

ILMO.(A) SR.(A) PREGOEIRO(A) DA PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO DA UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA – UNILAB

IMPUGNAÇÃO

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO N° 10/2019

Processo Administrativo SEI n.º 23282.000476/2019-46

ALSERVICE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ sob o n° 17.426.041/0001-47, com sede na Rua Conego Braveza, 855, Cidade dos Funcionários, Fortaleza – Ceará, CEP: 60.822-815, vem, por intermédio do (da) seu (sua) Representante Legal, com o respeito e acatamento devidos, apresentar sua **IMPUGNAÇÃO** ao Edital do **PREGÃO ELETRÔNICO N° 10/2019, Processo Administrativo SEI n.º 23282.000476/2019-46**, fazendo-o com fulcro nos fatos e fundamentos abaixo expostos:

I – DOS FATOS

Trata-se do Edital do PREGÃO ELETRÔNICO N° 10/2019, Processo Administrativo SEI n.º 23282.000476/2019-46 da PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO DA UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA – UNILAB, cujo objeto é:

ALSERVICE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – CNPJ: 17.426.041/0001-47

Rua: Conego Braveza, 855 – Cidade dos Funcionários – CEP: 60.822-815 – Fortaleza-CE

Fone: (85) 3035-6831 – email: comercial@alservice.com.br, assistentecomercial@alservice.com.br

1.1. O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação, jardinagem e auxiliar de serviços gerais, mediante o regime de mão de obra exclusiva, com fornecimento de materiais, equipamentos e ferramentas, a serem executados nas dependências da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB, nos municípios de Redenção e Acarape, no Ceará, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Neste ato, ao se analisar o edital em comento, a despeito do saber jurídico dos seus elaboradores, foram encontrados vários vícios que devem ser sanados.

A primeira irregularidade se encontra nos itens 1.4 do Edital e 8.4.2; 8.4.2.1 e 8.4.2.2 do ANEXO I DO EDITAL - TERMO DE REFERÊNCIA, bem como todos os itens a ele relativos, os quais estabelecem o seguinte:

1.4. Os serviços serão contratados sob demanda, de forma que haverá pagamento apenas do quantitativo efetivamente demandado/executado;

8.4.2. Somente poderão ser atestados e medidos os serviços efetivamente concluídos;

8.4.2.1. No caso dos serviços de limpeza, asseio e conservação, as medições serão realizadas adotando-se como unidade de medida a área limpa, em metros quadrados;

8.4.2.2. Os serviços de jardinagem e auxiliar de serviços gerais serão medidos mediante a adoção da unidade de medida por postos de trabalho, sendo pagos, mensalmente, os custos referentes a cada posto de trabalho que tenha executado os serviços durante o período;

Com efeito, a ilegalidade se encontra no fato de que o serviço contratado será pago apenas pelo quantitativo demandado, sendo utilizado no serviço de limpeza, asseio e conservação como unidade de medida o metro quadrado e no serviço de jardinagem e auxiliar de serviços gerais os postos de trabalho. Assim, levando-se em conta que o pagamento será feito apenas mensurando-se o metro quadrado limpo, é indiferente a quantidade de empregados que serão utilizados no serviço.

Ora, com a devida vênia, qual a relevância para a UNILAB em saber se a contratada utilizará 01 (um) ou 100 (cem) empregados para limpar a área se ela pagará à Contratada apenas o valor da área devidamente limpa?

Também deve ser destacado que o item 2, do Anexo VI-B, da Instrução Normativa nº 5, de 26 de Maio de 2017, estabelece que os serviços serão contratados **apenas** com base na área física a ser limpa, devendo ser observados apenas a peculiaridade, a produtividade, a periodicidade e a frequência de cada tipo de serviço e das condições do local que será limpo, conforme pode ser observado abaixo:

2. Os serviços serão contratados com base na área física a ser limpa, estabelecendo-se uma estimativa do custo por metro quadrado, observadas a peculiaridade, a produtividade, a periodicidade e a frequência de cada tipo de serviço e das condições do local objeto da contratação.

Neste eito, percebe-se claramente que o Edital não é claro quanto ao real critério utilizado para o pagamento do serviço a ser utilizado, uma vez que ele estabelece que será utilizado o critério de pagamento da área limpa, mas durante todo o edital percebe-se que é utilizado o critério de postos de serviço, conforme se observa nos itens 1.41 e 7.1.4 do ANEXO I DO EDITAL - TERMO DE REFERÊNCIA, afrontando assim o princípio do julgamento objetivo e da legalidade, constante no artigo 3º, *caput*, da lei 8.666/93, que assim dispõe:

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.

Logo, o serviço será pago pelo metro quadrado, não sendo relevante a quantidade de homens a serem utilizados na execução.

