

ILUSTRÍSSIMA PREGOEIRA DA FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE GOIATUBA
Dra. VANEIDE CARDOSO OLIVEIRA

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA, PREGÃO PRESENCIAL Nº 013/2023,
REGISTRO DE PREÇOS Nº 011/2023

Objeto: *Futura e eventual contratação de empresa especializada em prestação de serviços de limpeza e conservação predial, compreendendo o fornecimento de EPI's adequados à execução dos trabalhos nas dependências dos imóveis que sediam os diversos departamentos da FESG/UNICERRADO, conforme especificações e quantidades estabelecidas no termo de Referência, Anexo I do Edital.*

A **RDV SERVICES EIRELI**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 23.221.598/0001-44, com sede na Rua C-122, 154, Quadra 228, Lote 04, Casa 04, Sala 203, Jardim América, Goiânia-GO, CEP. 74.255-340, Telefone (62) 99134-1082 e-mail: rdvservicesgyn@gmail.com, neste ato representada por seu Diretor, vem, respeitosamente, a presença de Vossa Senhoria, interpor **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, com fulcro no art. 41, § 1º e 2º da Lei 8.666/1993, e no item 8 do instrumento convocatório, pelas razões de fato e de direito a seguir descritas.

1. DOS FATOS

A **FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE GOIATUBA**, tornou público o edital de licitação na modalidade Pregão Presencial, do tipo Menor Preço Global, para contratação de empresa especializada para Futura e eventual contratação de empresa especializada em prestação de serviços de limpeza e conservação predial, compreendendo o fornecimento de EPI's adequados à execução dos trabalhos nas dependências dos imóveis que sediam os diversos departamentos da FESG/UNICERRADO, conforme especificações e quantidades estabelecidas no termo de Referência, Anexo I do Edital.

A ora impugnante presta os serviços que se pretendem contratar, todavia, ao analisar o instrumento convocatório, com a finalidade de formular sua proposta de preços e analisar detidamente o edital de licitação, notou irregularidades que ferem a norma de regência. Destarte, não restou outra alternativa senão impugná-lo.

É a síntese do essencial.

2. DO MÉRITO

2.1. DA INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO DE REAJUSTE DE PREÇOS POR ÍNDICE SETORIAL E DA NECESSIDADE DE INCLUIR CRITÉRIO QUE RETRATE A EFETIVA VARIAÇÃO DO CUSTO DA MÃO DE OBRA, CONFORME ART. 40, XI DA LEI Nº 8.666/93.

Em um contrato de execução continuada, que na forma do art. 57, II da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de sucessivas renovações até o prazo de 60 (sessenta) meses, os critérios de reajuste para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato são essenciais.

A Constituição Federal de 1988 dispõe:

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.

Ou seja, é garantido aos particulares que a efetividade da proposta contratada com o Poder Público será mantida durante toda a execução contratual. A doutrina reconhece que se trata de uma forma de compensar as “cláusulas exorbitantes” da Administração Pública, nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello, além de confirmar a premissa, cita grandes administrativistas na mesma linha de entendimento:

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes nominadas de “exorbitantes”, quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual. Pelo contrário: a outra face do problema, contraposta às prerrogativas da Administração, assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja. (grifei).

Daí outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objeto de lucro buscado pelo contratante privado (grifei).¹

Jean Rivero:

As disposições relativas à remuneração escapam ao poder de modificação unilateral da Administração. Mas, além disto, o elemento de associação já assinalado se manifesta neste ponto com uma força particular: é o princípio do equilíbrio econômico financeiro do contrato, que é uma das características essenciais do contrato administrativo e a contrapartida das prerrogativas da Administração.²

Para atingir tal finalidade – além dos critérios de reajuste para recompor o equilíbrio em decorrência de fatos imprevisíveis, ou se previsíveis de consequência incalculáveis, força maior, fato do príncipe, etc., dispostos art. 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 que independem de previsão em edital – ao regulamentar a previsão constitucional, o legislador determinou que a Administração inclua, de forma prévia, critério de reajuste que retrate a efetiva variação do custo, nos termos seguintes:

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 29ª Ed., 2012. p. 626. ² Apud. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 29ª Ed., 2012, p. 655.

