

Ao Responsável pelo Edital de Licitação

A Comissão de Licitação

EDITAL DE NÚMERO: 67/2015

A empresa **OUTPAR SERVICE EMPRESARIAL - EIRELI - EPP**, por seu representante, vem requerer MUDANÇA EM SINTAXE DO EDITAL E ALTERAÇÃO DE EXIGÊNCIA QUANTO A ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA pelo que, abaixo, apresenta:

1. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA INCOERENTE COM A REALIDADE DA EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO

O Edital de Licitação telado sofre de terrível vício de determinação de INsegurança jurídica quanto ao atestado de capacidade técnica, isto porque, lendo o objeto do Edital, encontramos problemas relevantes acerca do valor estipulado pelo órgão licitante, quanto ao documento apto para assegurar a continuidade do trâmite e a futura e segura disputa de lances.

Eis o objeto do Edital, e sua determinação quanto ao atestado de capacidade técnica:

QUALIFICAÇÃO TÉCNICA (art. 30 da Lei)

Atestados(s) em nome da licitante, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando a execução de serviços pertinentes, similares e compatíveis em características, quantidades e prazos, equivalentes ou superiores a 50% (cinquenta por cento) do objeto desta licitação (Súmula 24 do TCESP). Será considerada parcela do objeto de maior relevância, como segue, **já na quantidade de 50% (cinquenta por cento):**

- Limpeza em 2.747,88 m² (dois mil setecentos e quarenta e sete e oitenta e oito metros quadrados) de áreas internas - pisos frios.

Note que o referido objeto nos traz à tona a Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, cuja leitura é interessante para o advento da discussão que propomos em seguida:



SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, **ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.**

A súmula retrata o que o Tribunal de Contas e jurisprudência federal há mui determinam: a necessária segurança quanto à capacidade técnica da empresa que licita tem de se coadunar a, ao menos, 50% de serviço similar antes executado.

O texto sumular, entretanto, é interessante, porque, em seu final, nos traz uma **ALTERNATIVIDADE**, ou seja, a possibilidade do Ente que licita determinar "outro percentual" diverso de 50% a 60%, permitindo a participação de entes, dès que **TECNICAMENTE JUSTIFICADO**.

Note, portanto, que, caso o órgão licitante determine um percentual menor do que o exigido para dar segurança jurídica para o procedimento licitatório e, principalmente, para a execução futura, é **IMPRESCINDÍVEL** uma **JUSTIFICATIVA TÉCNICA**.

Este é o vício total do Edital!

Como lemos acima, o objeto nos fala que **SEGUE A SÚMULA**, mas, em seguida, exige atestado de limpeza anterior de serviços passados no máximo de 2.747,88 m² (dois mil setecentos e quarenta e sete e oitenta e oito metros quadrados) de áreas internas - pisos frios.

A análise concreta do local de execução do serviço **QUANTO À ÁREA e quanto a todos os serviços envolvidos** já nos revela contradição no quantitativo escolhido pelo órgão licitante. **Eis que 2.747,88 metros quadrados equivale à PARTE MINIMALISTA do serviço licitado, presente expressamente no objeto da licitação.**

O Edital tenta criar uma "aparente" justificativa técnica, com a seguinte frase e que nos cabe repetir: **"Será considerada parcela do objeto de maior relevância, como segue, já na quantidade de 50% (cinquenta por cento)"**

Por esta leitura, limpeza de 50% de uma área interna de piso frio, equivalendo apenas a pouco mais de 2 mil metros quadrados, **SERIA SERVIÇO SUFICIENTE para dar segurança para qualquer empresa participar deste procedimento licitatório, e, no futuro, exercer o exigido contratualmente.**



Não há qualquer justificativa técnica dando azo para que notemos exigência de atestado de capacidade técnica que apenas comporte parte do objeto licitado, sem levar em conta a qualidade diversa dele. Trai, portanto, o texto expresso da súmula referida que afirma a necessidade de justificativa técnica coerente para exigências diversas quanto a atestados de capacidade técnica.

É óbvio que tal perspectiva é absurda, tanto em sentido qualitativo, quanto quantitativo.

Qualitativamente, uma observação prévia da planilha nos mostra que o serviço de limpeza de piso frio é UM DOS VÁRIOS SERVIÇOS DE NATUREZAS TOTALMENTE DIVERSAS, envolvendo a licitação.

O objeto trata de limpeza de piso frio, varreduras em áreas muito superiores ao quantitativo exótico escolhido, limpeza de área interna de almoxarifados, ambulatórios, oficinas, sem não nos esquecermos de vidros, vidraças e portas.

