

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SEÇÃO DE LICITAÇÕES DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

Ref. Pregão Eletrônico Nº 03/2020

PROVIDER SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 01.159.435/0001-46, com sede na Rua Dois de Julho, nº 80, Santo Amaro, Recife/PE, CEP 50.040-180, vem, neste ato, através do seu Procurador infra firmado, com fulcro na Lei 8.666/93, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, em razão da existência de alguns itens restritivos no ato convocatório do processo licitatório acima especificado, o que faz mediante os argumentos a seguir aduzidos.

I – TEMPESTIVIDADE

A Lei Geral de Licitação e Contratos nº 8.666/93, em seu artigo 41, §2º, atribui prazo de impugnação dos termos do Edital até o segundo dia útil que anteceder a abertura do certame. Observe:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o **segundo dia útil** que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. – *sem grifos no original*

Desta feita, definida a data de realização do pregão para 07/02/2020 (sexta-feira), o encerramento do prazo de impugnação corresponde a 05/02/2020 (quarta-feira). Sendo assim, interposta neste interregno, tempestiva é a presente impugnação.

II – OBJETO DA LICITAÇÃO

O pregão em referência possui por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços terceirizados, com cessão de mão de obra residente, de apoio administrativo e operacional, compreendendo as atividades de telefonista, auxiliar de informática, auxiliar de arquivo, auxiliar de rotinas administrativas, supervisor e auxiliar de supervisão, para atuação nos serviços de protocolo e expedição, arquivo, ouvidoria e atendimento aos clientes internos e externos do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, conforme as especificações e condições estabelecidas no Anexo I do Edital – Termo de Referência.

A Impugnante, empresa com vasta experiência na seara pertinente ao processo de contratação cujo edital ora se impugna, analisando as exigências relativas à comprovação da qualificação técnica das licitantes, verificou a existência de requisitos desnecessários para tal comprovação, posto que acabam por restringir a participação de concorrentes, mitigando a competitividade, ideal para obtenção de proposta vantajosa, e além disso, a possibilitando o direcionamento do certame para uma ou duas empresas, mesmo que essa não seja a intenção da instituição financeira promotora.

Isso porque o **item 10.6 “a)”**, do edital ora impugnado, que apresenta exigências para apresentação de planilha de custos para a formação de preços, estipula que as empresas licitantes deverão apresentar do regime de tributação adotado, informando que apenas poderá ser adotado o regime do Simples Nacional para o pessoal dos serviços de limpeza e higienização, vigilância ou serviços de engenharia, em termos:

10.6. Juntamente com a(s) planilha(s) de custos e formação de preços, a **licitante** deverá encaminhar os seguintes documentos:

- a)** declaração do regime de tributação que será adotado durante a execução do contrato, para o PIS e a COFINS (cumulativo ou não cumulativo), ou Simples Nacional (**somente cabível**

quando se tratar de serviços de limpeza e higienização, vigilância ou serviços de engenharia);

É certo que a imposição acima destacada se demonstra completamente exagerada e desarrazoada.

A apresentação de planilha de custos para formação de preço tem como seu principal objetivo para subsidiar a administração com informações sobre a composição do preço a ser contratado, de modo a aferir sua exequibilidade, sendo peça fundamental para auxiliar no processo de repactuação, no reajustamento de preços e na análise do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos caso de faça necessário, não havendo que serem feitas limitações quando a formação do custo da empresa sob pena de violar o princípio da livre concorrência.

Assim, acaso a planilha demonstre que há exequibilidade no preço apresentado, isto deve ser suficiente para atestar que a empresa possui capacidade necessária ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, sob pena de, fazendo o contrário, infringir, dessa forma, o art. 31, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94, **e contribuindo para inviabilizar a contratação da proposta mais vantajosa, posto que diminui fortemente a concorrência, como aconteceu no caso em análise, não restando outra alternativa à Empresa que não a apresentação de Impugnação ao Edital.**

II – DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Da Mitigação da Concorrência – Das Exigências Excessivas e Desnecessárias

Como demonstrado acima, para apresentação do preço é preciso comprovar por meio da planilha de custos que esse preço é exequível, para isso a empresa deve apresentar todas as certidões e declarações solicitadas comprovando a forma de atuação da empresa.