Com efeito, ao se prosseguir na leitura do edital, fora observado em seu item 5.9 que todos os custos operacionais deverão estar inclusos na planilha (mesmo sendo estipulado que o contrato será pago por área limpa), conforme se observa abaixo:

5.9. Nos valores propostos estarão inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços, apurados mediante o preenchimento do modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme anexo deste Edital;

Neste trilhar, a Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2019 da SEEACONCE (Sindicato dos Empregados em Empresas de Asseio e Conservação, Locação e Administração de Imóveis Comerciais, Condomínios e Limpeza Pública do Ceará) / SEACEC (Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Ceará), Número de Registro no MTE CE000191/2019; estabelece que o percentual de encargos será de 83,10% (segunda a sextas); 83,02% (segunda a sábado) e 83,33% (12x36).

Contudo, na planilha constante no edital o percentual desses encargos está omissa, e ao se somar os valores apresentados o resultado será menor do que

ALSERVICE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – CNPJ: 17.426.041/0001-47

Rua: Conego Braveza, 855 – Cidade dos Funcionários – CEP: 60.822-815 – Fortaleza-CE

Fone: (85) 3035-6831 – email: comercial@alservice.com.br, assistentecomercial@alservice.com.br

83% (oitenta e três por cento), o que torna o contrato inexecutável desde a sua gênese, afrontando assim o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Entretanto, com o devido respeito, as ilegalidades editalícias continuam no item 7.12.6.1.1, uma vez que é permitida produtividade abaixo do mínimo disposto no Edital, conforme se observa abaixo:

7.12.6.1.1. Os licitantes poderão apresentar produtividades diferenciadas daquela estabelecida pela Administração como referência, nos termos do subitem 5.5.2.2, desde que não alterem o objeto da contratação, não contrariem dispositivos legais vigentes e, caso não estejam contidas nas faixas referenciais de produtividade, comprovem a exequibilidade da proposta.

Cumprido destacar que esta permissão é vedada pelo item 1, alínea “b”, do Anexo VI-B, da Instrução Normativa nº 5, de 26 de Maio de 2017, que assim dispõe:

ANEXO VI-B

SERVIÇO DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO

1. Deverão constar do Projeto Básico na contratação de serviços de limpeza e conservação, além dos demais requisitos dispostos nesta Instrução Normativa:

[...]

b) **produtividade mínima** a ser considerada para cada categoria profissional envolvida, expressa em termos de área física por jornada de trabalho ou relação de serventes por encarregado;

Ora, o normativo acima mencionado é expresso ao estabelecer que deve ser estabelecida uma produtividade mínima do contratado, não podendo ser permitido uma produtividade abaixo do mínimo estipulado em edital, pois afronta o princípio da legalidade.

Seguindo na análise do edital, fora constatado no item 3.1.3.4. do ANEXO I DO EDITAL - TERMO DE REFERÊNCIA que a Contratada deverá fornecer o material utilizado na prestação do serviço e que a UNILAB poderá recusar os materiais fornecidos pelo não atendimento Às especificações requeridas pela Administração, conforme se comprova abaixo:

3.1.3.4. Em que pese o planejamento e o controle de estoque, a fim de que não falte material, mesmo assim podem ocorrer atrasos na entrega, bem como recusa dos materiais por não atendimento das especificações requeridas pela Administração, ocasionando desabastecimento da UNILAB;

Entretanto, em momento algum do edital as especificações dos materiais são estabelecidas no edital. Ora, qual será o critério objetivo utilizado para a aceitação de um galão de desinfetante? Qual será a fragrância exigida no desodorizador de ambientes?

Ora, os critérios para a aceitação dos materiais são extremamente subjetivos e deixam dúvidas que não podem persistir até a execução contratual, pois contrariam o princípio do julgamento objetivo e deixam o Contratado à mercê dos humores do fiscal do contrato, o qual poderá aceitar os materiais ou recusá-los sem qualquer embasamento técnico, o que é vedado por lei, jurisprudência e doutrina.

Por fim, tendo em vista que o contrato estabelece o fornecimento de materiais, os quais, frise-se, não estão devidamente especificados tecnicamente e devem ser precificados, cumpre ressaltar que não há a estipulação de reajuste dos preços praticados, afrontando assim, mais uma vez, o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Logo, é dever da Administração Pública estabelecer previamente qual o índice de reajuste será aplicado ao contrato que será celebrado, o que causa mais uma afronta ao princípio da legalidade.

Eis um breve resumo dos fatos.