E o edital nos traz a magnitude qualitativa deste objeto licitado, envolvendo especialmente limpeza de VÁRIAS ESPÉCIES, desde higienização de chãos, paredes e portas, até coordenação administrativa, tributária e trabalhista de VÁRIOS FUNCIONÁRIOS:

Áreas

UNIDADE CENTRO OPERACIONAL

TOTAIS (M²)	56.254,16 (área)	96,78 (portas de vidro)	721,37 (janelas)
-------------------------------	-------------------------	--------------------------------	-------------------------

UNIDADE CENTRAL

TOTAIS (M²)	6.247,09	15,18	250,28
-------------------------------	-----------------	--------------	---------------

Higiene

UNIDADE CENTRO OPERACIONAL

TOTAL	43 (papel toalha)	64 (papel higiênico)	43 (sabonete)	13 (álcool)
--------------	--------------------------	-----------------------------	----------------------	--------------------

UNIDADE CENTRAL

TOTAL	13	22	14	06
--------------	-----------	-----------	-----------	-----------



Sanitários e Funcionários

UNIDADE CENTRO OPERACIONAL

Total: 16 WC

Funcionários: 820

UNIDADE CENTRAL

Total: 6 WC

Funcionários: 190

Apenas para resumir os dados acima expostos, na Unidade Central, temos limpeza de 6.247,09 metros quadrados de área; 15,18, de portas de vidro; 250,28; 55 itens a serem fornecidos em relação à higiene, 6 banheiros e vestiários para limpeza; e, por fim, coordenação e administração tributária e trabalhista de 190 funcionários.

Ora, um OBJETO TÃO COMPLEXO QUANTO ESTE exige um ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA PRÉVIO que assegure serviço similar antes executado pela empresa. E isto é o pensamento direto da súmula utilizada no próprio edital, a saber, EXIGÊNCIA DE SERVIÇO PRETÉRITO SIMILAR (em quantidade e qualidade) ao discutido no referido pregão.

CLARO e ÓBVIO é que um atestado que apenas exija 2.747,88 m² de limpeza externa NÃO DÁ QUALQUER SEGURANÇA, quanto ao referido serviço anterior realizado pela empresa, gerando insegurança e ilegalidade flagrantes.

Apenas para resumir, seria INDISPENSÁVEL a exigência de atestado que garantisse uma SEMELHANÇA de serviço endógena, o que poderia ser observado pela leitura da planilha abaixo, descrevendo CLARAMENTE natureza DIFERENÇADA dos serviços e produtos presentes no objeto licitado:

Tipo	CO	Central	Soma	Atestado de 50%
area int - piso Frio	3.882,67	1.613,09	5.495,76	2.747,88
area int - Oficinas	1.508,00		1.508,00	754,00
area int - Almox				



	3.947,00			3.947,00	1.973,50
area int - Ambulatorio	79,00			79,00	39,50
area ext - varreção de passeio	19.902,49		3.305,00	23.207,49	11.603,75
area ext - coleta diaria de detritos	25.800,00	há	4.600,00	30.400,00	15.200,00
area ext - piso pavimentado	1.148,00			1.148,00	574,00
Vidro ext - sem risco	599,35		265,46	864,81	432,41
Vidro ext - com risco	218,80			218,80	109,40

O Ministério Público do Rio Grande do Sul utiliza-se da lição do Professor Adilson Abreu Dallari, confirmando que não é DESPROPOSITADO ou INCONSTITUCIONAL o exigir de experiência anterior REAL e SIMILAR à exigida no certame licitatório, principalmente em relação a obras vultuosas e a serviços complexos, de modo que a complexidade técnica deve ir além do mero conjunto pessoal, adentrando aspectos similares e específicos do objeto do certame:

“Cabe aqui apenas lembrar que a Constituição Federal autoriza e determina o estabelecimento de condições voltadas ao asseguramento da efetiva e integral execução do contrato. **Nada existe de inconstitucional ou despropositado na exigência de comprovação de capacitação técnico operacional para empresas executantes de obras públicas de grande vulto, de considerável complexidade técnica, para as quais é insuficiente a simples capacitação profissional do pessoal técnico.**”

Esta similaridade, elemento construtor fundamental da capacidade técnica, conforme a sequência presente no mesmo parecer, é exigível em QUANTIDADE e QUALIDADE com clara aproximação com o objeto licitado. Busca-se não aceitar um atestado anterior sem qualquer relação com o pleito atual, porque isto geraria insegurança jurídica, temor bandido, suspeita e daria aleito negativo ao interesse público:

“O que a Constituição autoriza e determina [vide art. 37, XXI, in fine] ao legislador que exija não é a comprovação de uma qualificação técnica hipotética ou abstrata, mas, sim, de qualificação técnica (tanto profissional quanto operacional) necessária para garantir a fiel execução de uma determinada obra que é posta em disputa por meio de uma determinada licitação. “(...) **pode a Administração Pública, no edital, exigir que o**

licitante comprove a execução anterior de obras e serviços em quantidades compatíveis com o objeto do futuro contrato em disputa e através de um único contrato.