Lei nº 8.666/93

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

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

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

(...)

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

O Edital, o que se percebe, não adota e não coaduna, com a normativa legal, o que se assevera sérios riscos ao futuro contratado a falha irregular, tendo a seguinte cláusula:

1 – DO REAJUSTE DOS PREÇOS:

1.1 – Durante a vigência da Ata, os preços registrados permanecerão fixos e irrealizáveis.

1.1.1 – Os preços somente poderão ser alterados, por acordo entre as partes, no caso de ocorrência, devidamente demonstrada, da situação prevista no artigo 65 da Lei nº 8.666/93, bem como no caso de o preço registrado tornar-se superior ao praticado no mercado, ocasião em que o fornecedor do bem ou prestador do serviço será convocado visando a negociação de preços e sua adequação ao mercado.

Como se vê, o edital, sequer estabeleceu índice de correção, quanto aos preços, bem como um índice setorial. Todavia, apenas o índice setorial não é critério que retrata a efetiva variação de todos os custos do serviço ao longo da execução contratual, que apenas abrangeria parte dos insumos (máquinas, veículos, ferramentas, uniformes, EPI's, etc) que são realmente atingidos pela variação de preços de certo índice setorial.

Esclarecemos por sua vez, que em se tratando de terceirização de serviços por postos de trabalho com uso de mão de obra, além dos insumos, há uma parcela expressiva de custo que ocorre da variação da mão-de-obra. Em relação a remuneração destes trabalhadores o custo não varia de acordo com a inflação, mas sim, de acordo com instrumentos normativos próprios, como a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), Acordo Coletivo de Trabalho (ACT), ou, caso haja dissídio coletivo, a sentença normativa editada pela Justiça do Trabalho. E assim, não basta a mera aplicação de um qualquer índice setorial (restrito aos insumos), sob pena de não restar efetiva a proposta inicialmente contratada no decurso do tempo.

Esse reajuste específico para a mão-de-obra, é a “reapactuação de preços” que se baseia na variação analítica do custo da mão-de-obra. Nesse sentido ensina o membro do Ministério Público de Contas junto ao TCU, Lucas Furtado Rocha²:

² FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos, 3. ed. Brasília: Fórum, 2011, p. 80.

[...] a repactuação é modalidade especial de reajustamento de contrato, aplicável tão-somente aos contratos de serviços contínuos, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação e se vincula não a um índice específico de correção, mas à variação dos custos do contrato.

Inclusive, a União, e diversos municípios já alteraram seus editais prevendo o reajuste de preços. Como exemplo, cita-se trecho de um edital do Pregão Eletrônico nº 09/2021 da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, que adotou além do reajuste, a repactuação para retratar a variação do custo da mão-de-obra, de forma cumulativa:

12. DA REPACTUAÇÃO CONTRATUAL:

12.1. É admitida a repactuação e/ou reajuste dos preços contratados

neste instrumento, observado as condições estabelecidas nos arts. 100 a 106 do Decreto Estadual nº 840/2017, desde que observado o interregno mínimo de 12 (doze) meses, contados da data do acordo ou convenção coletiva de trabalho ou sentença normativa vigente à época

da apresentação da proposta e adotados para sua elaboração;

12.2. Nas repactuações subsequentes à primeira, o interregno de um ano será contado a partir do advento da Convenção Coletiva da categoria a que a proposta se referir;

12.3. A contratada poderá exercer, perante a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, seu direito à repactuação dos preços do contrato até a data da prorrogação contratual subsequente.

12.4. Caso a contratada não efetue de forma tempestiva a repactuação e prorrogue o contrato sem pleiteá-la, ocorrerá a preclusão do direito de repactuar.