II – DO DIREITO

A - Da Violação aos Princípios Norteadores da Administração Pública

Primeiramente, cumpre enunciar que os procedimentos licitatórios são norteados por princípios de ordem pública, os quais, implícita ou explicitamente, impõem à Administração Pública os moldes de como se deve atuar na busca da proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

Logo, a violação de um princípio é mais grave que a violação de uma regra comum, conforme ensina Alex Muniz Barreto, *in verbis*:

Como os princípios consubstanciam-se em preceitos fundamentais sobre os quais se erigem os demais institutos jurídicos, tem-se como incontroverso o fato de que a violação de um princípio possui maior gravidade do que a violação de uma regra comum. (*Direito Administrativo Positivo*. 4ª ed. Leme: CL EDIJUR, 2015, p.121)

No presente caso fora observado e demonstrado que houve afronta aos Princípios da Legalidade e do Julgamento Objetivo, uma vez que, repise-se, o edital não estabelece de forma clara e objetiva a forma de pagamento do serviço, pois fica a dúvida quanto se o pagamento será relativo à área efetivamente limpa ou à quantidade de postos de serviços utilizados, conforme fora devidamente demonstrado alhures.

Também fora observada afronta ao Princípio do Julgamento Objetivo em relação ao critério de aceitação dos materiais utilizados, uma vez que o edital apenas estabelece a quantidade de materiais e a sua forma de apresentação (litros, galões, quilos) e não fornece mais informações necessárias à Contratada, tais como critérios de qualidade, aceitabilidade e outros indicadores técnicos, o que permite que a UNILAB rejeite os materiais de forma abusiva e sem critérios técnicos, científicos, o que poderá trazer sérios prejuízos à empresa contratada.

Neste eito, deve-se trazer a doutrina de Lucas Rocha Furtado acerca do Princípio do Julgamento Objetivo, o qual entende que o instrumento convocatório deve ser entendido como:

[...] a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que ‘a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)

Neste trilhar, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães assim discorrem sobre o Princípio do Julgamento Objetivo, *in verbis*:

AO SEU TEMPO, O PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO É O RESULTADO DA CONJUGAÇÃO ENTRE ISONOMIA, IMPESSOALIDADE E VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. [...] O CONHECIMENTO E O EXAME DO OBJETO DA LICITAÇÃO DEVEM SE DAR SEGUNDO OS REFERENCIAIS ESTABELECIDOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO (E NÃO DE ACORDO COM AQUELES ÍNTIMOS AO SUJEITO EXAMINADOR – QUE NÃO PODE AGREGAR DADOS E COMPREENSÕES PESSOAIS AO OBJETO EXAMINADO).

PARA QUE O JULGAMENTO OBJETIVO SEJA GARANTIDO, NECESSÁRIO SE FAZ QUE O INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO SEJA IGUALMENTE OBJETIVO – ANALÍTICO E CARTESIANO AO MÁXIMO, COM EXIGÊNCIAS E METODOLOGIAS PREDEFINIDAS, DE MOLDE A NÃO PERMITIR INTEGRAÇÕES SUBJETIVAS NO OBJETO EXAMINADO. (*In Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. 2ª ed. atual. rev. e aumen., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94-96*) (Grifou-se)

Neste sentido, Marçal Justen Filho, ao tratar deste princípio, esclarece que:

[...] o ato convocatório deve descrever o objeto de modo sumário e preciso. A sumariedade não significa que possam ser omitidas do edital (no seu corpo e nos anexos) as informações detalhadas e

minuciosas relativamente à futura contratação, de modo que o particular tenha condições de identificar o seu interesse em participar do certame e, mais ainda, elaborar a proposta de acordo com as exigências da Administração. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 611)

Hely Lopes Meirelles traz a seguinte definição acerca do princípio em comento, a seguir:

Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (arts. 44 e 45). (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 275)

O professor Diogenes Gasparini também se manifestou acerca do tema:

Outro princípio deveras importante no procedimento da licitação é o chamado princípio do julgamento objetivo. A licitação tem que chegar a um final, esse final é o julgamento, realizado pela própria Comissão de Licitação ou, no caso de convite, por um servidor nomeado. Esse julgamento deve observar o critério objetivo indicado no instrumento convocatório. Tal julgamento, portanto, deve ser realizado por critério, que sobre ser objetivo deve estar previamente estabelecido no edital ou na carta-convite. Portanto, quem vai participar da licitação tem o direito de saber qual é o critério pelo qual esse certame vai ser julgado. Portanto, sempre que nos deparamos com instrumento licitatório – e isso ocorre muito nas pequenas cidades – que consigna regra como essa: “Caberá à

Comissão de Licitação indicar quem será o vencedor da presente Tomada de Preços”, é inevitável a sua nulidade. Esse critério por ser subjetivo não pode prevalecer e o processo deve ser anulado. Como alguém pode ser julgado, segundo a vontade da Comissão de Licitação ou de um servidor que faça às suas vezes no caso de Convite? Seria fácil conduzir o resultado da licitação para cá ou para lá e isso não se admite no procedimento da licitação.