É claro que esta similaridade EXIGÍVEL e NECESSÁRIA não deve ser constricta por uma subjetividade apegada à desproporcionalidade. Não pode o Edital, por exemplo, exigir, como capacidade técnica válida, algo MUITO SUPERIOR ou INFERIOR ao objeto do certame, porque haveria restrição à competitividade. O refutar, portanto, de tal exigência é acerca do seu EXCESSO OU DA INSUFICIÊNCIA, mas nunca de sua substância proporcional e coerente. Este é o paradigma que nos é dado pelo **Tribunal de Contas da União no Acórdão 1890/2010**, exarado pelo **Ministro Valmir Campelo** em 4/8/2010:

(...) “o princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade”. (...) **“o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração,** ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível”.

Ora, como o interesse público é indisponível, sendo INDISPENSÁVEL um trabalho de segurança SERÍSSIMO para análise das propostas e das exigências do certame, é óbvio a exigência de capacidade técnica PROPORCIONAL, mostrar-se válida, IMPORTANTÍSSIMA, aliás.

Não há falar que EXIGIR CAPACIDADE TÉCNICA significa pôr abaixo o caráter competitivo do certame, isto porque a segurança do ente público, quanto à atividade pretérita da empresa interessada, é uma garantia difusa, tendo em vista própria leitura feita pelo **Superior Tribunal de Justiça**, sob relatoria confirmada por leitura unânime de turma, partindo de **Humberto Gomes de Barros (RESP 155.861/SP)**:

Administrativo. Licitação. Exigência no Edital. Capacitação técnica do licitante. Possibilidade, art. 30, II, da Lei nº 8.666/93 – A exigência, no edital, de capacitação técnico-operacional, **não fere o caráter de competição do certame licitatório.** Precedentes do STJ. Recurso provido.

Tema acima, aliás, é repetido pelo **Ministro Luiz Fux**, em **RE 331.215/SP**, respondendo a uma indagação que lhe foi trazida via *writ constitucional*. Como



abaixo citamos, o STJ afirma a validade da exigência de experiência técnica similar anterior, DESDE QUE TAL PEDIDO EDITALÍCIO não seja excessivo:

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO "TÉCNICO-OPERACIONAL" DA EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. - A exigência não é ilegal, se necessária e não excessiva, tendo em vista a natureza da obra a ser contratada, prevalecendo, no caso, o princípio da supremacia do interesse público. Art. 30, da Lei das Licitações. - A capacitação técnica operacional consiste na exigência de organização empresarial apta ao desempenho de um empreendimento, situação diversa da capacitação técnica pessoal. - **Por conseguinte, também não se reconhece ilegalidade a proposição quando a exigência está devidamente relacionada com o objeto licitado, inexistindo qualquer alegação de excessividade, ou seja, de exigência de experiência anterior superior, mais intensa ou mais completa do que o objeto licitado.** - Exegese do dispositivo infraconstitucional consoante à Constituição, às peculiaridades do certame e suma exigência da supremacia do interesse público, haja vista que o recapeamento de um trecho do asfalto de uma cidade, como a de São Paulo, deve ser executado imune de qualquer vício de sorte a não fazer incidir serviços contínuos de reparação. - Destarte, a natureza do litígio indica que pretender reformar o julgado significaria impor ao STJ o reexame das peculiaridades do caso, notadamente a matéria de fato, o que é vedado em face do óbice imposto pela súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça. - Recurso especial improvido

Em um ventilar conclusivo, o **Acórdão 1025/2003** do mesmo Tribunal, foca que a exclusão de interessados que NÃO ATENDAM devidamente ao objeto do certame, demonstrando segurança ao administrador, não apenas PODE ocorrer, **mas DEVE se construir**. Neste diapasão, a empresa que licita, notando deficiência, quanto ao atestado de capacidade técnica, É OBRIGADA a não deixar com que o participante permaneça no certame licitatório, sob pena de incidir em improbidade administrativa.

