

AO

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

Ilmo. Sr. Pregoeiro

Ref.: Pregão Eletrônico nº. 16/2008

CONSERVO BRASÍLIA SERVIÇOS TÉCNICOS

LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 00.009.282/0001-98, com sede no SCIA, Qd. 08, Conjunto 09, Lotes 02/03, Guará, CEP: 71.250-715, Brasília-DF, Tel. (0xx61) 3462.8422, vem, respeitosamente, à presença de V. Sa., com fulcro no Decreto nº. 5.450/05 e Lei nº 8.666/93, tempestivamente,

IMPUGNAR O ATO CONVOCATÓRIO,
pelos argumentos de fato e de direito a seguir
alinhavados,

requerendo para tanto, a modificação do edital pelos fundamentos discutidos, sendo certo que caso não venha a ocorrer esse entendimento pelo i. Pregoeiro, deve a presente peça ser enviada para a autoridade superior, para a emissão de parecer fundamentado a respeito do assunto.

I. DOS FATOS E DO DIREITO

Trata a presente peça em atacar o edital do Pregão Eletrônico nº. 16/2008, promovido pela União, por intermédio do **Ministério da Educação**.

Com efeito, a presente pretensão é tempestiva eis que cumpre com o estabelecido pelo art. 18 do Decreto 5.450/05, ou seja: *Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica. (g.n)*

Vencida essa fase preliminar, cumpre observar o tema de fundo relativo aos fundamentos que devem ser observados por Vossa Senhoria, com o intuito de completar o texto do edital, que em dois pontos é omissos, quais sejam: *falta incluir a exigência de apresentação de planilha – como anexo – no sistema COMPRASNET; exigência quanto a vistoria técnica in loco; constar no edital uma cotação uniforme dos tributos, com o fim de proporcionar isonomia no certame.*

I.a DA INCLUSÃO DE PLANILHA NO SISTEMA COMPRASNET

Esse ponto possui natureza simples e decorre da própria razão de ser do sistema implantado para o Pregão Eletrônico no sentido de que sua vocação está ligada com a celeridade e informalidade do procedimento.

Essas características, no entanto, não concedem ao administrador público uma amplitude ilimitada em seus atos, sob pena de haver rompimento com a legalidade e moralidade administrativas.

Urge ressaltar que em todas as licitações da modalidade eletrônica espalhadas pelo país, há clara exigência nos editais no sentido de que seja enviado pelo COMPRASNET, antes da etapa de lances, a planilha preliminar de custos, justamente para que o ente da administração pública possa avaliar a viabilidade da proposta. Tal situação ocorre, vez que o Pregão Eletrônico possui a chamada *inversão de fases*, quando comparado com outros procedimentos licitatórios. Na realidade, a avaliação da documentação habilitatória, no pregão, é feita somente após a apresentação dos preços e disputa de preços por meio de lances.

Note-se que no presente certame não existe a obrigatoriedade de apresentação das planilhas de custos preliminares, o que por si só já merece uma breve ponderação de Vossa Senhoria, no sentido de investigar o que aqui é alegado.

Aliás, o art. 13, inciso II, do Decreto 5.450/05 estabelece o seguinte:

Art. 13. Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:

II – remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente por meio eletrônico, via internet, a proposta e, quando for o caso, seus anexos; (g.n)

Em outro ponto do referido texto legal é extraído:

Art. 17. A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para

contratação e os meios de divulgação a seguir indicados:

(...) omissis.

§4º. O prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a oito dias úteis. (g.n)

Completando de forma cristalina a avaliação do texto do Decreto 5.450/05, o art. 21 e seu §4º fulminam qualquer dúvida que possa pairar sobre o assunto, *in verbis*:

Art. 21. Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes deverão encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço e, se for o caso, o respectivo anexo, até a data e hora marcadas para abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando, então, encerrar-se-á, automaticamente, a fase de recebimento de proposta.

(...) omissis.