Mas o que é critério objetivo? Critério objetivo é aquele que por si só define uma situação É aquele que independe de qualquer argumento para confirmá-lo. Basta o confronto das várias propostas para selecionarmos a vencedora, sem precisar justificar absolutamente nada. O menor preço, por exemplo, é critério objetivo. Quando estabelecemos no edital, que a licitação será julgada pelo critério do menor preço, temos aí estabelecido qual é o critério de julgamento e que esse critério é objetivo. Se temos uma proposta de sete, uma de sete e meio e outra de oito, sendo o critério de julgamento o de menor preço, não temos dúvida nenhuma para dizer que aquela proposta de sete é a vencedora. Não precisamos dizer para ninguém que nossa grande experiência como Presidente de Comissão de Licitação indica que sete é a melhor proposta, ou que somos professor de matemática, que somos isso ou aquilo para justificar essa escolha. Não temos que justificar nada. **O achômetro, desculpem a expressão, não pode estar presente no julgamento, devendo, assim, ser banido do processo licitatório qualquer critério subjetivo.** Talvez os Senhores digam, mas e no caso de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço, que são critérios adotados para o julgamento de certas licitações, não há aí o subjetivismo quando os membros da Comissão de Licitação devem atribuir notas há certos fatores como qualidade, quantidade, produtividade e metodologia, por exemplo. Isso é uma realidade, mas a lei diz que técnica e preço e melhor técnica são critérios de julgamento de licitações cujos objetos envolvem importantes trabalhos intelectuais. Esses critérios só são utilizados excepcionalmente no caso de obras e serviços de engenharia. Portanto, já temos uma restrição para a sua aplicação imposta pela própria lei licitatória. De outro lado, quando possível a sua aplicação, ainda exige-se um cálculo matemático. Esse cálculo levará em conta certas pontuações atribuídas pelos membros da Comissão de Licitação. A tais pontos serão

ALSERVICE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – CNPJ: 17.426.041/0001-47

Rua: Conego Braveza, 855 – Cidade dos Funcionários – CEP: 60.822-815 – Fortaleza-CE

Fone: (85) 3035-6831 – email: comercial@alservice.com.br, assistentecomercial@alservice.com.br

aplicados determinados pesos. Multiplicam-se todas esses pontos pelos respectivos e divide-se pela somatória dos pesos e aí se têm vários números no final dessas continhas. Nesses cálculos ainda deve ser considerado o preço ofertado pelo proponente, também influenciado por um peso. Com a conjugação de todos esses dados chegaremos, depois da comparação dos resultados finais de cada licitante, à proposta vencedora. Portanto, a própria lei se encarrega de, ao máximo, retirar a subjetividade que possa existir nesses critérios de julgamento. (GASPARINI, Diogenes. II Seminário de Direito Administrativo – TCMSP "Licitação e Contrato - Direito Aplicado" De 14 a 18 de junho de 2004. Disponível em <https://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini4.htm> acesso em 28 out. 2019) Grifou-se

A jurisprudência do TCU assim se manifesta acerca da matéria:

Acórdão

Acórdão 3622/2011-Segunda Câmara Data da sessão 31/05/2011
Relator AROLDO CEDRAZ Área Licitação Tema Julgamento
Subtema Critério Outros indexadores Edital de licitação, Objetividade,
Clareza Tipo do processo REPRESENTAÇÃO

Enunciado

Há necessidade de definição nos editais licitatórios de disposições claras e parâmetros objetivos para o julgamento das propostas.

Excerto

Voto:

3. Sobre o descumprimento do art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/02, a licitante manifestou motivadamente sua intenção de recorrer, mas a pregoeira não acatou o recurso, justificando que o valor de referência constante de sua planilha de custo, para o pagamento de vale alimentação, indicava como parâmetro convenção diferente daquela que serviria de referência no certame, a de número MTE/PA 000156/2009, assinada entre o Sindicarpa (Sindicato das Empresas de Logística e Transporte de Cargas no Estado do Pará) e o Sintracarpa (Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transportes de Cargas Secas, Molhadas, Líquidas de Derivados de Petróleo das Distribuidoras de G.L.P e seus Concessionários e Anexos no Estado

do Pará) .

4. Entretanto, o item 10.5 do edital do pregão (fl. 25 do anexo 1) não definiu qual convenção serviria de parâmetro para a indicação dos preços de auxílio alimentação e que comporiam o quadro de "Insumos de Mão de Obra" constante do anexo II (fl. 29 do anexo 1) , senão vejamos:

10.5. Os valores unitários serão de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho do Sindicato correspondente ou caso esta não seja prevista, ou outro sindicato de categoria semelhante.

5. Some-se a isso, o fato de que o valor unitário do auxílio alimentação cotado pela licitante vencedora é idêntico ao apresentado pela representante. Segundo se vê nas propostas constantes do anexo 1 destes autos, o valor de R\$ 475,20 proposto pela licitante vencedora, Limp Car (fl. 105) , refere-se à alimentação de quatro motoristas, o que representa os exatos R\$ 118,80, por motorista, cotados pela representante em sua planilha de preços à fl. 103.

