se exige.

Ao proceder da forma ora requerida, a PR/AM adequaria seu Edital à Lei 8.666/93, que determina que a qualificação econômico-financeira seja comprovada por meio de: índice de solvência geral e liquidez corrente positivo OU mediante comprovação de capital social OU patrimônio líquido superior à contratação ou à 10% do valor da licitação/contratação (Art. 31, §3º).

Esta alternatividade, inclusive, é entendimento do próprio Tribunal de Contas da União, que

sempre se posicionou neste sentido, tanto que editou a súmula nº 275, abaixo destacada que estabelece que:

*“Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa**, capital social mínimo ou 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.”*

Além disso, as alterações ora propostas encontram respaldo no disposto no art. 31 §1º da Lei 8.883, de 08/06/94, que alterou dispositivo da lei 8.666/93 sobre a matéria, o qual transcrevemos:

"Art. 31 - A documentação relativa à qualificação econômica-financeira limita-se-á a:

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

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

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

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

É neste sentido que também se posiciona a doutrina:

*"O Essencial é que a Administração **não estabeleça exigências descabidas na espécie, nem fixe mínimos de idoneidade financeira desproporcionais ao objeto do certame, a fim de não afastar os interessados de reduzida capacidade financeira, que não é absoluta, mas relativa a cada licitação.** Desde que o interessado tenha capacidade financeira real para a execução do objeto da licitação" (Hely Lopes Meirelles).*

Face ao exposto, tal pleito objetiva a não exclusão da CLARO do certame em apreço, bem como das demais empresas que se encontrem em idêntica situação, inclusive as Empresas de Pequeno Porte – EPPs, permitindo, em conformidade com o que preceitua a Lei 8.666/93, que a boa situação econômico-financeira seja comprovada por balanço patrimonial, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo das empresas que não atendam àquele índice financeiro, **como costuma ser a praxe em editais de diversos órgãos públicos, visando sempre ampliar a competição.**

Só assim estar-se-á de fato estabelecendo critérios legítimos e legais para a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em participar do certame, ampliando a competição no certame e garantindo não só a isonomia entre as proponentes como a possibilidade de melhor contratação pela Administração Pública.

Por fim, também é imprescindível que seja excluído o subitem 4.9.3.1, IV, que exige “*Patrimônio Líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura deste Pregão.*”, por carência absoluta dos necessários critérios de razoabilidade, diante dos milhares de contratos que uma empresa do porte da CLARO possui, sendo absolutamente impossível seu levantamento em prazo tão exíguo (até a data da realização do certame, 21/12/2015) e também por configurar um excesso que outros órgãos da Administração Pública não cometem, diante das diversas outras formas de comprovarem a boa saúde financeira das licitantes, existentes atualmente.

Desta feita, para que seja viável a participação concreta no certame de um maior número de interessados, o que evidentemente fará com que este alcance um maior grau de competitividade, possibilitando uma contratação mais vantajosa para a instituição, é necessário que esse Pregoeiro exclua as exigências retro mencionadas, de forma a não alijar peremptoriamente qualquer um dos interessados em participar do procedimento licitatório.

De acordo com as lições da melhor doutrina, temos que o princípio da razoabilidade está pautado pelo tripé da adequação, necessidade e proporcionalidade. Considerando como um axioma a vinculação da Administração Pública ao edital, sendo este “a lei interna da licitação” segundo Hely Lopes Meirelles¹, citamos aqui o doutrinador Celso de Albuquerque Silva, que em sua obra “Interpretação Constitucional Operativa”², ao tratar pontualmente de cada um dos pressupostos de tal princípio para a imposição de obrigações aos indivíduos, na análise do inciso II do art. 5º da Constituição da República, nos ensina que:

“Adequação relaciona-se com a aptidão, idoneidade da medida postulada quando cotejada com os fins a serem alcançados. Trata-se de uma relação lógica a necessariamente incidir entre a capacidade dos meios utilizados para produzir o resultado a ser afinal alcançado, estando tanto os fins quanto os meios em consonância com o ordenamento constitucional.

(...)

A segunda exigência para que uma lei seja considerada razoável refere-se à **necessidade: idôneos que sejam os meios para alcançar o fim colimado, resta então averiguar se tais meios são realmente necessários. Em outro dizer, cuida-se de uma investigação acerca da onerosidade dos meios adotados. Se tais meios trazem um agravamento desnecessário ao direito comprimido**, seja porque existem outros meios menos gravosos e igualmente aptos para o alcance da finalidade pretendida, seja porque trazem uma carga coativa superior ao bem que a lei deseja proteger e em razão do qual está limitando outro direito igualmente protegido, esta lei é desarrazoada por violação do requisito da necessidade.