§4º. Até a abertura da sessão, os licitantes poderão retirar ou substituir a proposta anteriormente apresentada. (g.n)

Note-se que aceitar a planilha com a proposta da empresa, apenas após a etapa de lances será motivo para anulação do certame no Judiciário, eis estar configurada evidente ilegalidade. Tal cenário configura atropelo de um procedimento que apesar de ser mais veloz, não pode

escapar de determinados requisitos mínimos para seu regular processamento.

Justamente para evitar obscuridade na marcha procedimental da licitação é que deve constar do instrumento convocatório, estipulação que reforce o exigido pela lei, sob pena de ocorrer apresentação posterior da proposta com base na omissão do edital. Tal dado serve, por oportuno, para oferecer maior proteção ao próprio gestor público no momento de julgar objetivamente as propostas.

II.b. DA EXIGENCIA QUANTO A VISTORIA TÉCNICA IN LOCO

Verifica-se uma falha muito grave no edital, que pode comprometer a qualidade e eficiência dos serviços a serem executados, caso, porventura, a empresa que vencer o certame não adotar as providências necessárias no sentido de fiscalização do local onde serão desempenhadas as atividades.

Trata-se da lacuna existente no edital quanto à necessidade de se determinar que as empresas realizem uma vistoria técnica in loco *obrigatória* para que possam examinar de maneira objetiva os lugares onde serão prestados os serviços, notadamente para conferir a existência de agentes insalubres ou perigosos aos funcionários.

Tal providência revela-se imperativa, neste caso, porque há de se considerar as peculiaridades dos locais específicos onde será alocada a mão-de-obra e, sobretudo, a quantidade de material e equipamentos que deverão ser empregados na execução das atividades.

Ademais, considerando a complexidade e importância dos serviços técnicos licitados, não se pode permitir que as empresas licitantes, todas potencialmente contratáveis, participem da fase de habilitação sem que tenham, ao menos, conferido o local da prestação do serviço por pessoa credenciada para tanto.

Apenas a título de sugestão, segue uma minuta de cláusula que poderá ser utilizada, partindo-se desde já da procedência desta impugnação. Veja-se:

DA VISTORIA

A Empresa, após leitura do Edital e do Termo de Referência, **deverá obrigatoriamente** efetuar minuciosa vistoria em todas as edificações e respectivas instalações, pelo seu Responsável Técnico (CRA) munido de documento de identificação que comprove o vínculo com a Empresa, de forma que tenham conhecimento pleno das condições ambientais e técnicas para a efetiva realização dos serviços, nos endereços citados no item 06, do Termo de Referência.

Obs: O “Atestado de Vistoria” deverá ser apresentado junto com os demais “documentos de habilitação” do processo licitatório sob pena de inabilitação. O “Atestado” impossibilita, sob qualquer hipótese, reclamações posteriores da licitante vencedora quanto ao desconhecimento das áreas do MEC, visando a boa realização dos serviços.

Destarte, tendo em vista a natureza do serviço e o comprometimento com resultados eficientes, impõe-se a retificação do edital no sentido de fazer constar do instrumento a determinação apontada como ***obrigatória***.

III.b. DA COTAÇÃO UNIFORME DOS TRIBUTOS

Esse é um tema que gerou intensos debates, mais que atualmente vem sendo enfrentado pelos pretórios, inclusive pelo Tribunal de Contas da União, de onde se extrai a tendência de operar-se a uniformização dos percentuais relativos aos tributos, justamente para conceder isonomia entre os interessados em participar. É que o regime de tributação das empresas possuem diferenças e, como os pregões vem sendo decididos por pequena margem de preço, esse item acaba por beneficiar algumas empresas e prejudicar outras.