6. Por consequência, nota-se que a desclassificação da recorrente resultou, injustificadamente, em escolha mais onerosa para Administração Pública, uma vez que o contrato firmado com a licitante vencedora, empresa [omissis], foi assinado ao custo total de R\$ 109.928,16 (fl.168 do anexo 1) , enquanto a proposta rejeitada da representante, no valor de R\$ 96.396,00 (fls. 103-104 do anexo 1) , caso fosse aceita, resultaria em uma economia de R\$ 13.532,16 aos cofres públicos.

7. Visto isso, entendo que a razão da eliminação da representante do Pregão Eletrônico 17/2009 foi inadequada. O edital deixou margem à dúvida quanto à Convenção Coletiva que serviria de parâmetro para a avaliação das propostas, desatendendo exigência de clareza e de critério objetivo em sua elaboração, nos termos dos arts. 40, VII, e 44 da Lei 8.666/93. Neste caso, a pregoeira deveria ter admitido o recurso, conforme preceitua o art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/02, e examinado a questão mais detidamente.

8. Como os atos praticados pela pregoeira, Sr^a [omissis], com anuência responsável pelo Núcleo de Apoio Operacional da Funai em Tucumã/PA, Sr. [omissis], não observaram os preceitos constantes dos arts. 40, VII, e 44, da Lei 8.666/93, bem como o art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/02, dando ensejo à contratação de serviço por preço menos vantajoso para a Administração Pública, é cabível a aplicação

individual de multa no valor R\$ 2.000,00 (dois mil reais) aos responsáveis, com fulcro no art. 58, inciso II e III, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

Acórdão:

9.6 determinar ao Núcleo de Apoio Operacional da Funai em Tucumã/PA que, **quando da preparação de novos procedimentos licitatórios, elabore editais com disposições claras e parâmetros objetivos para o julgamento das propostas, em observância ao art. 40, inciso VII, e art. 44, ambos da Lei 8.666/93;** (Grifou-se)

Acórdão 549/2006-Plenário Data da sessão 19/04/2006 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES Área Licitação Tema Julgamento Subtema Critério Outros indexadores Ausência, Princípio do julgamento objetivo, Princípio da impessoalidade, Princípio da isonomia, Ilegalidade Tipo do processo RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO

Enunciado

A ausência de critérios pré-definidos para seleção da proposta mais vantajosa viola mandamentos básicos da impessoalidade, da isonomia e do julgamento objetivo, estampados no art. 37, caput e inciso XXI, da CF/1988, art. 3º da Lei 8.666/1993, e no próprio art. 1º do Decreto 2.745/1998, podendo, inclusive, dar margem a direcionamentos indevidos nos procedimentos licitatórios.

Excerto

Voto:

O art. 173, § 1º, inciso III, in fine, da CF/88 deixa claro que independentemente do que o futuro estatuto das estatais vier a instituir, os princípios da administração pública devem ser respeitados. **Com efeito, a ausência de um orçamento preciso afronta os princípios da isonomia e da economicidade, na medida em que a Administração deixa de dispor de instrumento essencial para a escolha da proposta mais economicamente vantajosa.**

Outrossim, é, no mínimo, contraditório o argumento da apelante quanto à não-obrigatoriedade da observância de regras inerentes aos mandamentos regedores da Administração Pública e, por conseqüência, da licitação. O próprio art. 1º do Decreto 2.745/98 determina à Petrobras que submeta os seus procedimentos licitatórios

a princípios, dentre outros, da economicidade e do julgamento objetivo, *in verbis*:

'A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a realização de obra, serviço ou fornecimento pretendido pela Petrobras e será processada e julgada com observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da igualdade, bem como da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.'

Ainda que o regulamento de licitações faculte à Petrobras negociar com a firma vencedora ou, sucessivamente, com as demais concorrentes, melhores condições de contratação, não constitui entrave burocrático o estabelecimento prévio dos referidos parâmetros de negociação.

A ausência de critérios pré-definidos para seleção da proposta mais vantajosa viola mandamentos básicos da impessoalidade, da isonomia e do julgamento objetivo, estampados no art. 37, caput e inciso XXI, da CF/88, art. 3º da Lei 8.666/93, e no próprio art. 1º do Decreto 2.745/98, podendo, inclusive, dar margem a direcionamentos indevidos nos procedimentos licitatórios.

Acórdão:

9.1. conhecer do pedido de reexame, para, no mérito, negar-lhe provimento; (Grifou-se)

Neste eito, percebe-se claramente que a contradição e omissão de informações necessárias ao edital acarretam a sua nulidade.