A exigência do **item 10.6 “a)”** se mostra bastante exagerada e desarrazoada, posto que, além de impedir a participação ampla de empresas que são plenamente capazes de cumprir com excelência o objeto edital, reduzindo a competitividade do certame, o faz se qualquer lastro legal.

Isso porque, da forma que está disposto o órgão só levou em consideração as empresas que tem os impostos PIS (0,65%) e COFINS (3,00%) reduzidos, sabendo-se que existem empresas com regime de tributação diferente que adotam PIS (1,65%) e COFINS (7,60%), **dessa forma mitigando, inclusive, a competitividade necessária para contratação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, principal fim do processo de seleção, ferindo claramente o disposto no artigo 3º, da Lei 8.666/93, “in verbis”:**

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia **e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração** 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. – *sem grifos no original*

Assim, não há razão para que essa comissão exclua do processo de licitação participantes que claramente atenderiam às cláusulas contratuais, e que, por consequência da restrição editalícia, não conseguirá apresentar a sua planilha de custos na forma prevista.

Nesse pálio, as exigências desta especificação **acabam por restringir a participação no certame, mitigando a competitividade e direcionando o processo de licitação para poucas empresas, mesmo que essa não seja a intenção.**

Dessa forma, o edital, desrespeita por completo os preceitos emanados da Constituição Federal, da Lei 8.666/93 e os princípios constitucionais que regem a administração pública.

No exercício do controle constitucional das normas o Judiciário ajusta a lei ao caso concreto e no plano do direito administrativo exerce o controle da legalidade dos atos administrativos.

Aplicando o princípio em destaque, seja no controle da constitucionalidade ou no controle da legalidade, cabe ao julgador decotar os excessos, seja do legislador, no caso de inconstitucionalidade, seja do administrador, no caso de ilegalidade. E, como dito, o critério

acima adotado é um excesso, e completamente desarrazoado violando preceitos legais e constitucionais.

Sem diferenças significativas, formalmente costuma-se falar em princípio da razoabilidade como sendo **“a relação de congruência lógica entre o fato e a atuação concreta da administração”**.

Para o grande Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

“enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.” (MELLO, 2006, p. 105)

Da leitura da colação acima, percebe-se que o Douto Mestre é bastante duro ao falar acerca de medidas que não observem o princípio da razoabilidade, denominando as mesmas de bizarras, incoerentes, e jurisdicionalmente invalidáveis.

Por certo que, os critérios adotados no edital, atentam claramente contra o princípio da razoabilidade que rege a Administração Pública, posto que restringem desnecessariamente a competitividade do presente certame.

Da Não Observância ao Princípio Constitucional da Isonomia

Há que trazer à baila que a exigência do **item 10.6, a**, é ainda um desrespeito ao princípio da isonomia.

Insta demonstrarmos que o princípio da igualdade permeia toda a Constituição Federal Brasileira, sendo erigido como um dos basilares de nosso estado no caput, do artigo 5º da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

No mesmo sentido, a par de redundante, nosso legislador originário repetiu o preceito ao tratar da administração pública, especificamente das licitações, que fazem parte dos atos mais corriqueiros dos órgãos estatais, na aquisição de materiais ou contratação de serviços de terceiros, assim, o direito de participação em igualdade de condições decorre diretamente de nosso ordenamento jurídico, interpretado literalmente, pois o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, prescreve:

Art. 37. (. . .)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. – *sem grifos no original*

Neste aspecto a restrição ao caráter da competitividade acima destacada caracteriza-se como uma mitigação do preceito isonômico que deve ser norteador de todo e qualquer processo licitatório.

Importante frisar que a isonomia não significa aplicar a norma da mesma forma a todos os administrados, sem verificar as suas diferenças, mas sim reconhecer as diferenças e aplicar a legislação de forma que todos possam ter acesso ao mesmo direito. Nas palavras de Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, **o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça**, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta

a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. ¹ - *sem grifos no original*

A doutrina e jurisprudência pátria vêm flexibilizando entendimento no sentido de que os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais para a observância do direito à isonomia, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.