1 *In* Direito Administrativo Brasileiro, p. 263, Malheiros Editores, 27ª edição, 2002;

2 Ob. Citada, p. 88 a 91, Lumen Juris, 2001.

(...)

O último dos requisitos apontados pela doutrina é a **proporcionalidade em sentido estrito**, que nada mais é que um juízo de valoração custo/benefício no caso concreto. (...) A proporcionalidade em sentido estrito oferece a oportunidade para averiguação se ao ônus imposto ao direito sacrificado corresponde um benefício ao direito privilegiado compatível com *standards* mínimos de justiça.” (grifos nossos).

Assim, toda a atividade da Administração, para não estar eivada de vícios, não pode identificar-se com aquilo que é evidentemente desarrazoado ou arbitrário, sob o risco de ficar configurado um desvio de finalidade entre a medida adotada e a finalidade colimada.

Nesta mesma esteira, resta incomprovada a necessidade das exigências editalícias como as que se apresentam acima, não havendo razão para a sustentação de qualquer restrição nesse sentido.

Assim, conforme infere-se da leitura anterior, deve a Administração Pública procurar sempre estimular a competitividade e economicidade do serviço licitado, abarcando o maior número possível de licitantes. Tal providência, repita-se, pode ser obtida com a exclusão das exigências acima referidas.

3. Penalidades

DAS SANÇÕES

Após análise das multas descritas no Termo de Referência e na Minuta de Contrato, as consideramos excessivas, cabendo-nos ponderar que tais penalidades devem ser aplicadas sempre em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, buscando seu único fim, que é o de ressarcir um dano causado, e não gerar o desequilíbrio do contrato.

Além disso, é incontroverso que a aplicação de multas de elevada monta é um fator preponderante no desequilíbrio econômico do contrato. Tal imposição deixa de ser interessante para essa própria PR/AM, uma vez que a assunção de riscos que extrapolam os usualmente aplicados e razoáveis teria uma direta repercussão econômica nas propostas apresentadas pelos licitantes, já que uma parcela que compõe o valor da proposta é composta pela precificação do risco envolvido, sendo um tanto maior quanto maiores os riscos assumidos.

O aumento abusivo dos riscos para o particular quando da contratação dos serviços, ademais, pode acarretar maior repasse desse valor para a Contratante, sob a forma de preço, pois haveria um ônus muito grande a ser suportado somente pela futura contratada.

Além disso, no caso em tela, conforme se verifica pela análise do Termo de Referência e da Minuta de Contrato, faz-se necessária a alteração em suas redações, conforme abaixo:

(TERMO DE REFERÊNCIA)

“4 – **SANÇÕES**

A cada registro de ocorrência do item 3.5 será apurado sempre o somatório da pontuação decorrente das ocorrências acumuladas no período de 12 (doze) meses anteriores ao fato gerador. Esta pontuação servirá como base para que a CONTRATANTE aplique as seguintes sanções administrativas, de modo que, atingindo o quantum necessário à configuração de uma sanção, esta será imediatamente aplicado observado o processo administrativo:

PONTUAÇÃO ACUMULADA	SANÇÃO
(..)	(...)
(...)	(...)
3 (três) pontos	Multa correspondente a 2% (dois por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>

4 (quatro) pontos	Multa correspondente a 4% (quatro por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>
5 (cinco) pontos	Multa correspondente a 6% (seis por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>
6 (seis) pontos	Multa correspondente a 8% (oito por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>
7 (sete) pontos	Multa correspondente a 10% (dez por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>
(...)	(...)

“

(MINUTA DE CONTRATO)

“CLÁUSULA DÉCIMA – DAS PENALIDADES E SANÇÕES

10.1. A cada registro de ocorrência do item 9.5 será apurado sempre o somatório da pontuação decorrente das ocorrências acumuladas no período de 12 (doze) meses anteriores ao fato gerador. Esta pontuação servirá como base para que a **CONTRATANTE** aplique as seguintes sanções administrativas, de modo que, atingindo o quantum necessário à configuração de uma sanção, esta será imediatamente aplicada observado o processo administrativo:

PONTUAÇÃO ACUMULADA	SANÇÃO
(..)	(...)
(...)	(...)
3 (três) pontos	Multa correspondente a 2% (dois por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>
4 (quatro) pontos	Multa correspondente a 4% (quatro por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>
5 (cinco) pontos	Multa correspondente a 6% (seis por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>
6 (seis) pontos	Multa correspondente a 8% (oito por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>
7 (sete) pontos	Multa correspondente a 10% (dez por cento) do valor <u>da parcela inadimplente</u>
(...)	(...)