Cumpra destacar que no presente caso também houve afronta ao Princípio da Legalidade (principalmente no item que permite a produtividade abaixo do disposto em edital, afrontando assim a IN nº 05/17, fora outros itens), aqui explicado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

[...] Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de QUALQUER ESTADO, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é ESPECÍFICO DO ESTADO DE DIREITO, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. POR ISSO MESMO É O PRINCÍPIO BASILAR

DO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO, JÁ QUE O DIREITO ADMINISTRATIVO NASCE COM O ESTADO DE DIREITO: É UMA CONSEQÜÊNCIA DELE. É O FRUTO DA SUBMISSÃO DO ESTADO À LEI. É, EM SUMA: A CONSAGRAÇÃO DA IDÉIA DE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SÓ PODE SER EXERCIDA NA CONFORMIDADE DA LEI E QUE, DE CONSEGUINTE, A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA É ATIVIDADE SUBLEGAL, INFRALEGAL, CONSISTENTE NA EXPEDIÇÃO DE COMANDOS COMPLEMENTARES À LEI.

[...] A ADMINISTRAÇÃO E SEUS AGENTES TÊM DE ATUAR NA CONFORMIDADE DE PRINCÍPIOS ÉTICOS. VIOLÁ-LOS IMPLICARÁ VIOLAÇÃO AO PRÓPRIO DIREITO, CONFIGURANDO ILICITUDE QUE ASSUJEITA A CONDUITA VICIADA A INVALIDAÇÃO, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. COMPREENDE-SE EM SEU ÂMBITO, COMO É EVIDENTE, OS CHAMADOS PRINCÍPIOS DA LEALDADE E BOA-FÉ, TÃO OPORTUNAMENTE ENCARECIDOS PELO MESTRE ESPANHOL JESÚS GONZÁLES PEREZ EM MONOGRAFIA PRECIOSA. SEGUNDO OS CÂNONES DA LEALDADE E DA BOA-FÉ, A ADMINISTRAÇÃO HAVERÁ DE PROCEDER EM RELAÇÃO AOS ADMINISTRADOS COM SINCERIDADE E LHANEZA, SENDO-LHE INTERDITO QUALQUER COMPORTAMENTO ASTUCIOSO, EIVADO DE MALÍCIA, PRODUZIDO DE MANEIRA A CONFUNDIR, DIFICULTAR OU MINIMIZAR O EXERCÍCIO DE DIREITOS POR PARTE DOS CIDADÃOS.

POR FORÇA MESMO DESTES PRINCÍPIOS DA LEALDADE E BOA-FÉ, FIRMOU-SE O CORRETO ENTENDIMENTO DE QUE ORIENTAÇÕES FIRMADAS PELA ADMINISTRAÇÃO EM DADA MATÉRIA NÃO PODEM, SEM PRÉVIA E PÚBLICA NOTÍCIA, SER MODIFICADAS EM CASOS CONCRETOS PARA FINS DE SANCIONAR, AGRAVAR A SITUAÇÃO DOS ADMINISTRADOS OU DENEGAR-LHES PRETENSÕES, DE TAL SORTE QUE SÓ SE APLICAM AOS CASOS OCORRIDOS DEPOIS DE TAL NOTÍCIA. (*In* Curso de Direito Administrativo, 18. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 90-91,109) Grifou-se.

Também merece ser trazido aos autos os ensinamentos de Alex Muniz Barreto, que assim discorre:

A lei, tomada em seu sentido amplo, funciona para a Administração Pública como o elemento condutor permanente dos atos das entidades e órgãos públicos, dela não podendo se afastar, sob pena de responsabilização dos seus agentes e anulação dos seus atos, por afronta às regras incidentes em cada caso concreto. [...]

Todavia, como o Direito Administrativo disciplina a gestão dos interesses coletivos expressos em normas constitucionais e infraconstitucionais, a regularidade da atividade administrativa estatal está condicionada ao estrito cumprimento dos preceitos legais vigentes. Isso implica dizer que o administrador público deve pautar-se pelo princípio da *legalidade estrita* (ou da reestrictividade) e, por consequência, só poderá fazer o que a lei expressamente permitir. Em suma, o gestor público, além de estar proibido de agir contra (*contra legem*) ou além da lei (*extra legem*), só poderá atuar de acordo com ela (*secundum legem*).

Na verdade, melhor seria a designação *princípio da juridicidade*, haja vista que a conduta dos agentes públicos deve estar pautada não só na lei em sentido estrito (normas-regras), mas, sobretudo, nos princípios operantes no ordenamento jurídico (normas-princípios). Tal é a expressão mais ampla que melhor se coaduna com a visão contemporânea de um sistema administrativo submerso no chamado Estado Constitucional de Direito.