Este é um cuidado que se torna ESPECIAL nas concorrências, modalidade licitatória detentora obrigatoriamente de uma fase de habilitação prévia, serviente do afastamento de concorrentes, sem qualidades básicas fundamentais para a continuidade do certame, de modo que o preço eventual que ofereçam – independente do valor apresentado – NÃO PODERÁ ser observado, isto posto insegurança oriunda de sua substancialidade.

Vejamos trecho pedagógico do **Acórdão 1025/2003** do **STJ**:



7. A Administração tem o dever de se proteger de interessados não capacitados a prestar o serviço ou realizar a obra objeto da licitação. Por isso, a Lei de Licitações e Contratos prevê a fase de habilitação, na qual os interessados devem comprovar os requisitos exigidos no edital. **Nela, a Administração deve impedir a participação daqueles sem condições de cumprir o objeto.**

Neste mesmo caminho, o Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, e sua Procuradoria, em resposta à representação em face de Eunice Souza da Silva e Zacarias Carrareto (vide documento anexado a esta resposta), também justifica que a razoabilidade e proporcionalidade da exigência não ferem o caráter competitivo:

Na verdade, essas exigências devem ser razoáveis e proporcionais com o objeto pretendido, sob pena de restrição indevida à competição do certame, o que não é o caso dos autos. Desse modo, sobressai-se que a qualificação constante no subitem 3.6.1.4, nas alíneas apontadas, da maneira como fora redigida, dá maior importância a obras de inexpressiva complexidade do que às suas características técnicas, que seriam os reais indicadores da complexidade de execução dos serviços de modo a especificar as parcelas de maior relevância e de valor significativo.

Um referencial não absoluto de razoabilidade, segundo o **Tribunal de Contas da União (Acórdão 1284/2003)**, seria o da comprovação de uma atividade quantitativamente similar, a pelo menos **cinquenta por cento do exigido no Edital**:

Por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional das empresas licitantes, em licitações envolvendo recursos federais: não estabeleça, em relação a fixação dos quantitativos mínimos já executados, **percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativo dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas**, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XX I do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993; (...) Plenário

Há, portanto, possibilidade de EXCLUSÃO de empresa que não atenda à capacidade técnica exigida, com documento similar, fato justificado de modo contínuo pela doutrina e jurisprudência, como nos embasa o **Conselheiro José Alves Viana**, em resposta a **representação 898497, em acórdão de 09/04/2014**:



Ementa: DENÚNCIA - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO DE REDE DE ESTAÇÕES PARA BICICLETAS DE USO COMPARTILHADO E, COMO ACESSÓRIO, EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS PUBLICITÁRIOS - ALEGAÇÃO DA DENUNCIANTE DE QUE A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA É RESTRITIVA À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE EXPLORAM PUBLICIDADE EM MOBILIÁRIO URBANO - IMPROCEDÊNCIA - **EXIGÊNCIA COMPATÍVEL COM O NÚCLEO DO OBJETO DA CONTRATAÇÃO** - POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. **Não há irregularidade na fixação de requisito para comprovação da capacitação técnica se a mesma for condizente com o núcleo do objeto da contratação.** Declara-se a extinção do processo com resolução de mérito.

O **Tribunal de Contas do Mato Grosso** também comunga desta leitura, indo, ademais, além. Para este importante ente administrativo-contábil, a capacidade técnica não é somente quesito de exclusão de processo administrativo, mas ELEMENTO FUNDAMENTAL, parte núcleo do objeto licitado, **posto garantir a segurança de prestação servicial pública, evitando mal-estar futuro quanto à prestação de serviços pleiteada no certame.**

A aptidão anterior similar TEM DE SER PROVADA, deve corroborar o bom-senso, dando margem de segurança ao Administrador Público e às entidades responsáveis por exigência de concretização objetiva fundamental, como nos mostra o conselheiro **Waldir Julio Teis:**

O Tribunal de Contas de Mato Grosso não conheceu a representação interna que pedia a suspensão da Tomada de Preços nº 14/2013 para a elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico de Rondonópolis. O conselheiro Waldir Julio Teis proferiu seu voto vista, no sentido de dar prosseguimento do procedimento licitatório e não homologou a medida cautelar que determinava a suspensão do certame. **"É necessário, neste caso, a aptidão anterior para a participação do certame. Foi exigido que a contratante apresentasse o atestado de capacidade técnica em nome da empresa contratada e o denunciante confundiu isso com a apresentação de certidão de acervo técnico que é totalmente diferente",** justificou.