12.5. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada por demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação das planilhas de composição de custos e formação de preços, do novo acordo ou convenção coletiva ou sentença normativa da categoria que fundamenta a repactuação, e, se for o caso, dos documentos indispensáveis à comprovação da alteração dos preços de mercado de cada um dos itens da planilha a serem alterados; 12.6. Quando da solicitação da repactuação, esta somente será concedida mediante negociação entre as partes, considerando-se: 12.6.1. Os preços praticados no mercado e em outros contratos da

Administração;

12.6.2. As particularidades do contrato em vigência;

12.6.3. O novo acordo ou convenção coletiva das categorias profissionais;

12.6.4. A nova planilha com a variação dos custos apresentada;

12.6.5. Indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes;

12.6.6. A disponibilidade orçamentária da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso.

12.7. É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de lei, sentença normativa, acordo ou convenção coletiva de trabalho;

12.8. No caso de repactuação, será lavrado termo de apostilamento ao contrato vigente.

12.9. A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso deverá assegurar-se de que os preços contratados são compatíveis com aqueles praticados no mercado, de forma a garantir a continuidade da contratação vantajosa

É que a variação do reajuste salarial da categoria profissional é

muito diferente da variação prevista pelo índice setorial adotado para a totalidade do valor contratado, e esta afirmação pode ser comprovada empiricamente.

Ademais, conforme esclarece Marçal Justen Filho, além de garantia ao particular com fundamento em norma constitucional de ordem pública, o reajuste a partir de critérios adequados confere vantagem à administração, isso porque permite ao particular reduzir seu preço na disputa ao máximo, não precisando se preocupar em incluir custos meramente possíveis, in verbis:

A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inocorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.³

Como se não bastasse, a ausência do critério adequado de reajuste traz insegurança jurídica para os contratos de empregos a serem firmados pelo contratado, de modo que a defasagem da proposta de preços pelo decurso do tempo certamente gerará passivos trabalhistas, porque o custo da remuneração da mão-de-obra não acompanhará o reajuste do preço dos serviços, malgrado a lei preveja expressamente que é dever da Administração Pública prever o critério que retrate a efetiva variação do custo. Podendo até mesmo gerar responsabilização subsidiária na forma da súmula 331/TST.

Portanto, é necessário que seja incluída cláusula no edital (reformando a atual) prevendo o reajuste de preços com bases na CCT. Trata-se do instrumento que melhor atende ao comando constitucional de se manter a efetividade da proposta apresentada. Nesse sentido decidiu o Ministro Benjamin Zymbler do Tribunal de Contas da União (TCU) em seu voto no Acórdão nº 1827/2008 - TCU – Plenário:

32. Consoante destacado no Voto condutor do Acórdão nº 1.309-TCU1ª Câmara, “a diferença fundamental entre os dois institutos é que, enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços, e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua”.

33. Diante do exposto, o instituto da repactuação contratual, entendido como espécie de reajuste, encontra seu fundamento legal nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

O marco inicial do interregno de 12 (doze) meses deve ser contado data de apresentação da proposta no caso do reajuste por índice setorial (combustível, EPI's, uniformes, máquinas, caminhões, ferramentas, desgaste de veículo, etc.), e no caso da **repactuação** (ou reajuste strictu sensu sobre a mão-de-bra), o interregno mínimo deve ser contado a partir de 12 (doze) meses da alteração do orçamento-base a que a

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 889.

proposta de preços se referiu, isto é, da convenção coletiva de trabalho da categoria profissional ou instrumento equivalente, cujos valores foram tomados como parâmetro dos salários e encargos sociais.

Nesse sentido a Lei nº 10.192/2001 prevê:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. § 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

A razão de ser da previsão legal é muito óbvia.

Quando se tratar da aplicação de um índice setorial este deve ser aplicado a cada 12 (doze) meses contados da data da apresentação da proposta inicial, já que para elaboração da proposta foram levados em conta os preços de mercado (preço do combustível, máquinas, caminhões, ferramentas, etc.) à época de sua apresentação. Assim deve ser aplicado um índice setorial a partir de 12 (doze) meses para manter a efetividade da proposta inicialmente apresentada na forma do art. 37, XXI da CRFB/88 e que vai se perdendo pelo desgaste inflacionário no curso do contrato. Ou seja, o fato gerador do desequilíbrio deve ser contado da data da proposta.

Quando se tratar de repactuação (ou reajuste strictu sensu), em que a proposta teve por referência não os preços de mercado de forma geral, mas, sim, um fato gerador específico, como é o caso da CCT, o interregno mínimo de 12 (doze) meses deve ser contado da alteração desse orçamento a que a proposta se referiu. Isso porque o desequilíbrio e a perda da efetividade da proposta tornam-se insuportáveis a partir de 12(doz) meses da alteração deste orçamento-base.