Esse é o significado do princípio da legalidade (ou juridicidade) que se constitui como uma das mais relevantes normas de conduta na gestão da coisa pública. Incide sobre todos os atos emanados da Administração, inclusive naqueles em que o agente público atua com certa margem de liberdade, podendo fazer opções que mais se adequem aos interesses coletivos, ou seja, nos denominados atos discricionários. Diante do princípio em análise, tal liberdade de atuação está igualmente condicionada à legalidade, vez que as opções postas à apreciação discricionária da autoridade pública devem estar todas juridicamente previstas, ou seja, a sua escolha se limitará exclusivamente às possibilidades elencadas nas normas-princípios e

nas normas-regras. (*In* Direito Administrativo Positivo, 4. ed. Leme: CL EDIJUR, 2015, p. 107-108)

Também deve-se trazer aos autos a opinião do professor Reinaldo Couto acerca da matéria, a seguir:

A CF/88 erigiu como princípio da Administração Pública a legalidade, logo a violação à lei deve ter consequência clara no sistema jurídico, qual seja, a nulidade do ato ilegal.

[...]

A anulação ou invalidação pela Administração Pública decorre do seu poder-dever de autotutela, não comportando qualquer discricionariedade, visto que, diante de qualquer ilegalidade, a Administração Pública tem, independentemente de provocação, o dever de declarar a nulidade do ato administrativo.

[...]

A autotutela não pode ser exercida sem limites, devendo ser restringida também pelos direitos fundamentais encetados na Carta Maior, inclusive o descrito no inciso LV do art.5º que consagra o contraditório e a ampla defesa. Assim, quando o seu exercício tiver como consequência restrição ou extinção a direito de terceiro (administrado ou agente público) ou alteração de situação fática ou jurídica que lhe seja favorável, haverá a necessidade de observância daquele direito fundamental. (*In* Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 260-261

Com efeito, em relação ao percentual dos encargos estarem abaixo de 83%, bem como da definição prévio do índice de reajuste, para esclarecer melhor o tema, traz-se as lições de Dawison Barcelos, que assim entende:

Antes de diferenciar os institutos, é preciso compreender o que é equação econômico-financeira. De maneira simples, equação econômica-financeira do contrato pode ser imaginada como uma balança em que, de um lado, estão os compromissos assumidos pelo contratado e, de outro, o valor da ser pago pela Administração.

É justamente esse equilíbrio fixado no final do procedimento licitatório que a Constituição Federal garante que será respeitado ao longo do contrato.

Em razão dessa proteção, quando algum dos lados da balança se altera, surge um desequilíbrio que pode ser resolvido de duas maneiras: por meio de um REAJUSTE ou através de REVISÃO DE PREÇOS.

O REAJUSTE é utilizado para remediar os efeitos da desvalorização da moeda e pode ocorrer por dois critérios:

pela aplicação de índices previamente estabelecidos (IGPM ou INCC, p. ex.) ou, pela análise da variação dos custos na planilha de preços.

A esse segundo critério é dado o nome de REPACTUAÇÃO que somente é possível para serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra (limpeza e vigilância, p. ex.).

É importante observar que as duas espécies de reajuste (reajuste por índices e a repactuação) somente podem ser utilizadas se houver previsão no edital e só podem ser concedidas após 1 (um) ano a contar da data da proposta ou do orçamento a que esta se referir.

Já a REVISÃO, que é a segunda grande maneira de reequilibrar a equação econômico-financeira, tem fundamentos diferentes do reajuste e não depende de previsão no edital, podendo ser concedida a qualquer tempo ao longo do contrato.

Em que hipóteses é possível solicitar a revisão (ou reequilíbrio em sentido estrito, como também é chamada)?

A Revisão pode ser buscada quando ocorrerem fatos posteriores à contratação que: sejam imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis; que representem um caso fortuito ou de força maior (como uma greve que impeça a fabricação do produto ou até mesmo uma enchente) ou por conta de um fato do príncipe que ocorre quando, por exemplo, um novo imposto é criado.

É importante lembrar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em qualquer de suas modalidades, não protege apenas o particular. É também um direito da Administração que pode vir a pagar um valor menor do que aquele acertado na licitação.

O TCU recentemente tratou da matéria no Acórdão 1488/2016-Plenário e reafirmou seu entendimento de que a repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada apenas nas contratações de serviços continuados com dedicação

exclusiva de mão de obra. Citando o Acórdão 1.827/2008-TCU, o Plenário da Corte assentou que:

O REAJUSTE DE PREÇOS É A REPOSIÇÃO DA PERDA DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA POR MEIO DO EMPREGO DE ÍNDICES DE PREÇOS PREFIXADOS NO CONTRATO ADMINISTRATIVO. POR SUA VEZ, A REACTUAÇÃO, REFERENTE A CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTÍNUOS, OCORRE A PARTIR DA VARIAÇÃO DOS COMPONENTES DOS CUSTOS DO CONTRATO, DEVENDO SER DEMONSTRADA ANALITICAMENTE, DE ACORDO COM A PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS.