Em porte conclusivo, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, após nossa leitura destes vários preceitos jurisprudenciais, apenas se aproxima de toda determinação do Edital, acerca de capacidade técnica anterior, além de



proporcional deve referenciar as peculiaridades do serviço licitado, observando o que REALMENTE ocorrerá, como objeto prestacional.

Um observar na conclusão ministerial é interessante, porque nos apresenta que o poder discricionário do administrador deve se pautar na prestação esperada, relacionando o objeto concretizado, e a prestação anterior. Sustentando, ademais, a responsabilidade no trato da coisa pública e transparência nas exclusões efetuadas:

2.3.2. Em referência ao curso ser dirigido à área pública, também **não há nenhuma restrição injustificada. A Administração Pública, via poder discricionário, pode estabelecer que o curso seja voltado para as peculiaridades do organismo público; responsabilidade no trato com a coisa pública, bem como transparência em suas ações para os administrados, ainda assim com observância do interesse público nas suas manifestações perante os aqueles.** Estas características aparecem em menor grau no relacionamento da área privada com a mídia. A Administração Pública escolheu contratar empresa que já tenha realizado treinamento com foco nas características próprias do setor. E isto nada tem de restritivo – pelo contrário, só reforça a idéia de salvaguarda do interesse público por meio da adoção de um critério objetivo de especialidade.

Pela citação acima, cai por terra a alegada contradição entre a discricionariedade e a análise de atestado de capacidade técnica. **Sendo tão inferior o atestado, em sentido quantitativo, não há como aceitá-lo, gerando segurança e defesa do Interesse Público futuro.**

A questão quantitativa, já ventilada neste parecer pela leitura do TCU (questão do mínimo de 50% de experiência anterior) se objetiva ainda mais em leitura feita a partir de estudos da **Advocacia Geral da União**, em referência a **Mandado de Segurança 15963-05.2013.4.01.3500 de Goiás.**

No texto citado, a AGU creditou CORRETA a ação de um pregoeiro, excluindo empresa e não aceitando seus atestados de capacidade técnica porque o objeto da referida licitação tratava de 44 postos de vigilância, enquanto a comprovação anterior de prestação pela empresa foi de apenas 4 postos (4 atestados referentes, a um posto por vez). Tal diferença quantitativa TEM DE SER VERIFICADA e, portanto, deve EXCLUIR a empresa responsável por ela:



As unidades da AGU explicaram que para o grupo 3 foi estabelecido um **total de 44 postos de portaria/vigilância, mas ela apresentou somente 4 atestados, com 1 posto de portaria/recepção em cada um, para concorrer ao grupo.** Portanto, **não atendeu as exigências formuladas pela Administração.** A Procuradoria Federal no Estado de Goiás (PF/GO) e a Procuradoria Federal junto à Universidade Federal de Goiás (PF/UFG) defenderam, ainda, que a **recusa do pregoeiro em aceitar os atestados de capacidade técnica apresentados pela empresa para o grupo 3 é um ato legítimo.** De acordo com as procuradorias, a decisão foi amparada no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como no princípio da isonomia, porque a Administração não pode adotar critérios diferenciados entre os concorrentes, de forma que a decisão administrativa não poderia ser considerada ilegal.

E a possibilidade de exclusão de empresas que não atinjam tal capacidade técnica similar **é fato jurídico-administrativo comum em várias licitações municipais que pesquisamos.** Em Mauá, SP, no ano de 2013, fato semelhante à celeuma trazida aos autos justificou a exclusão da empresa com erro estrutural em seu atestado de capacidade técnica:

As empresas Estrela de Mauá e a Trans Mauá foram **desclassificadas por falta de comprovação de capacidade técnica.** “Elas foram criadas apenas para vencer a licitação. Ambas tinham pouco tempo de registro”, acusou o diretor geral do grupo Leblon, Haroldo Isaak. Baltazar, que falou como presidente do Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo do ABC, disse não saber sobre a decisão. “As empresas ganharam os dois lotes, só não foi assinado o contrato por conta do impedimento na Justiça. Estamos aguardando”, afirmou (fonte: www.adcdmaior.com.br).

O **Tribunal de Contas do Estado de Rondônia**, em recente decisão (16/01/2014), suspendeu processo licitatório relativo a transporte público coletivo (**concorrência 003/2013**). Lendo o parecer do relator **Wilber Carlos dos Santos Coimbra**, percebemos que a municipalidade **PODE e DEVE exigir que o concorrente possua histórico de atividade SIMILAR ao exigido no Edital**, mas NUNCA deve determinar que a empresa detenha EXATAMENTE a MESMA prestação pretérita, para fins de comprovação de capacidade técnica.