Nesse prisma, no caso da repactuação, a data da apresentação da proposta à administração é irrelevante, já que é a partir da incidência dos novos salários e benefícios aos trabalhadores que ocorrerá o desequilíbrio da equação financeira do contrato. Por isso, o legislador fez constar no art. 40, XI da Lei nº 8.666/93 e art. 3º, I da Lei nº 10.192/2011 a previsão “ou do orçamento a que a proposta se referir”. No mesmo sentido é o entendimento já consolidado do plenário do Tribunal de Contas da União (TCU):

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considerase como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97. (Acórdão nº 1563/2004-Plenário. Relator: Augusto Sherman. Processo: 001.912/2004-8. Data da sessão: 06/10/2004).

Portanto, a fim de manter a efetividade da proposta ao longo da execução contratual, é de rigor que o instrumento convocatório mantenha o reajuste para os itens não afetos pela REPACTUAÇÃO, devendo este último ser previsto expressamente.

2.2. DA AUSÊNCIA REQUISITOS MÍNIMOS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.

Como requisito de comprovação de qualificação econômico-financeira das licitantes, o edital faz algumas exigências. Ocorre que há outros requisitos obrigatórios a fim de evidenciar a boa saúde financeira das empresas, conforme preceitua a IN nº 5 de 2017 do MPDG e a jurisprudência pacífica dos Tribunais Nacionais, incluindo o Tribunal de Contas da União.

Vejam, primeiramente, o que reza a IN 05/2017 quanto aos requisitos mínimos que devem ser exigidos a título de Qualificação Econômico-financeira por parte da Administração Pública:

11. Das condições de habilitação econômico-financeira: 11.1. Nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração deverá exigir:

a) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao último exercício social, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC), e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um);

b) **Capital Circulante Líquido** ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesesseis 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;

c) Comprovação de **patrimônio líquido de 10%** (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta;

d) Declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo VII-E de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada vigentes na data apresentação da proposta não é superior ao patrimônio líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita na alínea “c” acima, observados os seguintes requisitos:

d.1. a declaração deve ser acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), relativa ao último exercício social; e

d.2. caso a diferença entre a declaração e a receita bruta discriminada na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) apresentada seja superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, o licitante deverá apresentar justificativas.

e) Certidão negativa de efeitos de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Como se vê, não está sendo exigido a comprovação do Patrimônio Líquido, tampouco o Capital Circulante Líquido. Os Acórdãos nº. 4318/17 e nº. 6864/14 trazem situações em que certames foram suspensos por estas ausências. Vejam:

ACÓRDÃO Nº 4318/17 - Tribunal Pleno - Representação da Lei nº 8.666/93. Edital de Pregão para contratação de empresa especializada em serviços de diagnóstico por imagem. Ausente a exigência de documentação relativa à qualificação econômico-financeira dos licitantes. Prestação de serviço continuado e essencial à saúde, pelo prazo de 12 (doze) meses, em valor total máximo que supera os seis milhões de reais. Aparente contrariedade ao art. 31 da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente às licitações na modalidade Pregão, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.520/2002. Ratificação de medida cautelar que determinou a imediata suspensão do certame. (grifamos)

Acórdão nº 6864/14 – Tribunal Pleno - (...) Veja-se que os índices contábeis devem estar previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação, sendo

vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Processo: 57268/11, Rel. Conselheiro Corregedor-Geral Ivan Lelis Bonilha, 06.11.2014) (grifamos)

Neste sentido, é o entendimento da jurisprudência do TCE/PR no sentido a vir declarar a responsabilidade do gestor que não comprovou e resguardou corretamente os recursos públicos:

ACÓRDÃO Nº 4428/17 - Tribunal Pleno

2.1. Da responsabilidade subjetiva por culpa do gestor Isto posto, em primeiro lugar, o Recorrente sustentou que sua responsabilização se deu de forma objetiva em razão da simples condição de gestor, o que seria inviável, já que em relação ao objeto do relatório (obra pública), os projetos, planilhas, orçamentos, execução, fiscalização e recebimento não são de sua competência, nem legal, tampouco técnica (prefeito não é engenheiro). (...).

