

EXMO. SR(A). PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE HUMAITÁ

Pregão Eletrônico n.º 43/2023

ABORGAMA DO BRASIL LTDA., sociedade empresária limitada, estabelecida na Estrada Rincão dos Pinheiros, S/N, Passo Raso, Triunfo/RS, CEP: 95.850-000, inscrita no CNPJ sob o nº 05.462.743/0009-54, neste ato representada por seu procurador, vem, à presença de Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao edital nos seguintes termos:

1. DA TEMPESTIVIDADE

De início, insta esclarecer a tempestividade desta impugnação ao edital.

Sendo a data da abertura da sessão pública em 23/11/2023 (quinta-feira), o término do prazo para a licitante impugnar, nos termos do edital, será em 20/11/2023 (segunda-feira).

Portanto, oferecida na presente data, resta cabalmente comprovada a tempestividade da presente impugnação.

2. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

2.1 Da necessária possibilidade de subcontratação de parte do objeto licitado

Inicialmente, é necessário trazer o que é a subcontratação, que, conforme material disponibilizado pelo TCU, “consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado, item, etapa ou parcela do objeto avençado”.

A possibilidade de subcontratação no âmbito dos contratos administrativos é viabilizada, a priori, pelo artigo 72 e 79, inciso VI, da Lei n. 8.666/93, que claramente permitem a subcontratação parcial em licitação, veja-se:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

Uma vez sendo permitida por lei, vale explicar o seu pleno cabimento (da subcontratação parcial) no presente caso, visto que o edital veda a possibilidade de subcontratar, **o que deve ser expressamente autorizado, especialmente pela prática frequente na iniciativa privada, a qual deve, à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial (TCU), ser necessariamente considerada para as contratações com a administração.** Explica-se: _

A licitação em comento tem por objeto a “CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA, TRANSPORTE, TRATAMENTO E DESTINO FINAL DE RESÍDUOS EM SAÚDE, conforme especificado no Anexo “Termo de Referência”, parte integrante do presente edital.”

Ocorre que, no atual cenário nacional, são ínfimas as empresas que prestam todas as etapas dos serviços, exurgindo daí a necessidade de subcontratação, como faticamente acontece na iniciativa privada.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho assim trata sobre a questão (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, pp. 517-518):

Não se admite a natureza personalíssima do contrato administrativo. Ao menos, não na acepção tradicional de Direito Privado. A atividade administrativa do Estado se rege pelo princípio da impessoalidade, o que significa que as características pessoais do particular contratado não se configuram como fator relevante para a contratação. A licitação é procedimento desvestido de qualquer preferência subjetiva. Os particulares são examinados sob critérios objetivos, mesmo na fase de habilitação. Ultrapassada esta, seleciona-se a melhor proposta e o julgamento não se relaciona com qualquer elemento subjetivo. Daí deriva que o contrato administrativo não apresenta vínculo psicológico entre as partes. A Administração pretende receber a prestação a que se obrigou o particular. A execução da prestação pelo próprio contratado não se impõe como exigência meramente

subjetiva da Administração. Decorre logicamente do procedimento seletivo. Portanto e em tese, o que interessa à Administração é o recebimento da prestação ofertada na proposta vencedora. A identidade do executante da prestação até pode ser irrelevante, desde que o contratado se responsabilize pela perfeição do adimplemento. Há, porém, duas questões a considerar. A primeira se relaciona com os riscos de receber uma prestação mal executada. Estes riscos conduzem a Administração a exigir que o próprio licitante desempenhe as tarefas necessárias ao cumprimento contratual. A segunda tem a ver com a própria licitação. Se o particular não dispunha de condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado. Aliás, apurada a inidoneidade após a habilitação, a Administração deve promover a rescisão do contrato. Daí surge a regra da impossibilidade de o contratado transferir ou ceder a terceiros a execução das prestações que lhe incumbiriam. A lei autoriza, porém, que a Administração, em cada caso, avalie a conveniência de permitir a subcontratação, respeitados limites predeterminados. A hipótese toma-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de “terceirização”, que deriva dos princípios da especialização e da concentração de atividades. Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.

A escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada. Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo. Assim se impõe porque, estabelecendo regras diversas das práticas entre os particulares, a Administração reduziria a competitividade do certame. É óbvio que se pressupõe, em todas as hipóteses, que a Administração comprove se as práticas usuais adotadas pela iniciativa privada são adequadas para satisfazer o interesse público. (grifou-se)

Assim, para que não haja prejuízo à Administração Pública, decorrente do pequeno número de participantes em processos licitatórios cujo objeto, como o presente, é complexo e, pelo baixo número, os licitantes que consigam, por sua vez, participar aumentem o preço do serviço de maneira deliberada, exatamente em virtude da falta de concorrentes, é necessário que a licitação se adapte à iniciativa privada, permitindo a subcontratação.

Isso posto, a subcontratação parcial é especialmente importante no presente caso.

Além do fato de a complexidade do objeto licitatório, à luz da iniciativa privada, demandar a subcontratação, esta não acarretará prejuízo à contratação.

É que inúmeras são as atividades abarcadas, algumas das quais, caso desempenhadas por outras empresas, subcontratadas, não interfeririam, tampouco prejudicariam a segurança da contratação, tal como: a hipótese de terceirizar a destinação final dos resíduos, cuja execução não demanda maiores cuidados e que se faz necessária para o cumprimento da contratação.

Em verdade, a permissão para subcontratar parcialmente o objeto licitado, tal como aqui exposto, em relação à destinação final dos resíduos, visa acima de tudo atender o próprio interesse público, na seleção da proposta mais vantajosa que concatene a prestação dos melhores serviços pelo menor preço.

E mais, repita-se, atualmente, no cenário nacional, são pouquíssimas as empresas que possuem todo o escopo do objeto licitado. Ou seja, são ínfimas as empresas que prestam isoladamente, elas mesmas, sem a participação de qualquer subcontratada, os serviços de coleta, transporte, tratamento e disponibilizam os aterros industrial e/ou sanitário.

Fato este que, dada a situação peculiar no mercado, permite-lhes encarecer o preço dos seus serviços (das que prestam isoladamente).

Nessa esteira, a permissão de parcial subcontratação do objeto licitado não apenas consiste em expediente legal, autorizado por lei, como trata-se do único meio de obter a proposta efetivamente mais vantajosa, em certame que se revele competitivo.

Não é demais mencionar que em estrita consonância à Lei n. 8.666/1993, o Colendo STJ se manifestou pela plena legalidade da subcontratação parcial em contratos administrativos de objeto complexo, in verbis:

“(...) 2- A parcial cessão do objeto contratado, pela vencedora da licitação, é ato jurídico previsto no art. 72, da Lei nº. 8.666/93, não constituindo tal procedimento, por si só, desrespeito à natureza intuitu personae dos contratos.

3 – Na espécie, embora o Município busque a anulação de contrato de cessão praticado entre a original vencedora da licitação e a empresa recorrida, bem como de todos os atos dali decorrentes, não há qualquer ofensa à legislação federal, razão suficiente para a denegação do pedido”¹. (destacamos)

¹ STJ – Resp nº. 468.189/SP. 1ª.T., rel. Min. José Delgado, j. 18.03.03.

Inclusive, sendo a ampliação da competitividade uma das diretrizes e princípios dos certames licitatórios, sua aplicação mediante a permissão de subcontratação parcial se revela cabível sempre que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e segurança da contratação, como bem destacado pelo TCU:

As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação. (TCU – TC 002.251/2008-5)

Isso posto, uma vez comprovada a perfeita admissibilidade da subcontratação parcial, especificamente de serviços secundários do objeto licitado – **como é o caso do serviço de destinação final** -, cuja execução por terceiro não implica em qualquer risco à contratante, é indispensável a exclusão dos itens que vedam a subcontratação, e a expressa disposição, no edital, da autorização para a subcontratação parcial ora exposta, devendo ser incluída expressa autorização.