Marcelo Novelino² afirma que “a possibilidade de superação de regras (afastamento de sua aplicação em determinado caso) costuma ser admitida em certas situações excepcionais”, dentre estas situações está a hipótese de **colisão de regras**.

Citando Thomas BUSTAMANTE, Marcelo Novelino³ reflete que a criação de uma exceção à regra seria possível nos casos em que a sua aplicação interferisse “*excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando uma manifesta injustiça no caso concreto*”, e propõe a utilização dos postulados da **razoabilidade**, da **coerência** e da **proporcionalidade**.

O próprio **Supremo Tribunal Federal** reconhece a **inexistência de direitos absolutos**, mesmo de estatura de direitos fundamentais, conforme restou consignado pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 93.250/MS (DJ nº 112 do dia 20/06/2008), cuja ementa segue transcrita, *in verbis*:

PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS.
(...)

6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. **Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.**

¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 48

² **Novelino, Marcelo**. Manual de Direito Constitucional – 8. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 130.

³ Ob. Cit. p. 130/131.

7. Ordem denegada. – *sem grifos no original*

Em tais situações, diante da necessidade de ponderação na aplicação de normas pelo Poder Judiciário em determinados casos concretos, que implicaria em injustiça, há, nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴, uma ***inconstitucionalidade circunstancial***, ou seja:

Há situações em que a aplicação de uma lei, formalmente constitucional, a determinada situação pode gerar uma inconstitucionalidade, pelas circunstâncias do caso concreto. Essa inconstitucionalidade – que nasce circunstancialmente, em decorrência da aplicação de lei válida a situação específica – é denominada circunstancial. Não se trata, portanto, de identificar a inconstitucionalidade da lei em si, em tese; **é a sua aplicação a uma situação específica que caracterizará a inconstitucionalidade.** – *sem grifos no original*

Desta forma, evidente que a exigência do **item 10.6, a, que regula a** apresentação de planilha de custos para formação de preços, não cumpre com a devida observância ao princípio da isonomia, deixando de garantir às empresas que adotam regime de tributação do PIS (1,65%) e COFINS (7,60%) (que é apta para cumprir com a finalidade do edital), que tenham chance de participação no certame, tendo em vista que a comprovação apresentação da planilha de custos tem finalidade apenas de apresentar a exequibilidade do lance.

Assim, o edital objeto de tal impugnação merece ser reformado no tocante ao **item 10.6, a**, em atenção e estrito cumprimento do preceito constitucional determinado pelo caput e pelo § 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei 8.666/93 e alterações:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração (...)

§ 1º É **vedado** aos agentes públicos:

I - **admitir, prever ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo** e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;” – *sem grifos no original*

⁴ In Direito Constitucional descomplicado/Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2014. p. 787.

De sorte que o direito de igualdade de tratamento entre os licitantes não pode ser derogado sob qualquer argumento.

Note-se que também o art. 4º do Decreto 3.555/00, prevê o seguinte critério:

“Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, **competitividade**, justo preço, seletividade e **comparação objetiva das propostas**.”

Parágrafo Único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa dos interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.”

Vejamos ainda os brilhantes dizeres do Mestre Marçal Justen Filho:

“O inc. I [do art. 3º da Lei 8.666/93] reprimiu, ainda, a discriminação fundada exclusivamente na origem dos licitantes, em moldes já consagrados pelo Dec-Lei n.º 2.300/86. Retrata vedação derivada da Constituição, não apenas por força do princípio da isonomia, mas por efeito da própria estrutura federativa do Brasil (CF, art. 19, inc. III).” (Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, editora Dialética, 5ª edição, São Paulo, 1998, pág. 76.)

Sendo certo que tais condições são demasiadamente restritivas, direcionando o certame, mesmo que de forma não intencional, tais exigências são completamente descabidas, devendo ser retiradas do edital de modo a coadunar com a legislação e princípios que regem o direito administrativo.

Nesse sentido a mais pacífica doutrina pátria:

“Então no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardar relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto (...)

Em outras palavras: **a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo.** Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia”

(Celso Antônio Bandeira de Mello, O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª ed., editora Malheiros, págs. 38 e 39).

"No plano específico das licitações, o princípio igualdade, sendo aplicado a rigor, impede que os concorrentes sejam ou favorecidos pelas cláusulas do edital, ou desfavorecidos"

(J. Cretella Júnior, Licitações e Contratos do Estado, 1ª ed., editora Forense, pág. 42)

"Além da procura de condições mais vantajosas para a Administração Pública em seus contratos com particulares, a licitação se faz obrigatória por força do princípio da isonomia.

Por sua vez, o procedimento da licitação é informado por três princípios: igualdade entre os licitantes, publicidade e estrita observância das condições estabelecidas no instrumento de abertura."

(Adilson Abreu Dallari, Aspectos Jurídicos da Licitação, editora Saraiva, São Paulo, 4ª edição, 1997, pág. 191.)

"O Estatuto Federal sobre licitação e contratos administrativos estabelece que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos proponentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante ao objeto do contrato (art. 3º, § 1º, I). Aí está consubstanciado o princípio da competitividade. Nada, por esse princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir licitação."

(Diogenes Gasparine, Direito Administrativo, ed. Saraiva, 4ª edição, 1995, pág. 293)

"A igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação - agora previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) - pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º)."

(Hely Lopes Meireles, Licitação e Contrato Administrativo, 11ª Edição, Ed. Malheiros Editores, pág. 28).

"Igualdade entre os licitantes - O Princípio da igualdade entre os licitantes impõe que o procedimento licitatório, desde a convocação até o ato final, não se despoje do seu caráter competitivo, para transformar-se em instrumento de privilégio ou desfavores a participantes. Daí a sua importância para a seriedade da licitação, reconhecida pela grande maioria dos doutrinadores, havendo quem, com muita razão, considere a isonomia entre os participantes a matriz dos demais princípios."

(Antônio Marcello da Silva, O princípio e os princípios da licitação, RDP 136/34).

"Além de normas procedimentais necessárias, o sistema jurídico da licitação atende fundamentalmente a princípios gerais que se vinculam à sua finalidade.

O primeiro deles é o da igualdade entre os licitantes, ou seja, como outra face do postulado, a proibição de discriminar. O princípio vigora tanto em relação aos preceitos específicos, que integram os editais, e marcam as características das propostas, como também informam os critérios de ajuizamento e julgamento destas."

(Caio Tácito, RDP 84/140)

Nesta toada, fica claro que, **para apresentação da planilha de formação de preço a licitante, deve apresentar seus custos e comprovar que seu lance é exequível, não cabendo ao edital realizar limitações sobre as formas de tributação adotadas pela empresa**, sob pena de violar o princípio da competitividade e da isonomia acima apontados.

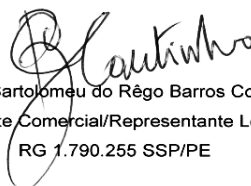
Portanto, o edital deve ser revisado e republicado, uma vez que não observa os preceitos emanados da Lei 8.666/93 e os princípios contidos em nossa Constituição Federal, o que pode levar a nulidade do processo através da tutela do Poder Judiciário diante da ilegalidade apresentada.

III – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer que seja dado provimento a presente impugnação ao edital, para que tal instrumento seja revisado e republicado conforme argumentos aduzidos na presente impugnação, sendo considerado em sua estimativa de preço para balizamento da licitação, considerando as alíquotas maiores, para PIS e COFINS, permitindo desta forma que todas as empresas que atuam na área participem do certame com isonomia.

Nestes Termos,
Pede e Espera Deferimento.

Salvador/BA, 04 de fevereiro de 2020.



Carlos Bartolomeu do Rêgo Barros Coutinho
Gerente Comercial/Representante Legal
RG 1.790.255 SSP/PE

PROVIDER SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA.

CNPJ nº 01.159.435/0001-46