(<http://www.licitante.com.br/reajuste-repactuacao-revisao-contrato-administrativo/> Acesso em: 07 mai. 2019. Grifou-se)

Neste eito, cumpre trazer o disposto no art. 2º, da Lei nº 10.192/2001, que possibilita o estabelecimento de cláusula de reajuste de preços em todos os ajustes com duração igual ou superior a 12 (dozes) meses, sejam eles contratos privados ou públicos, note-se:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

Ora, o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988 ao afirmar que deverão ser mantidas as condições efetivas da proposta durante toda a execução contratual, acaba por estabelecer como um dos princípios das contratações públicas a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a seguir:

Art.37. *omissis*

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)

Diga-se, com efeito, que a previsão de cláusula que estipule previamente o indicador financeiro do reajustamento do contrato tem por escopo resguardar a própria Contratante de indesejada inexecutabilidade contratual, pois tem o fito de manter as condições iniciais da proposta, assim como a rentabilidade da avença, tanto em relação ao Ente Contratante como em relação ao Particular Contratado.

Neste diapasão, oportuno assinalar que o Contrato Administrativo, apesar de todas as prerrogativas facultadas à Contratante frente ao particular, consubstancia-se, a rigor, num acordo de vontades que estabelece direitos e obrigações para ambas as partes, onde, no ilibado magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO “os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se, reciprocamente, uns como causa dos outros” (*In Direito Administrativo*, 11ª Ed., Editora Atlas, SP – 1999, p. 236).

Ora, em se tratando de acordo de vontades, por óbvio que, enquanto a Contratante, de um lado, visa à realização de uma finalidade pública, o Particular, como não poderia ser diferente, busca rentabilidade na contratação, através da remuneração pautada nas cláusulas econômico-financeiras da avença.

Nesse aspecto, valorosos são os ensinamentos do renomado Celso Antônio Bandeira De Melo que, parafraseando outros célebres doutrinadores, assim enuncia:

O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras.

Ao compor-se consensualmente com um particular contratante, a Administração, assim como adquire direitos, também assume obrigações. Estas, portanto, corresponderão a direitos do contratante, que não podem ser desconhecidos ou amesquinados. É de solar evidência que jamais o Poder Público encontraria alguém disposto a contratar, se ficasse ao alvedrio do Estado cumprir ou não o que se

estipulou no acordo. (In Curso de Direito Administrativo, 11. ed. Editora Malheiros, SP – 1999, p. 462 e 466)

Inadmissível, pois, que a avença objetivada pelo certame licitatório em exame traga em seu respectivo Instrumento Contratual preceito que dificulta ou que deixa dúvida a possibilidade de reajustamento.

Neste trilhar, cumpre trazer aos autos as Orientações Normativas da Advocacia Geral da União nº 24 de 01/04/09 e 23 de 01/04/09, que assim estabelecem:

Orientação Normativa AGU nº 24 de 01/04/09

O CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA DEVE INDICAR QUE O REAJUSTE DAR-SE-Á APÓS DECORRIDO O INTERREGNO DE UM ANO CONTADO DA DATA LIMITE PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA.

Orientação Normativa AGU nº 23 de 01/04/09

O EDITAL OU O CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO DEVERÁ INDICAR O CRITÉRIO DE REAJUSTAMENTO DE PREÇOS, SOB A FORMA DE REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO, ADMITIDA A ADOÇÃO DE ÍNDICES GERAIS, ESPECÍFICOS OU SETORIAIS, OU POR REPACTUAÇÃO, PARA OS CONTRATOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO-DE-OBRA, PELA DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DA VARIAÇÃO DOS COMPONENTES DOS CUSTOS.

III – DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, vem a Impugnante requerer o TOTAL PROVIMENTO da presente Impugnação, com a conseqüente correção ou exclusão de todos os itens editalícios fartamente informados neste petitório, principalmente os relativos à forma de pagamento do contrato e o que permite a produtividade abaixo do disposto em edital, bem como a inclusão de índice de reajuste prévio para todos os custos e correção dos encargos apresentados nas planilhas, com a conseqüente alteração do edital e a sua republicação ou anulação, por ser razão do mais puro Direito.

ALSERVICE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – CNPJ: 17.426.041/0001-47

Rua: Conego Braveza, 855 – Cidade dos Funcionários – CEP: 60.822-815 – Fortaleza-CE

Fone: (85) 3035-6831 – email: comercial@alservice.com.br, assistentecomercial@alservice.com.br



Fortaleza – CE, 28 de outubro de 2019.

Ricardo Gomes Ávila

ALSERVICE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA

RICARDO GOMES ÁVILA

ALSERVICE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – CNPJ: 17.426.041/0001-47

Rua: Conego Braveza, 855 – Cidade dos Funcionários – CEP: 60.822-815 – Fortaleza-CE

Fone: (85) 3035-6831 – email: comercial@alservice.com.br, assistentecomercial@alservice.com.br