Importante frisar que o relator afirma que a exigência IDÊNTICA significa RESTRIÇÃO da competitividade, mas isto não se aplica a mera exigência de serviço SIMILAR:

iv) Infringência ao art. 3º, § 1º, inc. I, c/c art. 30, inc. II, da Lei nº 8.666/1993, em face de se exigir, como atestado de capacidade técnica



operacional, a execução anterior de serviço igual ao objeto da licitação, acarretando ilícita restrição ao caráter competitivo da disputa;

Como exposto acima, no caso em exame, o ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EXIGIDO nada tem a ver com a QUALIDADE TOTAL e com a QUANTIDADE dos serviços e fornecimento de produtos presentes no Edital, sendo documento TOTALMENTE DIVERSO do mínimo quantitativo e da natureza do produto.

Além disto, importa frisar que a exigência de percentual diverso de 50% da execução GLOBAL (de todos os serviços, produtos e funcionários) teria de ser tecnicamente justificada, coisa que não o foi em nenhum momento no Edital.

2. FALTA DE INDICAÇÃO DE REACTUAÇÃO FRENTE À MUDANÇA POSTERIOR DE ÍNDICE POR FORÇA DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

A cláusula de reajuste e presente no Edital é cópia fidedigna da inteligência da lei 8.666 de 1993. Por ela, *“o preço proposto no presente Pregão Eletrônico será mantido fixo e irreejustável na forma da Lei Federal nº 8.666/93 durante o período de 12 (doze) meses; após esse período, os preços poderão ser reajustados de acordo com a variação do Índice de Preços ao Consumidor/Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - (IPC/FIPE)”*.

No entanto, há fortes estudos sobre reactuações contratuais, em face das Convenções Coletivas de Trabalho que anualmente ou bianualmente estabelecem variações salariais relevantes, adicionais e aditivos para a categoria.

A doutrina em peso determina e CONDICIONA a possibilidade de reactuação dos referidos preços futuros, diante de alterações coletivas. A mudança do valor COERCITIVO sobre o salário da categoria e outras determinações oriundas das Convenções Laborais são amplamente consideradas fatos geradores, justificando eventual mutação valorativa.



Acontece ser muito comum, Convenções serem finalizadas e passarem a valer, incidindo sobre o salário da categoria, em momento POSTERIOR aos 12 meses, prazo legal para análise de repactuação, e cujo pedido geralmente se dá 30 dias antes do fim deste momento.

Nestes casos, o contratado fica à mercê do destino, de modo que, caso já tenha feito seu pedido de repactuação, seguindo a determinação contratual dos 12 meses, e ocorrendo apenas depois a mudança pela CCT, dá-se o fenômeno da **preclusão lógica**.

Assim, se já houve o pedido de reajustamento, e SEM a alteração pela Convenção, nova repactuação, ANTES DE PASSADOS MAIS 12 MESES, mostra-se formal e legalmente impossível.

Para evitar este problema, a Advocacia Geral da União, em estudo profundo sobre o tema, nos diz – pela voz de vários de seus funcionários públicos – que o **Edital TEM de contar salvaguarda quanto a esta mudança posterior**, possibilitando PEDIDO EXPRESSO, no momento do reajuste, de, caso ocorra mudança salarial por Convenção Coletiva, pagamento de valor de modo retroativo pelo ente contratante.

Vamos aos estudos citados:

Com efeito, o entendimento perfilhado pela douda parecerista é no sentido de que a repactuação, motivada em decorrência de majoração salarial, pode ser exercida até o momento imediatamente anterior ao da assinatura da prorrogação contratual, sob pena de não mais poder ser exercida em razão da ocorrência, após este momento, de preclusão lógica. Entendimento este que se coaduna com o posicionamento firmado pelo Tribunal de Contas da União. Adotando-se este raciocínio, não se pretende anular o direito de o contratado pleitear a repactuação. Busca-se, em verdade, é salvaguardar a Administração Pública de possíveis dificuldades advindas de um pedido de repactuação, com efeitos financeiros retroativos em prazos superiores ao da prorrogação da vigência do contrato. Tal posicionamento justifica-se em face da vinculação da Administração Pública aos preceitos orçamentários aos quais deve fiel obediência, além de dificultar de sobremaneira a análise, a destempo, da demonstração analítica apresentada pelo contratado em respaldo ao seu pedido, uma vez que tal análise deve ter por base a conjuntura do mercado vigente à época da majoração salarial. Não obstante restar configurada a preclusão lógica, se o contratado não pleitear a repactuação até o momento