Assim, sustentou que da qualidade de chefe do poder executivo não decorre, por si só, sua responsabilidade por todos os atos praticados por terceiros, agentes públicos ou não, na sua gestão, sendo indispensável que haja prova de que tenha concorrido por ação ou omissão.

De saída, é imperativo esclarecer que não há que se falar em responsabilidade objetiva no caso destes autos. Na responsabilidade objetiva, como bem explicou o Recorrente, a existência ou não da culpa é indiferente para a responsabilização, ao passo que, na situação em tela, o que há é tão somente a constatação de culpa latu sensu, sendo certo que esta poderia ser elidida caso o responsável demonstrasse ter gerido corretamente os recursos públicos.

Nesse sentido, é obrigação do ordenador de despesas supervisionar todos os atos praticados pelos membros de sua equipe, a fim de assegurar a legalidade e a regularidade das despesas, pelas quais é sempre (naquilo que estiver a seu alcance) o responsável inafastável.

A delegação de competência não exime o responsável de exercer o controle adequado sobre seus subordinados incumbidos da fiscalização do contrato, visto que pode ser responsabilizado por culpa in eligendo e in vigilando, cabendo ao gestor o ônus da prova.

Conforme verificado desde o Relatório de Auditoria nº 08/2009, o Sr. Luis Roberto Pugliese, na qualidade de ex-prefeito e ordenador de despesa, autorizou o pagamento de valores a maior na obra em questão, apesar de ter sido atestado nas planilhas de serviços a utilização efetiva de quantitativos físicos inferiores aos descritos no contrato e projetos.

(...).

Portanto, no presente caso, era perfeitamente possível ao gestor público comprovar que aplicou os valores a ele confiados com diligência, zelo e conforme as exigências legais, enfim, que seguiu o padrão de comportamento de um gestor probo, cuidadoso e leal, o que seria suficiente para isentá-lo de responsabilização.

Não obstante, o recorrente não logrou êxito em demonstrar a regularidade na gestão dos recursos na execução da obra, de modo que sua responsabilidade está embasada no fato de ter efetuado, enquanto ordenador de despesa, pagamentos por serviços que foram executados em volumes inferiores ao projetado, na obra de restauração e duplicação da Rua Rouxinol.

(...).

Em face do exposto, impõe-se a manutenção do julgamento pela irregularidade das contas, bem como a imputação do ressarcimento do montante pago a maior que o projetado ao recorrente, ex-prefeito municipal, nos termos do art. 14 da Lei Orgânica do TCEPR, visto que, com culpa grave, falhou na fiscalização da execução do contrato, tendo assinado aditivo e ordenado a realização de pagamentos em valores superiores entre o projetado e o realizado na obra em questão, dando causa direta ao prejuízo ao erário apurado. (grifamos)

ACÓRDÃO Nº 73/16 - Primeira Câmara Tomada de Contas

Extraordinária. Relatório de Auditoria na Câmara Municipal de Curitiba. Desmembramento. Achados nº 8 e 9. Preliminares rejeitadas: validade do desmembramento do processo originário e inocorrência de coisa julgada. No mérito, procedência da tomada de contas extraordinária e contas irregulares em virtude da desnecessidade, do desvio de finalidade e da ausência de comprovação da prestação dos serviços contratados, e da ausência de liquidação das despesas. Condenação ao pagamento individual de multas administrativas e à restituição solidária de recursos. Aplicação da multa proporcional ao dano, inclusão de nomes no rol de agentes públicos com contas julgadas irregulares. Emissão de declaração de inidoneidade para o fim de inabilitação para o exercício de cargo em comissão e de contratação com o poder público. Encaminhamento de cópias ao Ministério Público Estadual. (grifamos)

Por força de norma constitucional de ordem pública, para que se possa selecionar a proposta mais vantajosa, além do critério do preço, a Administração deve estabelecer previamente requisitos mínimos para se resguardar, garantindo que as proponentes cumpram as obrigações assumidas.

