

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico nº 016/2023

Processo nº. 8510467-94.2023.8.06.0000

EMPRESERV AMBIENTAL E SERVIÇOS EIRELLI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 06.032.544/0001-11, com sede à Rua José Claudio de Melo, nº 911, sala 02, Centro, CEP: 62.283-00, na cidade de Jaguaruana/CE, vem, mui respeitosamente, perante este Ilustrado Tribunal, por intermédio de seu representante legal que ao final subscreve, apresentar, em tempo hábil, **IMPUGNAÇÃO** ao edital do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 016/2023 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**, conforme as razões de fato e de direito que serão a seguir delineadas:

1. DOS FATOS

Como é cediço, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por intermédio de seu Pregoeiro, publicou o edital do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 016/2023**, cujo objeto é a *“contratação de empresa para fornecimento de mão de obra com dedicação exclusiva para desempenho de atividades continuadas de recepção e atendimento, conforme especificações, quantitativos e exigências estabelecidas neste edital e seus anexos”*.

Ocorre que, após uma análise minuciosa do instrumento convocatório e de suas cláusulas, a impugnante constatou afronta às normas que regem as aquisições públicas.

Dessa forma, torna-se imprescindível a correção do instrumento convocatório, de modo a extirpar as cláusulas que contrariem a legislação vigente, conforme será demonstrado a seguir.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO. DA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DO EDITAL ÀS PREVISÕES DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2017 DA SECRETARIA DE GESTÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO – SEGES/MPDG

Nobre Pregoeiro, inicialmente, faz-se imprescindível destacar que o instrumento convocatório **não está cumprindo com as previsões contidas na Instrução Normativa nº. 05/2017 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – SEGES/MPDG.**

Ora, analisando o edital, foi possível perceber a inclusão da exigência da **declaração de compromissos assumidos** como requisito de habilitação. É o que se pode extrair do item 19.1.4 do Termo de Referência:

7.4. Para efeitos de comprovação da qualificação econômico-financeira, o licitante deverá atender ao item 19 do Termo de Referência – Anexo 1 deste Edital e apresentar:

[...]

19.1.4. Declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e com a iniciativa privada vigentes na data apresentação da proposta não é superior ao Patrimônio Líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita no item “19.1.3”, observados os seguintes requisitos:

- a) A declaração deve ser acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício – DRE, relativa ao último exercício social; e*
- b) Caso a diferença entre a declaração e a receita bruta discriminada na Demonstração do Resultado do Exercício – DRE apresentada seja superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, o licitante deverá apresentar justificativas.*

Entretanto, em que pese a disposição acima, foi possível perceber que o instrumento convocatório **não cumpre com as disposições contidas na IN 05/2017, na medida que não apresenta qualquer instrução a mais sobre o assunto, ou mesmo o modelo do documento a ser juntado no presente certame.**

Destaque-se, ademais, que o presente edital é expresso ao indicar que utiliza como fundamentação a IN 05/2017, como se atesta do trecho que segue abaixo, **mas em momento algum deixa claro em seu texto qual o modelo deverá ser utilizado para o presente certame:**

2. Fundamentação

2.1. Lei nº 14.133/2021 e suas atualizações;

2.2. IN SEGES/MPDG nº 05/2017, no que couber;

- 2.3. *Decretos do Estado do Ceará n° 35.283/2023 e n° 35.067/2022 e suas alterações;*
- 2.4. *Resolução do CNJ 169/2013 e suas alterações;*
- 2.5. *Estudo Técnico Preliminar – P.A. n°. 8510467-94.2023.8.06.0000;*
- 2.6. *Resolução n. 307/2019 do Conselho Nacional de Justiça;*
- 2.7. *Resolução n. 400, de 16 de junho 2021, do Conselho Nacional de Justiça;*
- 2.8. *Resolução n. 497, de 14 de abril de 2023, do Conselho Nacional de Justiça;*
- 2.9. *Resolução n. 401, de 16 de junho de 2021, do Conselho Nacional de Justiça;*
- 2.10. *Decreto Federal n. 11.430/2023, de 08 de março de 2023.*

Neste sentido, insta ressaltar que tal cenário pode ocasionar confusão aos licitantes, ensejando a apresentação de declarações de contratos diversas, com parâmetros diferentes entre si e, pior, em total descumprimento aos termos do Normativo Federal.