imediatamente anterior ao da prorrogação, entendo ser prudente, para evitar qualquer questionamento na seara judicial, que haja expressa previsão editalícia e contratual prevendo que a repactuação, com efeitos retroativos, quando originada de majoração salarial deve ser obrigatoriamente pleiteada até a data anterior da eventual prorrogação contratual. Por consequência, acaso o direito a repactuação não seja exercido até a data da assinatura da prorrogação contratual subsequente, o contratado não mais fará jus à repactuação. Por fim, em sendo aprovado o Parecer no AGU/JTB 01/2008, sugiro que seja revogada a NOTA/DECOR/CGU/AGU no 023/2006-AMD, uma vez que o Parecer ora em análise trata integralmente do tema (00400.010482/2008-69).

Mas o problema central aduzido envolve a diferença entre repactuação, reajustamento e reequilíbrio.

O reajustamento se dá após passagem dos 12 meses e alteração dos gastos para manutenção do contrato e para sua exequibilidade, levando em conta índices de atualização **PRESENTES** no próprio contrato; a repactuação ocorre junto ao reajustamento (prazo mínimo de 12 meses), tendo em vista alterações externas ao contrato, tais como os índices inflacionários e o aumento de preços naturais oriundos de fatores comuns do mercado - o reajustamento tem de ser comprovado com planilhas técnicas, estabelecendo variação contábil; o reequilíbrio ocorre diante de fatos inesperados, com consequências diretas no contrato, não tendo qualquer prazo mínimo, mas dependendo de forte comprovação probatória. **A atualização após 12 meses é reajustamento e repactuação, porque leva em conta índices do próprio contrato, e também, caso ocorram, aumentos específicos na prestação e externos ao instrumento contratual.**

Veja que, nada obstante repactuação e reajustamento terem de ser pedidos simultaneamente, é necessário que, em casos específicos, haja análise efetiva do ente que licita, evitando futuro peço inexecutável, inviabilizando a execução do contrato.

Quando observamos que a Convenção Coletiva de Trabalho ocorre DEPOIS de pedido de reajustamento já protocolado, dá-se uma situação justificadora de repactuação (fatos externos ao contrato), sem ter ocorrido qualquer culpa do contratado. Ora, neste caso, arcar com o ônus desta mudança de preço é ilegal e não razoável, gerando ilegalidade flagrante.



Pela leitura da jurisprudência, mesmo que a teoria da imprevisão se aplique especialmente para os casos de reequilíbrio, é possível, em situações excepcionais como esta, quando o reajustamento e repactuação nascerem de fatos geradores dispostos em momentos diversos, que o preceito “*rebus sic stantibus*” seja aplicado, ou seja, a CCT – se ocorrer posteriormente ao pedido já protocolado de reajustamento – deve dar direito ao contratado de, por meio de novo pedido, alcançar recebimento dos prejuízos em decorrência da alteração da Convenção Coletiva de Trabalho.

O direito ao recebimento de valores gerais alterados por forças EXTERNAS à vontade do contratado encerra é direito subjetivo e integral, garantido reflexamente pela Carta Constitucional:

Tendo o contratado experimentado aumento em seu encargo financeiro em razão de causa não imputada a ele, não pode a Administração Pública desrespeitar a equação econômico-financeira dos contratos, obrigando o particular a suportar um ônus que não causou. Ou seja, os efeitos financeiros advindos do direito devem incidir a partir da ocorrência de seu fato gerador, mantendo-se a relação original entre encargos e vantagens. Neste ponto, destaca o Ministro Benjamin Zymler, em seu Voto no Acórdão nº 1.828/2008-TCU-Plenário: [...] sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigos 40, inciso XI, e 55, inciso II, da Lei n. 8666/93) e, tendo a lei vigência imediata, forçoso reconhecer que não se trata, aqui, de atribuição, ou não, de efeitos retroativos à repactuação de preços. **A questão ora posta diz respeito à atribuição de eficácia imediata à lei, que concede ao contratado o direito de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado. Em outras palavras, a alteração dos encargos durante a equação financeira do ajuste. O direito à repactuação decorre de lei, enquanto que apenas o valor dessa repactuação é que dependerá da Administração e da negociação bilateral que se seguirá.** Além disso, sabe-se que a conferência de efeitos financeiros a partir do surgimento do respectivo encargo, com respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é medida que não visa beneficiar, tão somente, o contratado, mas também a Administração Pública, nos seguintes aspectos: **a) na busca do efetivo menor preço na contratação; b) no resguardo de sua responsabilidade subsidiária na esfera dos direitos trabalhistas e c) na preservação da continuidade do serviço público.** Explique-se: tendo em conta que o procedimento licitatório tem por escopo a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, o que, no mais das vezes, está representada pelo preço mais vantajoso, pode-se concluir que a impossibilidade de reajustamento de preços faria com que os proponentes, temerosos da exequibilidade futura do contrato, lançassem para cima os preços a serem contratados, a fim de resguardarem-se. Com isso, certamente, a Administração não encontraria os menores preços praticados no mercado, pagando valores muito acima das variações inflacionárias, tendo em vista que os licitantes certamente trabalhariam com margem de segurança para recuperarem-se das perdas

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, cursive script.

inflacionárias. (PROCESSO N° 00400.010482/2008-69
INTERESSADO: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO).

Pelo que mostramos acima, continuando a leitura do parecer supracitado, o Ministro nos lembra que se deve dar ao contratado OPORTUNIDADE para que, no momento do pedido de reajustamento, INFORME ao ente de que a Convenção Coletiva está prestes a ter efetividade. Neste caso, caso a CCT ocorra, será devido valor novo a ser repassado pelo contratante, não por força do reajustamento, mas pela repactuação, inclusive com efeitos retroativos.

Lembramos, como mostrado acima, que, para ser possível recebimento retroativo de valor oriundo de repactuação POSTERIOR a pedido já feito de reajustamento, em vista de alteração pela CCT, esta possibilidade TEM DE ESTAR EXPRESSA NO EDITAL e no CONTRATO para se evitar a já citada preclusão lógica:

Discorreu o Ministro Benjamin Zymler, em seu Voto no Acórdão referido, que: [...] quando da assinatura do Terceiro Termo Aditivo caberia à contratada, caso ainda não tivesse postulado, suscitar seu direito à repactuação, cujos efeitos retroagiriam à 1/5/2005, data-base que ensejou a celebração de novo acordo coletivo que alterou o salário da categoria profissional. Contudo, o que aconteceu foi tão somente a alteração do prazo contratual, ratificando-se todas as demais cláusulas e condições estabelecidas no contrato original. Ao aceitar as condições estabelecidas no termo aditivo sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, a empresa Montana deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita. Em outros termos, a despeito do prévio conhecimento da majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005, a empresa contratada agiu de forma oposta e firmou novo contrato com a Administração por meio do qual ratificou os preços até então acordados e comprometeu-se a dar continuidade à execução dos serviços por mais 12 meses. Por conseguinte, considero que a solicitação de repactuação contratual feita pela empresa Montana em 6/2/2007, com efeitos retroativos a 1/5/2005, encontra óbice no instituto da preclusão lógica. Com efeito, há a preclusão lógica quando se pretende praticar ato incompatível com outro anteriormente praticado. In casu, a incompatibilidade residiria no pedido de repactuação de preços que, em momento anterior, receberam a anuência da contratada. A aceitação dos preços quando da assinatura da prorrogação contratual envolve uma preclusão lógica de não mais questioná-los com base na majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005. (PROCESSO N° 00400.010482/2008-69
INTERESSADO: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO).

Pelo que expomos, dá-se claro erro por OMISSÃO no Edital, porque apenas indica atualização, por meio de REAJUSTAMENTO, após 12 meses, sem, no entanto,



referir-se à situação posterior de aumento de encargos proveniente de coerção da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), com fulcro na REPACTUAÇÃO.

REQUERIMENTO

Pelo exposto, requeremos o seguinte:

- a) Que sejam URGENTEMENTE reescritos os critérios de verificação de atestado de capacidade técnica, tendo como base serviço similar do passado, e, principalmente, a referência apresentada na tabela com os quantitativos mínimos para cada serviço especial e com produto discriminado no objeto da licitação.
- b) Que seja criada uma cláusula sobre direito a REPACTUAÇÃO, caso haja mudança de encargos pela Convenção Coletiva de Trabalho, após pedido já protocolado de reajustamento. Sugerimos a inclusão deste direito expresso no próprio contrato, a saber, estabelecer ser possível, no texto do reajustamento, pedido expresso sobre a futura repactuação oriunda de alteração por Convenção Coletiva com efeito posterior.

Nada mais.

Pede mudança e deferimento.

Londrina - PR, 27 de agosto de 2015.



OUTPAR SERVICE EMPRESARIAL - EIRELI – EPP
CNPJ /MF: 14.084.079/0001-90
WILSON GEIDELIS JUNIOR
SÓCIO-ADMINISTRADOR