“

Sendo certo, ademais, que estas alterações apenas os adequarão aos usuais percentuais de penalidades praticadas em licitações semelhantes a seus prestadores de serviços, sem onerar indevidamente a oferta a ser apresentada, face o risco envolvido com este tipo de penalidade.

Destaca-se que a necessidade de se adequar as penalidades a serem aplicadas em caso de inexecução parcial ou total, aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade é entendimento assentado dos Tribunais, conforme se observa na jurisprudência abaixo mencionada, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 330.677-RS (2001/0091240-0):

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.

Os atos administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.

O art. 86 da Lei 8666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

Princípio da Razoabilidade.

Recurso Improvido.”

Diante de todo o alegado, não restam dúvidas de que as penalidades de multa elencadas acima devem ser calculadas da forma sugerida, atendendo-se, assim, aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, afastando a possibilidade de enriquecimento sem causa por parte da Contratante e de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Além disso, a revisão de tais multas se torna imprescindível no presente caso, tendo em vista que os valores constantes dos referidos anexos constituem um excesso por parte dessa PR/AM, e ao mantê-los, estaria submetendo a Contratada não somente a uma penalização exorbitante, mas também a danos econômico-financeiros.

Por todo o exposto, requeremos o acolhimento dos pleitos acima destacados, sendo certo que tal medida encontra respaldo nos princípios da Legalidade, Isonomia, Ampla Competitividade e Razoabilidade, na forma do disposto na Lei 8.666/93.

DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida garantidora da legalidade da licitação, possibilitando ao **PR/AM** selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos serviços contratados, bem como do futuro contrato, por meio da correção das incoerências aqui apontadas. Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração do edital nos termos propostos acima. Ainda, na hipótese do I. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digne-se a recebê-las como impugnação aos termos do edital, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

DECISÃO DO PREGOEIRO

1. Acolho as razões apresentadas concernentes aos itens 1 e 2 supra, para promover as alterações abaixo.
2. Acerca do item “3. Penalidades”, entendo que o dispositivo impugnado atende à razoabilidade, de forma a considerar a penalização progressiva. Entendo que não há *bis in idem*, mas apenas punição mais grave por conduta desidiosa reiterada, prejudicial ao serviço. Ademais, a aplicação de penalidades não é automática, mas precedida de procedimento garantidor do contraditório e ampla defesa. Entendo, ainda, que a base de cálculo (valor faturado do mês de aplicação) e os percentuais apresentados são coerentes com outras licitações do MPF. Apenas, quanto ao período de apuração (12 meses), considero-o adequado, desde assegurado à contratada “período depurador”. Portanto, incluo cláusula que permitirá a desconconsideração de ocorrências, caso, no período de 3 meses consecutivos, não haja nova ocorrência injustificada, recomeçando-se a contagem da próxima ocorrência faltosa.
3. Com base no princípio da autotutela, considero como duplicidade de exigências os itens “VI”, do dispositivo “4.9.1” e o item “II”, do dispositivo “4.9.4”, ambos do Edital. Trata-se, em regra, do mesmo documento, razão pela qual solicito que as licitantes interessadas enviem apenas uma única via.
4. Com fulcro no §1º, Art. 18 c/c Inciso II Art. 11, ambos do Decreto 5.450/05, e ainda com base no princípio da autotutela, o pregoeiro resolve promover as alterações, supressões e acréscimos abaixo:

4.1 Do Edital:

“4.9.3 Qualificação Econômico-Financeira, cuja comprovação será constatada, por meio de:

I - Balanço Patrimonial do último exercício social exigível, apresentado na forma da lei e regulamentos na data de realização deste Pregão, vedada sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizado por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura deste processo licitatório;

II - Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social exigível, apresentado na forma da lei;

III - Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede da licitante.

4.9.3.1 Os documentos exigidos para fins de qualificação econômico-financeira deverão comprovar o seguinte:

I - Índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1; OU

~~II - Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;~~

III - Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação;

~~IV - Patrimônio Líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura deste Pregão.”~~

4.2 Do Termo de Referência:

“4 – SANSÕES

...

4.2. Caso, no período de 3 meses consecutivos, não haja nova ocorrência injustificada, recomencar-se-á nova contagem, a partir da próxima ocorrência injustificada.”

4. Ficam mantidas a data e hora da sessão de abertura.

É como decido.

Manaus-AM, 18 de dezembro de 2015.

Wagner Rodrigues Gonçalves
Pregoeiro