Frise-se que tal mudança causa grandes impactos na licitação, pois altera diretamente os termos de comprovação da qualificação econômica financeira, uma vez que o valor da soma dos contratos indicados é utilizado em comparação com o patrimônio líquido e a receita bruta das empresas, razão pela qual o edital deve necessariamente ser alterado a fim de se suprir a deficiência apontada.

Em se tratando de tais comprovações, é preciso destacarmos que **o edital é silente no que diz respeito à apresentação da memória de cálculos a ser realizada para estas comprovações**. Nesse sentido, tragamos à lume a previsão contida na IN 05/2017 em seu Anexo VII-E:

“FÓRMULA EXEMPLIFICATIVA, PARA FINS DE ATENDIMENTO AO DISPOSTO NOS ITENS “D.1” E “D.2” DA ALÍNEA “D” DO SUBITEM 11.1. DO ITEM 11 DO ANEXO VII-A, DESTA INSTRUÇÃO NORMATIVA

a) A Declaração de Compromissos Assumidos deve informar que 1/12 (um doze avos) dos contratos firmados pela licitante não é superior ao Patrimônio Líquido da licitante.

Fórmula de cálculo:

Valor do Patrimônio Líquido/Valor total dos contratos x 12 >1*

Observação:

Nota 1: Esse resultado deverá ser superior a 1 (um).

Nota 2: considera-se o valor remanescente do contrato, excluindo o já executado.*

b) Caso a diferença entre a receita bruta discriminada na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) e a declaração apresentada seja maior que 10% (dez por cento) positivo ou negativo em relação à receita bruta, o licitante deverá apresentar justificativas.

Fórmula de cálculo:
(Valor da Receita Bruta - Valor total dos Contratos) / Valor da
Receita Bruta x 100 =”

Portanto, cumprindo-se com o dever de que o edital seja claro quanto às suas previsões, **deve ser alterado o instrumento convocatório, a fim de que sejam expressamente previstos o modelo, as fórmulas de cálculo da condição e da subcondição que devem ser comprovadas por meio da Declaração de Compromissos assumidos**, observando-se as disposições contidas na Instrução Normativa nº. 05/2017, em especial o seu Anexo VII-E.

2.2. DOS VÍCIOS QUANTO À PLANILHA DE PREÇOS DO EDITAL

Ilustre Pregoeiro, pela legislação vigente, as planilhas de preços das licitações devem obrigatoriamente contemplar todos os custos que a empresa contratada terá com a realização dos serviços perante à Administração Pública.

Contudo, infelizmente não é o que se verifica no caso em apreço, na medida em que a Planilha de Preços do edital, conforme disposta em seu Anexo I, **estabelece um percentual para a provisão das despesas com Diárias, Auxílio Creche e Auxílio Funeral que claramente não condiz com a realidade dos serviços que se busca contratar**, o que, se não for alterado, vai trazer imensos prejuízos financeiros à contratada.

Ora, como se afere do edital, para a cobertura dos supracitados encargos, foi cotado o percentual de **apenas 2% como ESTIMATIVA MÁXIMA**, conforme comprova o trecho do Anexo I a seguir

CUSTO TOTAL MENSAL DA MÃO DE OBRA	R\$ 3.294.514,58
PROVISIONAMENTO (2,00% DA MÃO DE OBRA)	R\$ 65.890,29
CUSTO MENSAL COM CERTIFICAÇÃO DIGITAL	R\$ 1.339,87
CUSTO TOTAL MENSAL	R\$ 3.361.744,74

Observe que, devido à mencionada estipulação, o valor mensal a ser cotado pelas licitantes quanto à cobertura das despesas referentes a Diárias, Auxílio Creche e Auxílio Funeral deverá **se limitar a no máximo R\$ 65.890,29 (sessenta e cinco mil, oitocentos e noventa reais e vinte e nove centavos)**.