A obrigatoriedade da exigência de se cercar de todas as garantias mínimas possíveis, além de fundamentado em norma constitucional expressa (art. 37, XXI da CRFB/88) – que exige do administrador, a contrario sensu, requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações – deriva também do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ora, há interesse público superior que exige da Administração a adoção de todas as cautelas legais para que os serviços públicos sejam prestados satisfatoriamente, mormente o serviço de coleta, este por ser questão de saúde pública.

Assim, devem estes serviços ser considerados essenciais e indisponíveis por parte da Administração Pública. Tanto que se contratada determinada empresa, sem a devida capacidade e qualificação financeira, poderá haver a paralisação dos serviços, com efeitos nefastos nos fins buscados pela Administração, com séria repercussão na esfera individual de cada um dos munícipes destinatários do serviço que se pretende contratar.

Neste diapasão, tratando-se da concretização de direitos fundamentais, tais como a dignidade dos trabalhadores, sua proteção deficiente não pode ser admitida. Mormente quando o legislador criou meios para proteção e garantia de que esses serviços serão efetiva e satisfatoriamente prestados.

Com efeito, no caso da terceirização de serviços, não se pode perder de vista também que a contratação objetiva, essencialmente, ao emprego de seres humanos, de trabalhadores, o produto que está sendo oferecido é o trabalho humano.

Fácil concluir assim que o sucesso da prestação de serviços está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88), seja dos trabalhadores ou dos destinatários dos serviços que também são servidores públicos e os administrados.

Portanto, fere o princípio da eficiência administrativa, fere o princípio da indisponibilidade do interesse público e fere o princípio da dignidade da pessoa humana, a Administração Pública não se cercar de todas as garantias possíveis para que a contratação tenha sucesso. E este é o caso do presente edital, o qual deixou esta lacuna aberta, possibilitando que empresas com capital insuficiente para assumir o contrato com a administração pública ganhem o pleito, podendo gerar grande déficit ao erário público.

Diante deste tema tão relevante, o Tribunal de Contas da União (TCU) reuniu um amplo grupo de estudos que debateu com profundidade as questões controvertidas da terceirização de serviços, e o estudo produzido deu origem ao Acórdão nº 1.214/2013 – TCU o qual faz recomendações para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, a fim de demonstrar a capacidade técnica das proponentes (grifos nossos):

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.1 índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como **Capital Circulante Líquido (CCL)** ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

9.1.10.2 **patrimônio líquido igual ou superior a 10%** (dez por cento) do valor estimado da contratação;

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

9.1.10.4 apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

O que o Tribunal de Contas da União (TCU) previu são garantias mínimas para se resguardar de desastrosas contratações, serviços públicos mal prestados e enorme rombo nas contas públicas em razão da culpa in eligendo que será reconhecido.

Essa fórmula estabelecida por respeitados órgãos de fiscalização e controle é amplamente empregada na Administração Pública por todos os órgãos e entidades da União, pelo Poder Judiciário, pelos Ministérios Públicos e Tribunais de Contas, principalmente pelo TCE/PR cujo modelo de edital segue anexo para que possa ser utilizado como parâmetro para a republicação deste instrumento convocatório.

Entenda-se que é de rigor a exigência das comprovações na forma do art. 31 da Lei nº 8.666/93 para fins de estabelecimento de garantias mínimas de que o serviço será satisfatoriamente executado. Desse modo, requer que o edital seja republicado, passando-se a exigir as comprovações conforme reza a IN 05/2017 e a jurisprudência.

Vale ressaltar, conforme dispositivo contido na súmula 222/TCU, de que ***“As decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe***

privativamente à União legislativa, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”

2.3. DA AUSÊNCIA REQUISITOS MÍNIMOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

A a exigência contida no item 7.4.1, do Edital, referente à comprovação de qualificação técnica se demonstra demasiadamente desvirtuada com a jurisprudência in vigência, vejamos ao que dispõe o edital:

“Comprovação através de no mínimo de 01 (um) atestado técnico, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando que a licitante forneceu materiais ou serviços semelhantes de maneira satisfatória os que formam o objeto deste Edital”.

Eis que atualmente, a exigência de que os licitantes, devem no mínimo, terem executado serviços 03 (três) anos, que se encontra respaldado, no “Art.19.OS INSTRUMENTOS CONVOCATÓRIOS DEVEM CONTER O DISPOSTO DO ART. 40 DA LEI 8.666, DE 21 DEZ 1993, INDICANDO AINDA QUANDO COUBER: [...] § 5º NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODERÁ EXIGIR DO LICITANTE: (INCLUÍDO PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 06, DE 23 DEZ 2013) I – COMPROVAÇÃO QUE TENHA EXECUTADO SERVIÇOS DE TERCEIRIZAÇÃO COMPATÍVEIS EM QUANTIDADE COM O OBJETO LICITADO POR PERÍODO NÃO INFERIOR A 3 (TRÊS) ANOS; E (INCLUÍDO PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 06, DE 23 DEZ 2013).

Cabe elencar que dispõe o § 6º “Para a comprovação da experiência mínima de 3 (três) anos prevista no inciso I do § 5º, será aceito o somatório de atestados. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)”; Ainda em matéria de embasamento legal da exigência, a supramencionada instrução normativa veio consolidar o ACORDÃO N. 1214/2013 do Plenário do TCU que em fase de relatório, em seu item III.b. 3, fala sobre estudo realizado sobre a exigência de experiência de 03 (três) anos em relação a serviços contínuos de natureza terceirizada, e em fase de voto decidem pela inclusão GEFAD/SEADE da referida exigência em instrução normativa vinculatória, vejamos a transcrição dos trechos mencionados:

“ACORDÃO N. 1214/2013 do Plenário do TCU RELATÓRIO

1. 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.(...)

4. Foi constituído, então, um grupo de estudos, composto inicialmente por servidores do MP, da AGU e do TCU, passando a ser posteriormente integrado também por representantes do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, que discutiram aspectos relacionados aos procedimentos licitatórios, à gestão e ao encerramento desses contratos. Destacam-se a seguir, os tópicos abordados pelo referido grupo: (...) III. Procedimentos Licitatórios b. Atestados de capacidade técnica 3. Experiência mínima de 3 anos III.b.3 – Experiência mínima de 3 anos 121. Observe-se, ainda, que o mesmo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93, autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado. De acordo com o art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses. Nesse sentido, compreendemos pertinente que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas. 122. Não obstante a autorização legal, verifica-se que a Administração não fixa exigência relativa a prazo nas licitações e contrata empresas sem experiência, as quais, com

o tempo, mostram-se incapazes de cumprir o objeto acordado. 123. Pesquisa apresentada pelo SEBRAE-SP demonstra que em torno de 58% das empresas de pequeno porte abertas em São Paulo não passam do terceiro ano de existência. Esse dado coaduna com a constatação da Administração Pública de que as empresas estão rescindindo, ou abandonando, os contratos, antes de completados os sessenta meses admitidos por lei. 124. Portanto, em relação ao prazo, a proposta do grupo é a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação. (...)

9. Acórdão: ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: GEFAD/SEADE 9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008: 9.1.13 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos; 9.1.14 seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços; 9.1.15 seja fixado em edital que somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior; A experiência vivida pela Administração Pública com a terceirização de serviços aponta para a necessidade de comprovação de que a empresa a ser contratada para executar serviço de forma contínua, principalmente em serviços em que a mão de obra é cedida ao contratante, deve possuir estabilidade no mercado, atuando neste segmento de forma efetiva e não apenas “existindo” ou atuando em ramo diverso àquele do objeto que pretende contratar.”

De todo exposto, mostra-se que a inclusão do tempo mínimo encontra amparo legal autorizativo que busca resguardar a administração e promover contratações eficientes, razão pela qual deve ser objeto de reforma o item 7.4, de vosso instrumento, não cabendo ainda qualquer amparo que possa ser possível a manutenção do atual texto, qual visa somete das garantias além do que a Administração esperaria contratar.

DO PEDIDO:

Que a presente peça seja julgada procedente, que a nobre pregoeira, reforme o edital em prol de um novo instrumento, abrangendo o que legalmente apontamos e na impossibilidade em fazê-lo, que seja a presente licitação anulada.

Goiânia-GO, 25 de Agosto de 2023.