2.2 Da exclusividade de participação para MEs e EPPs

Ao analisar o edital, verifica-se que a participação no processo licitatório será apenas para empresas classificadas como ME e EPP.

Para entender o motivo pelo qual a restrição deve ser retirada, é necessária uma breve explicação do intuito da lei ao estabelecer a limitação imposta.

Pois bem. A promulgação da Lei Complementar n. 147/2014, alteradora da Lei Complementar n. 123/2006, trouxe significativo aumento a abrangência do regime de preferências das ME's e EPP's nas licitações públicas. É o que se extrai, pois, da comparação entre a antiga e a nova redação do art. 47 da LC n. 123/2006:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Conforme se verifica, a exclusividade de licitações em favor de ME e EPP passou a ser obrigatoriedade até o valor de R\$80.000,00, trazendo um incentivo que, em verdade, se tornou um item discriminatório a ser manejado em relação às demais sociedades empresárias licitantes.

Nesse ponto, destacamos que a doutrina especializada não considerou tal, acentuado diante da instauração da obrigatoriedade do discrimen então eleito. É o que bem resume Sidney Bittencourt:

Joel Niebuhr, por exemplo, em artigo indignado, critica a técnica legislativa adotada, considerando que o legislador 'resolveu, meio arditosamente, imiscuir-se na seara da licitação pública, prescrevendo normas abertamente incompatíveis com o regime jurídico que lhe é próprio, já bastante complicado, o que causa espécie e dificuldade de toda a sorte'².

Nesse ponto, como bem anota o STF:

A função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.³

No entanto, não apenas críticas devem ser realizadas ao legislador, é preciso verificar que, apesar da restrição à competitividade que a determinação em tela apresenta, no artigo subsequente houve a apresentação de salvaguardas de não aplicação do benefício em questão, vejamos:

² BITTENCOURT, Sydney. *As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 18.

³ STF – ADI 3070 – Plenário – Rel. Min. Eros Grau – Julgamento em 29.11.2007.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Veja que, de início, já verificamos que o objeto do presente edital, por se tratar de atividade que demanda licenciamento ambiental e maquinário específico, implica em um universo limitado de licitantes, inclusive sendo possível o questionamento dessa situação por parte do órgão ambiental local, devendo tal informação, do universo de licitantes em situação de ME e EPP constar claramente da análise do termo de referência, tendo em vista o impacto que essa ausência na competitividade pode causar, conforme claramente demonstrado abaixo no teor da própria lei do pregão:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

Dessa forma, em não havendo verificação clara por parte do órgão de que a restrição efetivamente será vantajosa a competitividade enquanto atende os requisitos legais de fomento a livre iniciativa, estará o administrador agindo, em verdade, de maneira contrária ao interesse público, razão pela qual, desde já considerando o teor da lei, a qual informa que, em face de estudo prévio, se não houver um mínimo de três empresas na condição participativa de ME e EPP na área de abrangência, faz-se necessário o levantamento da restrição por respeito a competitividade, sendo desnecessário aguardar o comparecimento de empresas nessa condição na sessão licitatória.

3. CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS

Diante de todo o explanado, requer-se que a Autoridade Responsável se digne a receber esta impugnação e, ao julgá-la, acate-a integralmente **para que o edital seja modificado nos pontos apresentados acima**, haja vista os fundamentos neles expostos, com observância da legislação e conceitos regulamentadores aplicáveis, de modo a garantir que o órgão público obtenha a proposta mais vantajosa e segura em termos técnicos.

Termos em que pede e espera deferimento.

Triunfo, 17 de novembro de 2023.

ABORGAMA DO BRASIL LTDA.