Em que pese ser assunto apenas similar ao aqui tratado, cabe trazer à baila trecho do Acórdão 950/2007 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, que faz ponderações precisas a respeito do IRPJ e da CSLL, *verbo ad verbum*:

72. Sendo assim, considerando a complexidade na definição da base de cálculo dos referidos tributos, variável de acordo com o regime de tributação da pessoa jurídica; considerando a impossibilidade de estipulação de critério objetivo e isonômico para comparação de propostas de preços de licitantes sujeitas a regimes de tributação diferentes; considerando que o IRPJ e a CSLL constituem-se em tributos diretos, que não comportam a repercussão econômica; considerando a imprevisibilidade do lucro do exercício de licitantes; entendemos que cabe ao TCU firmar entendimento acerca da matéria em exame no sentido de que não devem constar, em editais de licitação, cláusulas que exijam a cotação de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSLL, e de que não devem ser incluídos tais tributos nas parcelas relativas aos Benefícios e Despesas Indiretas - BDI. Convém ao TCU, ainda, determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG que instrua toda a Administração Pública

Federal a excluir dos seus orçamentos parcelas relativas ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e à Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSLL, bem como a orientar aos licitantes, nos próximos editais de licitação, que não incluam, em suas propostas, tais tributos nas parcelas relativas aos Benefícios e Despesas Indiretas - BDI.

Obviamente que após a assinatura do contrato a empresa irá recolher os percentuais que são pertinentes ao seu perfil de tributação, entretanto, para que ocorra uma disputa ampla e isonômica no procedimento licitatório, se faz necessário a normalização dos tributos da seguinte forma: ISS = 5%; PIS = 1,65%; COFINS = 7,6%; Total = 14,25%.

Não se pode esquecer que uma vez definida a cotação da forma como sugerida, o percentual de 14,25% não pode ser modificado no caminho do procedimento licitatório. Daí surge a situação de também ser passível de inclusão no edital, além de percentuais fixos para os tributos, a vedação de modificação dos mesmos durante o certame.

Por certo que, a licitação, como procedimento administrativo que é, visa atingir uma dupla finalidade, conforme proclama a lei de licitações e contratos em seu art. 3º. Volta-se, como nessa norma se estabelece, a selecionar a proposta que se apresente como a mais vantajosa para a futura contratação, buscando, no entanto, preservar condições que não se constituam em infundado e desnecessário para a livre competição.

Esse entendimento se coaduna exatamente com o texto da Lei nº 8.666/93 e com a doutrina brasileira, no sentido de que dentro do juízo de conveniência e oportunidade, é preciso, acima de tudo, respeitar a finalidade da licitação, pois "*finalidade é o resultado que a Administração*

quer alcançar com a prática do ato.....". (Di Petro, Maria Sylvia Zanella. in Direito Administrativo, 7ª ed. Ed. Atlas, 1996, São Paulo, pg. 173.

De tal sorte, é de se ressaltar que a finalidade perseguida pela Administração na presente licitação traduz-se **na obtenção da melhor qualidade possível no fornecimento de bens ou da execução de serviços associada ao menor preço.**

Nessa linha de entendimento não se traduz congruente com a finalidade da licitação, **um edital que reduz a competitividade do certame em vez de ampliá-la,** eis que a escolha da proposta mais vantajosa (finalidade precípua do procedimento) só será efetivamente alcançada, à medida que se possibilite o número maior de participantes no certame.

É preciso indicar que o entendimento tanto da doutrina como da jurisprudência, é de que o edital, no procedimento licitatório, constitui Lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação, bem como os contidos no Art. 3º. da Lei das Licitações, *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.” (Grifo nosso.)

Quanto a isonomia que deve lastrear as etapas da licitação, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO leciona no seguinte sentido:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também ao de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o §1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bom como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.

Por todas as razões acima explicitadas, resta patentemente demonstrado todas as razões pelas quais o certame licitatório merece ser urgentemente retificado, pois o edital em espécie encontra-se omissos nos temas articulados anteriormente, o que poderá acarretar o cerceamento de participação de empresas que se encontravam interessadas, mas que, por

conta das obscuridade do texto do edital acabam por concorrer em situação de desigualdade.

DO PEDIDO

Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, esta Impugnante, requer, com supedâneo na Lei nº. 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o ato convocatório SEJA RETIFICADO QUANTO AOS TEMAS TRATADOS NA PRESENTE PEÇA, adequando-se aos termos das legislações vigentes e aos princípios basilares da Administração Pública, principalmente aos princípios da razoabilidade e da isonomia.

Caso não entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão.

Nestes Termos,

Pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 24 de março de 2008.

CONSERVO BRASÍLIA SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA.