

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA PREFEITURA MUNICIPAL DE IÚNA/ES

Sra. Maria Rosilélia Alves Carvalho



Processo: n° 1553/2016

Edital: EDITAL DE LICITAÇÃO N° 023/2016 - MODALIDADE PREGÃO PRESENCIAL

BANESTES S.A. - Banco do Estado do Espírito Santo, instituição financeira múltipla, CNPJ n°, sediada à Av. Princesa Isabel, 574, Ed. Palas Center, 9º andar, Centro, Vitória, ES e com agência em Iúna, sita à Av. Presidente Getúlio Vargas, 216, Centro, Iúna, ES, vem, por seus procuradores infrafirmados (instrumento de mandato anexo), perante V. Exª propor

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

De Pregão Presencial 023/2016

com respaldo no art. 41, § 2º da Lei 8.666/1993 e no item 10 do Edital, pelos fatos e fundamentos adiante expostos.

1 DA TEMPESTIVIDADE

Segundo a Lei 8.666/93:

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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (destacou-se)

E o Edital:

10. IMPUGNAÇÃO:

[...]

10.2. Decairá do direito de impugnar o Edital o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes.

[...]

10.3. A impugnação será endereçada a Pregoeira, a quem será imediatamente remetida logo depois de protocolada na Prefeitura. (destacou-se)

Considerando que a sessão pública de recebimento e abertura das propostas está marcada para 01/08/2016, e considerando ter o BANESTES a condição de licitante¹, a presente impugnação é tempestiva.

2 DOS FATOS

A Prefeitura de Iúna deflagrou Edital de Pregão Presencial visando a “contratação de Instituição Financeira para processamento e gerenciamento dos créditos provenientes da folha de pagamento dos servidores da Prefeitura Municipal de Iúna, conforme

¹ 4243 - Contratação pública - Edital - Impugnação - Termos "licitantes" e "cidadãos" - Distinção

O cidadão, ou seja, a pessoa física no gozo da sua cidadania - comprovada com o título de eleitor (nos termos da ação popular) - poderá impugnar o edital até cinco dias úteis anteriores à data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação. O licitante poderá fazê-lo 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. Devemos entender os termos "licitantes" e "cidadãos", constantes do art. 41 da Lei, como as duas categorias legitimadas para interpor impugnação ao instrumento convocatório da licitação. Dada a diversidade de tratamento conferido a cada qual, é mister que a Administração exija do impugnante na condição de licitante, o qual goza de prazo mais elástico, comprovação de que, ao menos potencialmente, teria condições de ingressar no certame, o que se fará pela prova de que atua no ramo pertinente ao objeto da licitação, apresentando o ato constitutivo da empresa, o certificado de registro cadastral na Administração ou outro documento com tal teor. Ver Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 70, p. 978, dez. 1999, seção Perguntas e Respostas. (destacou-se)

(Consultoria Zênite. Lei Anotada. Comentários ao art. 41, § 1º da Lei 8.666/93. Disponível em <<https://www.leianotada.com/homeCliente>>. Acesso em 25/07/2016)

características, condições e quantitativos descritos no anexo 1 deste Edital;" (item 2.1 do Edital).

Contudo, o Edital padece de graves vícios que conduzem fatalmente à sua nulidade, o que resultará declarado após o exame dos fundamentos expendidos nos capítulos seguintes.

3 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3.1 Introdução: do Princípio da Legalidade Administrativa

Antes de adentrar ao exame dos pontos principais do Edital, necessária se faz a fixação da premissa base que norteará o entendimento de todos os tópicos seguintes: o conteúdo jurídico do princípio da legalidade em âmbito administrativo.

De conhecimento notório, o Princípio da Legalidade é basilar no ordenamento jurídico brasileiro, e tem acepção própria quando se trata da Administração Pública.

Erigido ao patamar de norma constitucional, segundo inscrição do art. 37 *caput* da Constituição da República, difere da legalidade enquanto garantia fundamental (art. 5º, II), porquanto entre os particulares vige a autonomia da vontade.

Nesse exato sentido é a doutrina:

[...] Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, **cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer.**² [...] (destacou-se)

Quando se trata de licitação, a norma adquire um caráter ainda mais severo.

"Retirando-se tal princípio do campo da abstração e trazendo para a aplicação prática no caso da licitação, pode-se dizer que ao administrador cabe observar todas as etapas descritas em lei para a escolha da proposta mais vantajosa (ou mesmo dispensar a licitação, nos casos descritos no art. 24 da Lei nº 8.666/93). [...]"

² BASTOS, Celso Ribeiro *apud* BARROS, Felipe Luiz Machado. **Princípios administrativos aplicados à licitação pública. Consultoria Zênite**. Disponível em <[https://www.webzenite.com.br/documentoscliente/a714d87a-ae8a-4647-b0d8-bdbb58f32252?tt=licitação&ex="princípios"](https://www.webzenite.com.br/documentoscliente/a714d87a-ae8a-4647-b0d8-bdbb58f32252?tt=licitação&ex=)>. Data de Acesso 09/04/2016.

3244
A

Desta feita, observada a ilegalidade do ato administrativo, ou, mais especificamente, de algum procedimento licitatório, este há de ser anulado. Nesse diapasão arremata Hely Lopes Meirelles, em ensinamento percuciente, que:

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, **o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei.**"³(destacou-se)

Havendo, pois, comando legal num determinado sentido, a observância deste pelo Administrador é peremptória, sob pena de praticar ato nulo, do qual não se extrai nenhum efeito jurídico válido. Cabe, por fim, ao Administrador, reconhecendo que o ato se desvia da legalidade, anulá-lo, conforme entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

STF Súmula 473: **A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais**, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Tecidas, pois, as premissas de que a legalidade é de observância inarredável no procedimento licitatório, e de que o Administrador tem o dever de reconhecer a nulidade que macula o ato ilegal, passa-se a análise dos pontos do Edital que se confrontam com esse entendimento.

3.2 Primeira Nulidade: escolha de modalidade de licitação em desacordo com a legislação - realização de pregão presencial

Infere-se do preâmbulo do Edital que a Prefeitura elegeu o Pregão Presencial como modalidade licitatória para o caso em comento.

Contudo, é imperioso ressaltar que a legislação de regência do tema dá preferência ao **PREGÃO ELETRÔNICO**, visando ampliar a participação de potenciais contratados.

Segundo a Lei Federal nº 10.520/2002:

Art. 2º (VETADO)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

³ BARROS, Felipe Luiz Machado. Op. Cit.

A

A

Atendendo ao princípio da ampla competitividade, as normas regulamentadoras desse parágrafo elegeram o pregão eletrônico como primeira opção a ser utilizada na contratação de bens e serviços comuns. Veja-se, exemplificativamente, o Decreto Federal nº5.450/2005, que, embora não aplicável ao Município de Lúna, inaugurou as regulamentações estaduais sobre o tema:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º **O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.** (destacou-se)

No mesmo sentido veio a regulamentação estadual, por meio dos Decretos Estaduais nº 1527-R, de 30 de agosto de 2005 e nº 2458-R, de 04 de fevereiro de 2010:

Decreto Estadual nº 1527-R

Art. 2º Os órgãos e entidades da administração direta e indireta do Poder Executivo Estadual, deverão, obrigatoriamente, realizar licitações na modalidade pregão para aquisições de bens e serviços comuns, por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, denominado eSCompras.

§ 1º **O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica**, salvo nos casos de com provada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Decreto Estadual nº 2458-R

Art. 2º Os órgãos e entidades da administração direta e indireta do Poder Executivo Estadual, deverão, obrigatoriamente, realizar licitações na modalidade pregão para aquisições de bens e serviços comuns, por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, denominado Sistema Integrado de Gestão Administrativa - SIGA, desde que o módulo Licitação desse sistema já esteja implantado no órgão/entidade realizador do certame.

§ 1º **O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica**, salvo nos casos de comprovada inviabilidade ou quando a autoridade competente julgar conveniente que o pregão seja realizado na forma presencial, desde que devidamente justificado em ambos os casos. (destacou-se)

Tal regra, aparentemente facultativa, foi erigida ao caráter de modalidade obrigatória. E mais: somente afastada mediante justificativa plausível da Autoridade Competente, justificativa essa inexistente no caso concreto.

Por tal razão, a primeira mácula do Edital em exame ao ordenamento jurídico reside no preâmbulo, na escolha de modalidade em desacordo com determinação legal ou, se mantida, desacompanhada da justificativa exigida para os casos de “comprovada inviabilidade”. É de se reconhecer, portanto, que o Edital não reúne o substrato jurídico para se manter incólume.

3.3 Segunda Nulidade: escolha de modalidade de licitação inadequada ao objeto e estabelecimento de tipo licitatório contrário ao expressamente determinado em lei

Verifica-se, do preâmbulo do Edital, bem como do item 6.11 que a Prefeitura pretendeu a realização de um Pregão Presencial do tipo “maior oferta”.

Contudo, o **tipo de licitação “maior valor total” na modalidade pregão é flagrantemente contrário à legislação**, ferindo de modo incorrigível o Princípio da Legalidade.

A regra, para o tema, é clara e não admite interpretação diversa.

A Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade pregão, expressa que **SÓ EXISTE UM ÚNICO TIPO DE LICITAÇÃO CABÍVEL QUANDO A MODALIDADE ADOTADA É O PREGÃO: O TIPO “MENOR PREÇO”**.

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...] X - para julgamento e classificação das propostas, **será adotado o critério de menor preço**, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital; (destacou-se)

Desse modo, a Prefeitura, ao conceber o Edital tal como fora publicado, previu um tipo de licitação descabido para a modalidade escolhida, posto que o pregão aceita tão somente uma forma de seleção da proposta mais vantajosa: aquela que detiver o menor preço.

Decerto existem outras modalidades de licitação, já na Lei 8.666/93, que concebem os demais tipos de licitação existentes, quais sejam “melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance ou oferta” (art. 45, § 1º da Lei 8.666/93).

Isso significa dizer que a modalidade de licitação escolhida para a contratação em exame parece não ser adequada à satisfação do interesse público defendido, principalmente quando se tem em conta que o objetivo da Prefeitura é auferir vantagem financeira com a alienação do seu patrimônio “folha de pagamento”.

O pregão, ao revés, destina-se exclusivamente à **AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS**, conforme dicção do art. 1º da Lei 10.520/2002, e não à alienação de bens visando obtenção de maior vantagem financeira. Veja-se:

Art. 1º Para **aquisição de bens e serviços comuns**, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. (destacou-se)

Pelo exposto, observa-se que a Prefeitura inovou o ordenamento jurídico, utilizando a modalidade pregão para alienação de bens, diversamente da finalidade concebida em lei para tal modalidade, e inserindo na modalidade escolhida um tipo licitatório não admitido em lei, qual seja “maior valor total”, razão pela qual, conforme exposto na introdução da fundamentação jurídica da presente impugnação, a solução cabível é o reconhecimento da nulidade que macula o procedimento.

3.4 Terceira Nulidade: fixação de preço mínimo desobedecendo proibição expressa em lei

O Edital estabeleceu o seguinte:

8. PREPARATIVOS E PROCEDIMENTO DA SESSÃO PÚBLICA:

8.5.3.1. O valor estimado/lance mínimo para esta contratação é R\$882.750,75.

ANEXO 2 - MODELO DE PROPOSTA

Obs: * A proposta de oferta deverá estar em conformidade com o item 6 do edital.

*O valor estimado/lance mínimo para esta contratação é R\$882.750,75.

FIXOU-SE, nos itens supracitados, **O PREÇO MÍNIMO ADMITIDO PARA A LICITAÇÃO, CONTRARIANDO FRONTALMENTE VEDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 40, X DA LEI 8.666/1993**, que diz:

Art. 40. O edital conterà 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:

[...] X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e **vedados a fixação de preços mínimos**, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (destacou-se)

Não há dúvidas quando se contrasta o texto legal com o Edital: a violação é frontal e expressa, posto que não existe margem interpretativa que conduza a entendimento diverso do que a vedação legal clara e expressa proibindo a fixação de preço mínimo.

No caso específico do pregão, há, inclusive, julgado do Tribunal de Contas da União demonstrando que nem mesmo como critério de aferição de inexequibilidade de propostas é admissível a fixação de preço mínimo, o que se aplica perfeitamente ao caso em exame:

VOTO [...]

2. Em primeiro lugar, convém trazer à tona as normas incidentes sobre a matéria, a fim de firmar juízo, a posteriori, acerca da legalidade de tal regra editalícia.

3. A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 40, inciso X, veda a fixação de preços mínimos, exceto se o objeto versar sobre obras e serviços de engenharia (§§ 1º e 2º do art. 48) - o que não se aplica in casu. Veja-se:

[...]

4. Adiante, no art. 44, § 3º, consigna que a comissão de licitação não poderá admitir proposta cujos preços sejam irrisórios, desprezíveis diante da realidade de execução dos serviços que se pretende contratar:

[...]

5. Na sequência, o art. 48, inciso II, coloca a apresentação de preços manifestamente inexequíveis como uma das causas para a desclassificação proposta, de acordo com a redação dada pela Lei nº 8.883/1994:

[...]

6. Como se nota, **nenhum dos dispositivos acima autoriza o estabelecimento de critério de aceitabilidade de preço mínimo para o caso de serviços comuns.**

7. Não há orientação análoga, relativa à inexequibilidade das propostas, nas normas específicas a respeito da modalidade pregão (Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 5.450/2005), razão pela qual se aplicam as disposições gerais da Lei de Licitações.

[...]

25. Sem desmerecer a experiência daquela pasta ministerial em licitações como a que ora se aprecia, **fica fácil perceber, ante as considerações expendidas em linhas anteriores, que a limitação de preço mínimo imposta no edital violou o art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993**, uma vez que, tomada em caráter absoluto, não deixou margem para que os licitantes pudessem comprovar a presunção de inexequibilidade de suas propostas. Tampouco lhes foi oportunizada tal providência ou exigido demonstrativo de custos na fase de apresentação das propostas, o que propiciaria carrear ao certame informações imprescindíveis à aferição de exequibilidade das propostas, nos termos do art. 40, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Desse modo, as justificativas apresentadas pelos gestores não merecem prosperar, porquanto esbarram na falta amparo legal. [...]

000327 06
pcc
H

(ACÓRDÃO Nº 2068/2011 - TCU - PLENÁRIO, Relator: AUGUSTO NARDES, Data da Sessão: 10/8/2011 - Ordinária)

Pelo exposto, entende-se que o Edital, mais uma vez, violou expressamente dispositivo legal proibitivo, não havendo outra medida cabível que não o reconhecimento de mais essa nulidade a macular o processo.

3.5 Quarta Nulidade: admissão da participação de microempresas em serviços cuja exploração é destinada às Instituições Financeiras

O Edital prevê, ainda, em diversos itens, a possibilidade de participação de microempresas e empresas de pequeno porte no certame, consignando, inclusive, a estas as regras de tratamento diferenciado previstas na **Lei Complementar Federal nº 123/2006**.

Contudo, ao fazê-lo, o Administrador não se ateu ao objeto da licitação, qual seja “a contratação de *Instituição Financeira para processamento e gerenciamento dos créditos provenientes da folha de pagamento dos servidores da Prefeitura Municipal de Iúna, conforme características, condições e quantitativos descritos no anexo 1 deste Edital*” (item 2 do Edital)

Trata-se de mais uma ilegalidade perpetrada pelo Edital em comento, pois, segundo disposição da própria **Lei Complementar Federal nº 123/2006**, que Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, **instituições financeiras não se enquadram no conceito de Microempresa**. Veja-se:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

[...]

§ 4º **Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar**, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a **pessoa jurídica**:

[...]

VIII - **que exerça atividade de banco comercial**, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito,

2017
PUB

financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

Pelo objeto do edital - *processamento e gerenciamento dos créditos provenientes da folha de pagamento dos servidores da Prefeitura Municipal de Lúna* - somente instituições financeiras poderiam ser contratadas, por disposição expressa da Lei nº 4.595/1964, que regulamenta o Sistema Financeiro Nacional:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

[...]

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. (destacou-se)

Desse modo, em mais esse item tem-se que o Edital afronta disposição legal expressa ao desconsiderar que instituições financeiras não podem ser enquadradas como microempresas e, em contrapartida, o objeto do edital é prestado exclusivamente pelas instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil⁴. Mais uma dentre as diversas ilegalidades previstas no edital a conduzi-lo para a anulação.

3.6 Quinta nulidade: supressão de direito legalmente atribuído ao contratado, afastando a possibilidade de reequilíbrio econômico financeiro por fato do príncipe

Diz o Edital:

6.5. Quaisquer tributos, custos e despesas diretos ou indiretos omitidos da proposta ou incorretamente cotados, serão considerados como inclusos nos preços, **não sendo considerados pleitos de alteração de valores, a esse ou a qualquer título**. (destacou-se)

É fato que tal previsão editalícia afronta a Lei 8.666/93 e os direitos do contratado nela inseridos.

⁴ Trecho do Edital

4. CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO:

4.1. Poderão participar da licitação, as **instituições financeiras públicas e/ou privadas autorizadas pelo BACEN - Banco Central do Brasil**, a exercer a atividade pertinente ao objeto licitado e que atendam aos requisitos exigidos no Edital.

8

4

Isso porque a Prefeitura pretende que **NENHUM PLEITO DE ALTERAÇÃO DE VALORES SERÁ CONSIDERADO, A NENHUM TÍTULO**. E, embora o modelo de licitação não contenha valores a serem pagos pela Prefeitura ao contratado, há imposições de tarifas diferenciadas e isenções a serem praticadas pela Instituição vencedora para os servidores - o que será objeto de capítulo apartado (item 3.10 adiante).

Em suma: a Instituição Financeira terá custos com a contratação, inclusive relativos a tratamentos diferenciados aos servidores **IMPOSTOS PELO EDITAL**, e, por expressa disposição editalícia, não pode questionar tais valores nem mesmo no caso de aumento da carga tributária sobre eles incidente.

Observa-se que o Edital, redigido como está, rechaça direito dos contratados atribuído por lei, qual seja o direito à revisão de valores, por meio do instituto do reequilíbrio econômico financeiro, em razão de “fato do príncipe”, *in casu* aumento da carga tributária.

Veja-se o que diz a Lei 8.666/93 sobre o tema:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...] II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou **fato do príncipe**, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (destacou-se)

*“Fato do príncipe é toda determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução do ajuste, e, se a conclusão de seu objeto se tornar impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis”.*⁵

Em sendo - como é - direito do contratado previsto expressamente em lei, conceber que esse direito possa ser afastado em Edital é totalmente contrário ao Princípio da Legalidade, que deve nortear o Administrador na elaboração do documento principal de um certame licitatório. Por tal razão, o Edital não pode prosperar da forma como está redigido.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 323. (destacou-se)

3230
Pub

3.7 Sexta Nulidade: exigência de certidão de regularidade fiscal além da legalmente admitida - obrigatoriedade de apresentação de certidão de regularidade com a Fazenda Municipal de Iúna

O Edital prevê o seguinte:

7.4.4. No ato da assinatura do contrato a licitante deverá apresentar Prova de Regularidade com a Fazenda Pública Municipal de Iúna.

Ocorre que a exigência, tal como está posta, afronta os dispositivos legais sobre o tema. A Lei 8.666/93 dispõe expressamente o seguinte:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:

[...]

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

[...]

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e **Municipal do domicílio ou sede do licitante**, ou outra equivalente, na forma da lei; (destacou-se)

Do texto legal, duas são as conclusões obrigatórias:

- a) Não se pode exigir, como documento de habilitação, mais do que a própria lei permitiu.

5296 - Contratação pública - Licitação - Habilitação - Documentos a serem exigidos - Rol taxativo - TCU

A Administração Pública, para fins de habilitação, deve se ater ao rol dos documentos constantes dos arts. 28 a 31, não sendo lícito exigir outro documento ali não elencado. (TCU, Decisão nº 523/1997, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, DOU de 01.09.1997, veiculada na Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 45, p. 897, nov. 1997, seção Tribunais de Contas.)⁶

- b) A regularidade com a Fazenda Municipal se restringe ao domicílio ou sede do licitante.

⁶ Consultoria Zênite. Lei Anotada. Comentários ao art. 27, caput da Lei 8.666/93. Disponível em <<https://www.leianotada.com/homeCliente>>. Acesso em 25/07/2016. (destacou-se)





4470 - Contratação pública - Licitação - Edital - Habilitação - Regularidade fiscal - Município distinto da sede ou domicílio do licitante - Exigência - Impossibilidade - TCE/SP

Ao julgar a regularidade de exigência de apresentação de certidão ou declaração emitida pela fazenda municipal responsável pelo certame, por licitantes domiciliados em outro Município, o TCE/SP entendeu que, “de acordo com o disposto no inciso III do artigo 29 da Lei de Licitações a documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante”. O Relator afirmou, ainda, que “não pode prevalecer a alegação do recorrente no sentido de que deve ser aplicada ao caso a legislação municipal específica sobre o assunto”. E concluiu: “conforme estabelece a Constituição Federal é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (...) compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, adaptando-a as suas peculiaridades, sem, contudo, desvirtuar a sua essência”. No mesmo sentido: TCE/SP, TC nº 41046/026/06. (TCE/SP, TC nº 41273/026/06, Rel. Cons. Fúlvio Julião Biazzi, DOE de 08.03.2007.)⁷

Caso o licitante vá executar o serviço por meio de uma de suas filiais, e caso essa filial executora do serviço estiver instalada em lúna, aí sim a exigência posta no Edital encontra amparo legal⁸. Contudo, tal previsão já está disposta expressamente no item 7.4.2:

7.4.2. Caso o objeto do contrato venha a ser executado por filial, deve-se também apresentar as certidões referidas no item 7.4 em seu favor, sem prejuízo das relativas à matriz.

Da leitura do item acima, percebe-se que o questionado item 7.4.4 não se refere à prestação de serviço por filial em lúna - pois esse tema está tratado no item 7.4.2 - mas sim da **exigência adicional de regularidade com a Fazenda Municipal Licitante**.

⁷ Consultoria Zênite. **Lei Anotada**. Comentários ao art. 29, III da Lei 8.666/93. Disponível em <<https://www.leianotada.com/homeCliente>>. Acesso em 25/07/2016. (destacou-se)

⁸ A exigência editalícia relativa à comprovação de regularidade fiscal da filial perante a Fazenda Pública Municipal responsável pela licitação, independentemente da situação fiscal da matriz situada em município diverso, é razoável e encontra respaldo na interpretação teleológica do art. 29, III, da Lei nº 8.666/93. Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal.

(STJ, REsp nº 900.604/RN, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16.4.2007.)

Do exposto, claro está que exigir, além da regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante (previstas no item 7.4), a obrigatoriedade de que o licitante apresente também a certidão de regularidade municipal de lúna é exigência excessiva e ilegal. Por tal razão, o Edital não pode assim subsistir.

3.8 Sétima Nulidade: sistemática recursal estabelecida em desacordo com a lei

O Edital, ao estabelecer a sistemática de recursos para os licitantes, igualmente desobedeceu aos comandos legais sobre o tema, ao prever o seguinte:

9. RECURSOS:

9.1. Dos atos praticados pela Pregoeira cabem os recursos previstos nas Leis nº 10.520/2002 e 8.666/1993.

9.2. A interposição de recurso depende da observância das seguintes regras:

I - o licitante interessado em interpor recurso deverá manifestar-se nesse sentido ainda na sessão pública, ocasião em que indicará especificadamente os atos contra que pretende recorrer;

II - as razões recursais devem ser protocoladas no prédio da Prefeitura nos três dias seguintes ao encerramento da sessão, em petição dirigida a Pregoeira;

III - o recurso deve estar instruído com documentos que comprovem que seu subscritor tem poderes para se manifestar pelo licitante recorrente, salvo se já estiverem nos autos, bem como com eventuais elementos de prova necessários ao subsídio da tese recursal;

9.2.1. Não serão conhecidos recursos acerca de que o credenciado não tenha se manifestado adequadamente durante a sessão, cujas razões não sejam apresentadas ou o sejam intempestivamente, desacompanhados de documentos necessários à caracterização de poderes de seu subscritor, interpostos com intuito meramente protelatório ou apresentados por fac-símile, e-mail ou outro meio diverso do adequado.

9.3. Os demais licitantes poderão apresentar suas contrarrazões nos três dias seguintes ao do término do prazo de que dispõe o recorrente para apresentar suas razões.

9.3.1. O prazo para interposição de contrarrazões corre independentemente de intimação.

9.4. Apresentado o recurso e decorrido o prazo para oposição de contrarrazões, a Pregoeira se manifestará, motivadamente, se o ato impugnado disser respeito a decisões de sua alçada. Caso o recurso diga respeito a ato de responsabilidade de outro servidor, a Pregoeira lhe remeterá os autos para viabilizar sua manifestação.

9.4.1. Cumprido o item 9.4, os autos seguirão à autoridade responsável pelo certame, que decidirá motivadamente pelo não conhecimento, conhecimento e, nesse caso, provimento ou não provimento do recurso.

9.5. O acolhimento do recurso importará na invalidação exclusiva dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

9.6. Para efeito do disposto no § 5º do art. 109 da Lei nº 8.666/93, ficam os autos desta licitação franqueados ao livre exame dos interessados.

Dentro da sistemática recursal estabelecida na lei, o Edital cometeu mais duas ilegalidades: omitiu hipóteses recursais legalmente previstas, bem como não conferiu efeito suspensivo aos recursos que a lei confere.

Em relação ao cabimento dos recursos, diz a Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao certame⁹:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - **recurso**, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação;

d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II - **representação**, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

III - **pedido de reconsideração**, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

[...]

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo **terá efeito suspensivo**, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos. (destacou-se)

De rápida leitura do texto do Edital, percebe-se que **foram omitidos TODOS OS RECURSOS PREVISTOS NA LEI 8.666/93**, ficando o Edital restrito à previsão da Lei 10.520/2002.

Em decorrência da omissão, também **não há previsão de efeito suspensivo aos recursos contra habilitação e inabilitação de licitantes e julgamento das propostas**, previsto no §2º do artigo citado.

Ademais, na sistemática recursal prevista na Lei do Pregão, somente se pode recorrer quando registrada a síntese das razões em ata. E, não prevendo o Edital nenhuma das modalidades

⁹ Lei 10.520/2002

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

330
p. 10

de recurso da Lei 8.666/93, só seria possível recorrer de decisões tomadas em sessão pública. Ora, tal previsão carece, no mínimo, de lógica, pois a muitas das decisões que afetarão o licitante/contratante não são tomadas na sessão pública e, ainda, há aquelas tão gravosas que a lei conferiu efeito suspensivo aos recursos.

Omitir tais previsões legais faz com que o Edital seja, além de ilegal, extremamente injusto como o licitante, que não dispõe dos meios legalmente previstos para defender seus direitos.

Desse modo, o Edital fere não só o princípio da legalidade, já informado, como também o **Devido Processo Legal** e a **Ampla Defesa**, princípios elevados à categoria de Direitos Fundamentais pela Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos 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:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes; (destacou-se)

Retirando dos licitantes recursos legalmente previstos, bem como impedindo que, na interposição desses recursos, a decisão recorrida tenha seus efeitos suspensos até a apreciação das razões causa aos participantes do certame um agravamento de sua posição. No caso, em se tratando de recursos contra habilitação e julgamento de propostas, a sistemática recursal em desacordo com a lei pode, por exemplo, impedir que um licitante prossiga no certame por ter sido inabilitado, e não possa recorrer dessa decisão em tempo hábil de revertê-la, o que não se admite.

Subsiste, então, mais uma ilegalidade a desafiar a anulação do Edital em exame.

3.9 Oitava Nulidade: classificação incorreta da receita na contabilidade municipal, infringindo, por via reflexa, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Edital em comento visa à alienação do processamento e gerenciamento da folha de pagamento dos servidores, auferindo renda para a Municipalidade.

A folha de pagamento, bem público intangível, assume os contornos de um bem com valor de mercado e, reconhecendo essa circunstância, pretende o Município “vende-la”.

Ocorre que a renda auferida com dita alienação foi classificada pela Municipalidade como





“Receitas Correntes”. É o disposto no Edital:

ANEXO 10 - MINUTA DE CONTRATO

[...]

04) CLÁUSULA QUARTA - DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS:

4.1. O valor arrecadado deverá ser lançado na respectiva rubrica da receita nº 16000299000 - Ficha 112 e 13610100000 - Ficha 113.

Informação essa complementada pelo Portal da Transparência do Município:

10000000000 - RECEITAS CORRENTES

16000000000 - RECEITA DE SERVICOS

16000200000 - SERVICOS FINANCEIROS

16000299000 - OUTROS SERVICOS FINANCEIROS

10000000000 - RECEITAS CORRENTES

13000000000 - RECEITA PATRIMONIAL

13600000000 - RECEITAS DA CESSAO DE DIREITOS

13610000000 - RECEITA DE CESSAO DO DIREITO DE OPERACIONALIZACAO DE PAGAMENTOS

13610100000 - RECEITA DE CESSAO DO DIREITO DE OPERACIONALIZACAO DA FOLHA DE PAGAMENTO DE PESSOAL

13610100000 - RECEITA DE CESSAO DO DIREITO DE OPERACIONALIZACAO DA FOLHA DE PAGAMENTO DE PESSOAL¹⁰

E, considerando ter o Edital em comento a objetivo de “alienação” de bem público intangível, veja o que diz as legislações aplicáveis ao caso:

Lei 4.320/64

Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital.

§ 1º - São **Receitas Correntes** as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

§ 2º - São **Receitas de Capital** as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da

¹⁰ Disponível em <https://iuna-es.portaltip.com.br/modulos/cpe/cpe_orca_receita.aspx>. Acesso em 26/07/2016.

conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente. (destacou-se)

Observa-se que claramente a receita em questão deve ser classificada como RECEITA DE CAPITAL, não como RECEITA CORRENTE.

E tal classificação tem importância ímpar quando se avalia tal informação em cotejo com a Lei de responsabilidade Fiscal.

Lei Complementar nº 101/2000

Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

Art. 44. É **vedada a aplicação da receita de capital** derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público **para o financiamento de despesa corrente**, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos. (destacou-se)

De acordo com a legislação em comento, não só a Prefeitura incorreu em ilegalidade ao classificar desse modo a receita, como também tal ilegalidade tem reflexos na disponibilidade dessa receita para a utilização futura pelo município.

Portanto, o instrumento convocatório necessita sofrer profundas alterações, a fim de que possa se enquadrar no disposto na legislação vigente permitindo a ampla participação e a realização de uma contratação mais vantajosa aos Entes Públicos.

3.10 Nona nulidade: desequilíbrio entre encargo e remuneração, por meio de estabelecimento de vantagens obrigatórias aos consumidores além das previstas pelo Banco Central do Brasil

O Edital prevê, em diversos pontos, o estabelecimento de tratamento diferenciado aos servidores na condição de consumidores de serviços bancários.

Ao comparar tais previsões do Edital com as normas do Banco Central do Brasil sobre o tema, percebe-se um excesso por parte da Prefeitura quanto às benesses devidas pela Instituição Financeira a seus clientes.

A norma que disciplina os chamados “serviços prioritários”, quais sejam, aqueles que a Instituição Financeira é obrigada a ofertar gratuitamente a seus clientes é a **Resolução CMN nº 3.919/2010**.

Tal norma, que altera e consolida as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, contém as vedações à cobrança de tarifas.

Comparando ambos- a Resolução e o Edital - é possível asseverar que o Edital previu mais isenções que a norma. Veja-se:

| EDITAL (Termo de Referência - Anexo1) | RESOLUÇÃO CMN Nº 3.919/2010 |
|---|---|
| <p>Fica vedada a cobrança de tarifa aos servidores públicos beneficiários da folha de pagamento, objeto da presente contratação, para, no mínimo, os seguintes serviços:</p> <p>a) Fornecimento de cartão magnético, inclusive segunda via (*);</p> | <p>Art. 2º É vedada às instituições mencionadas no art. 1º a cobrança de tarifas pela prestação de serviços bancários essenciais a pessoas naturais, assim considerados aqueles relativos a:</p> <p>I - conta de depósitos à vista:</p> <p>a) fornecimento de cartão com função débito;</p> <p>b) fornecimento de segunda via do cartão referido na alínea "a", <u>exceto nos casos de pedidos de reposição formulados pelo correntista decorrentes de perda, roubo, furto, danificação e outros motivos não imputáveis à instituição emitente (*)</u>;</p> |
| <p>b) Realização de saques(*), totais ou parciais dos créditos;</p> | <p>Art. 2º, I</p> <p>c) realização de até quatro saques, por mês(*), em guichê de caixa, inclusive por meio de cheque ou de cheque avulso, ou em terminal de autoatendimento;</p> |
| <p>c) Realização de transferências(*) de recursos entre contas da própria instituição, em guichê de caixa, auto-atendimento e/ou internet;</p> | <p>Art. 2º, I</p> <p>d) realização de até duas transferências(*) de recursos entre contas na própria instituição, por mês, em guichê de caixa, em terminal de autoatendimento e/ou pela internet;</p> |
| <p>d) Fornecimento de até quatro extratos(*), por mês, contendo a movimentação dos últimos trinta dias por meio de guichês de caixa e/ou terminal de Autoatendimento;</p> | <p>Art. 2º, I</p> <p>e) fornecimento de até dois extratos(*), por mês, contendo a movimentação dos últimos trinta dias por meio de guichê de caixa e/ou de terminal de autoatendimento;</p> |
| | <p>Art. 2º</p> <p>II - conta de depósitos de poupança(*):</p> <p>a) fornecimento de cartão com função movimentação;</p> <p>b) fornecimento de segunda via do cartão referido na alínea "a", exceto nos casos de</p> |

3300
pau

| | |
|---|--|
| <p>A conta <u>salário</u> <u>ou poupança</u> deverá ser ofertada sem nenhum ônus ao servidor.</p> | <p>pedidos de reposição formulados pelo correntista, decorrentes de perda, roubo, furto, danificação e outros motivos não imputáveis à instituição emitente;</p> <p>c) realização de até dois saques, por mês, em guichê de caixa ou em terminal de autoatendimento;</p> <p>d) realização de até duas transferências, por mês, para conta de depósitos de mesma titularidade;</p> <p>e) fornecimento de até dois extratos, por mês, contendo a movimentação dos últimos trinta dias;</p> <p>f) realização de consultas mediante utilização da internet;</p> <p>g) fornecimento do extrato de que trata o art. 19; e</p> <p>h) prestação de qualquer serviço por meios eletrônicos, no caso de contas cujos contratos prevejam utilizar exclusivamente meios eletrônicos.</p> |
|---|--|

Cumpre-nos, ainda, registrar que as Instituições Financeiras por exigência do BACEN possuem em todas as suas Unidades, afixado em local visível TABELA DE TARIFAS E COMISSÕES BANCÁRIAS, na qual consta a relação de todos os serviços tarifados com seus respectivos valores.

Importante verificar que, além de estabelecer previsões contrárias ao previsto na normatização do Bacen, o Edital requer, ainda, que o licitante ostente tratamento privilegiado aos servidores da Prefeitura, dizendo:

No caso de adesão pelos servidores aos serviços ofertados pela contratada, a instituição deverá ainda disponibilizar **os seguintes desconto/benefícios aos servidores:**

- a) isenção de 100% da cesta de tarifas da conta corrente, durante os 12 (doze) primeiros meses de vigência do contrato;
- b) 20% de desconto na cesta de tarifas da conta corrente, durante os 48 (quarenta e oito) meses restantes de vigência contratual;
- c) gratuidade da primeira anuidade do cartão de crédito;
- d) taxas diferenciadas (menores que as praticadas aos demais correntistas) no crédito rotativo, empréstimo pessoal, financiamentos oferecidos pela instituição e empréstimos consignados;
- e) seguros, capitalização, previdência e consórcio com descontos em relação aos valores praticados aos demais correntistas.

A prestação de serviços de empréstimos consignados (Empréstimos pessoais e amortização de valores provenientes de cartões de débito/crédito, sem caráter de exclusividade), deverá se adequar da Legislação Municipal.

(Handwritten mark)

(Handwritten mark)

Verifica-se que tais previsões do Edital constituem verdadeira **alteração de regras de mercado**, inserção da Administração nos negócios do licitante, e na forma como as empresas se relacionam com seus consumidores.

Tecidas tais considerações, que por si só já bastam para verificar a condição de desconformidade com a legislação de regência do Sistema Financeiro Nacional, elevam sobremaneira o encargo ao qual se submete o licitante, e pretendem direcionar a forma como este conduz seu negócio.

Essas previsões do Edital, por tais razões, ferem o equilíbrio entre encargo e remuneração, que norteia a contratação administrativa. E, por tal razão, revelam-se **EXCESSIVAS e IMPERTINENTES** para o objeto da contratação, conduta expressamente vedada na Lei 8.666/93:

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, **prever**, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de **qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante** para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (destacou-se)

A regra é tão importante para o sistema jurídico das licitações que tem matriz na **Constituição da República**. De tal sorte que a observância do Edital nesse quesito impõe um ônus excessivo ao particular, configurando exigência inconstitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

9331
puedo

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)

A doutrina é farta no sentido de que o encargo deve obedecer o mínimo necessário à garantia da qualidade do serviço prestado à Administração, nem mais nem menos. Por outro viés, configuram-se ilegais as obrigações que excedam o necessário ao resguardo do interesse público, ou mesmo não tenham pertinência para com o objeto do certame.

8247 - Contratação pública - Planejamento - Objeto - Descrição - Fixação de exigências suficientes e necessárias - O grande desafio de quem planeja a contratação - Renato Geraldo Mendes

As exigências a serem feitas numa contratação devem ser necessárias e suficientes para que se possa garantir que a execução do encargo atenderá à necessidade. Em princípio, nem mais nem menos, ou seja, é preciso encontrar o equilíbrio, a medida certa. Se a descrição do objeto não garantir o mínimo indispensável, a necessidade ficará comprometida. Por outro lado, se a descrição do objeto for além do mínimo necessário, a necessidade será bem atendida, mas a Administração poderá pagar mais para satisfazer menos. Encontrar esse equilíbrio é o desafio de quem planeja. Muitos editais estabelecem condições ou exigências que não viabilizam esse equilíbrio, desviando-se da garantia de atendimento ao interesse público e afastando potenciais competidores. Com isso, acabam restringindo a disputa e dificultando a obtenção de propostas vantajosas. Na maior parte dos casos, tais restrições não são estabelecidas com o propósito deliberado de afastar interessados, mas mesmo sem essa intenção, acabam restringindo a disputa..

8251 - Contratação pública - Planejamento - Objeto - Descrição - Exigências insuficientes, desnecessárias e excessivas - Ilegalidade - Renato Geraldo Mendes

De forma direta, **é possível dizer que haverá irregularidade na descrição do objeto quando ela for considerada insuficiente, impertinente, desnecessária ou excessiva.** As formas apontadas revelam, portanto, irregularidade e podem conduzir à nulidade do processo de contratação. As exigências impertinentes e excessivas são as mais graves e constituem ilegalidade por viabilizarem restrições indevidas e antieconômicas. Tais restrições devem ser evitadas e não podem ser toleradas pelos agentes públicos responsáveis, pela assessoria jurídica ou pelos órgãos de controle.

8259 - Contratação pública - Planejamento - Objeto - Descrição - Exigência impertinente - Caracterização - Renato Geraldo Mendes

A definição do objeto é tida como impertinente quando uma determinada condição ou exigência é nela incluída sem que tenha relação direta com a própria necessidade que a solução (objeto) descreve. Assim, a

9

9

condição é tida como ilegal porque ela pode produzir restrição indevida para terceiros (licitantes) e não serve para resguardar nenhum interesse da própria Administração, além de poder tornar mais onerosa a contratação.

8267 - Contratação pública - Planejamento - Objeto - Descrição - Exigência excessiva - Caracterização - Renato Geraldo Mendes

A exigência excessiva é aquela que, além de restringir a disputa, torna onerosa a contratação, sem que haja razão capaz de justificá-la.

Assim, ela padece de dois vícios insuperáveis: restringe ilegalmente a competição e força a Administração a ter de pagar mais quando precisava de menos. A exigência excessiva é a mais grave de todas e, em muitos casos, tem sido utilizada com o deliberado propósito de beneficiar determinado produto ou fornecedor. É importante notar que o que calibra a descrição do objeto (ou do encargo) e valida todas as exigências feitas é a necessidade. Portanto, para saber se uma exigência prevista na descrição do objeto é restritiva ou antieconômica, basta analisar a necessidade a que se pretende atender.¹¹

Configura-se, portanto, frontal ilegalidade e ofensa aos princípios norteadores da licitação o estabelecimento das regras do Edital como estão, o que leva à necessária conclusão da necessidade de sua retirada do mundo jurídico.

3.11 Décima nulidade: deslocamento ilegal da responsabilidade do Poder Público para o particular

No tocante à responsabilidade das partes decorrentes do futuro contrato, diz o Edital:

MINUTA DE CONTRATO - ANEXO 10

09) CLÁUSULA NONA - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS:

[...]

9.2. Fica o Contratante isento de **qualquer** ação civil, criminal, trabalhista, ou qualquer outra relativa ao presente Contrato, **ficando o Contratado responsável por tudo o que vier a ocorrer durante o período do Contrato.**

Percebe-se que o **EDITAL QUIS QUE TODA A RESPONSABILIDADE, POR QUALQUER FATO OCORRIDO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO RECAÍSSE SOBRE O CONTRATADO**, o que é frontalmente contrário às disposições legais sobre o tema.

¹¹ Consultoria Zênite. **Lei Anotada**. Comentários ao art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93. Disponível em <<https://www.leianotada.com/homeCliente>>. Acesso em 25/07/2016

334
pública

A Lei 8.666/93, ao tratar da repartição das responsabilidades nos contratos administrativos, assim dispôs:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, **aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.**

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, **obrigações e responsabilidades das partes**, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

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

[...] VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

Art. 70. **O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato**, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado. (destacou-se)

Observa-se, da leitura do texto legal, que ao contratado cabe tão somente a responsabilidade pelos danos aos quais tenha dado causa, dolosa ou culposamente - hipótese clara de responsabilidade subjetiva.

Em um silêncio eloquente, o Edital omite justamente o trecho da lei que separa as responsabilidades das partes, na medida de sua culpabilidade, o que é rotineiro na teoria geral dos contratos.

Nesse sentido, vai inclusive a jurisprudência:

5568 - Contratação pública - Contrato - Obra pública - Danos a terceiros - Responsabilidade - TJ/SC

“Na construção de obras públicas confiadas a empreiteiros particulares, **SE os danos causados a terceiros resultam da obra em si mesma a responsabilidade é do Poder Público**. Mas, se resultam de má execução dos trabalhos pelo empreiteiro, responde o executor da obra”. (TJ/SC, RT 535/199.)¹²

¹² Consultoria Zênite. **Lei Anotada**. Comentários ao art. 70 da Lei 8.666/93. Disponível em <<https://www.leianotada.com/homeCliente>>. Acesso em 25/07/2016

Há de haver - porque assim quis a lei e a teoria geral dos contratos - a responsabilidade de cada uma das partes pelos eventos danosos aos quais der causa, jamais sendo permissível a responsabilidade integral atribuída a uma das partes.

Esse é mais um dos trechos do Edital que merece reforma, por perpetrar mais uma ilegalidade e impor ônus desproporcional ao particular. Por tal motivo, bem como pelos demais colacionados na presente impugnação, o Edital deve ser anulado.

4 DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer:

1. O recebimento da presente impugnação, posto que proposta tempestivamente no prazo legal e editalício;
2. O provimento da impugnação, no mérito, por suas próprias razões, com a finalidade de reconhecer as nulidades do Edital de Pregão Presencial 023/2016, retirando-o de circulação e reconhecendo sua inaptidão para gerar efeitos e obrigações.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Vitória, 27 de julho de 2016.


Paulo Henrique Pereira Quintão
Gerente Geral de Agência


Elizabeth Ferreira Ciriaco
Gerente de Relacionamento de Agência


Renatta de Carvalho Figueiredo Rangel
OAB/ES 11.131