Ocorre, Ínclito Pregoeiro, que, data máxima vênia, tal montante é manifestamente irrisório frente à realidade e necessidade de todos os colaboradores que se pretende contratar!

A título de demonstração, examinemos inicialmente a questão das Diárias. Pois bem, de acordo com o Termo de Referência do edital, **o valor das Diárias a ser cotado pelas licitantes deve corresponder a R\$ 106,31 (cento e seis reais e trinta e um centavos)**, a fim abranger todas as despesas de transporte, alimentação, hospedagem e locomoção urbana, conforme previsto na Cláusula Décima Segunda da Convenção Coletiva de Trabalho a ser observada neste pregão (CE000508/2023). Senão, vejamos:

TERMO DE REFERÊNCIA

10.15.1. O valor da diária será equivalente a R\$ 106,31 (cento e seis reais e trinta e um centavos), a fim de atender as necessidades de transporte, alimentação, hospedagem e locomoção urbana, nos termos previstos em convenção coletiva de trabalho (CE000508/2023, Cláusula Décima Segunda);

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - TRABALHO REALIZADO FORA DA SEDE

Com o intuito de custear despesas decorrentes de viagem/deslocamento para a realização de trabalho fora do local de serviço habitualmente prestado pelo trabalhador, em deslocamentos superiores a 100 Km de distância do local de prestação de serviço, será pago a título de diária a importância de R\$ 106,31 (cento e seis reais e trinta e um centavos).

Em igual sentido, a redação original do edital determina que o quantitativo de diárias por colaborador **será limitado ao número de 10 (dez) por mês**, como se atesta do trecho abaixo:



Frise-se que, apesar de não constar no edital republicado o excerto ilustrado acima, não há motivos para não o considerar. Afinal, além da nova redação não informar a quantidade máxima de diárias por colaborador, o supracitado trecho foi retirado do ato convocatório sem qualquer justificativa.

Tratando ainda sobre o tema, **como os valores a serem estipulados no Anexo I do edital devem equivaler a estimativa máxima, conforme bem indica o seu próprio título, é de se presumir que, no cálculo das Diárias, o quantitativo total de postos, 456 (quatrocentos e cinquenta e seis), a serem contratados deveria ser levado em consideração**, uma vez que os termos do instrumento convocatório não restringem a incidência desse encargo.

Apenas por excesso de zelo, vejamos o título do Anexo I do edital:

ANEXO I
ESTIMATIVA DO CUSTO MÁXIMO - TRIAGEM E ATENDIMENTO (LUCRO REAL)

Dessa forma, a estimativa mensal máxima para as Diárias deveria ser calculada como o resultado da multiplicação do valor unitário de uma Diária (R\$ 106,31) pelo número máximo de diárias por colaborador por mês (10), e então multiplicada pela quantidade total de colaboradores (426), o que é equivalente a **R\$ 458.880,60 (quatrocentos e cinquenta e oito mil, oitocentos e oitenta reais e sessenta centavos)**, conforme se pode verificar da memória de cálculo a seguir:

MEMÓRIA DE CÁLCULO DAS DIÁRIAS

$R\$ 106,31 \times 10 \times 426 = R\$ 1.063,10 \times 426 = R\$ 458.880,60$
(VALOR MENSAL DAS DIÁRIAS)

Em que,

R\$ 106,31 corresponde ao VALOR DA DIÁRIA;

10 representa o Nº MÁXIMO DE DIÁRIAS A SER PAGA POR MÊS P/ CADA COLABORADOR; e

426 equivale à QUANTIDADE TOTAL DE COLABORADORES QUE SE PRETENDE CONTRATAR.

Perceba que só a estipulação mensal correta das Diárias, **R\$ 458.880,60 (quatrocentos e cinquenta e oito mil, oitocentos e oitenta reais e sessenta centavos)**, já ultrapassaria o valor estimado total para o provisionamento das despesas com a mesma, com o Auxílio Creche e com o Auxílio Funeral, que é de somente **R\$ 65.890,29 (sessenta e cinco mil, oitocentos e noventa reais e vinte e nove centavos)** mensal, o que mostra de forma clara e indiscutível a irrisoriedade do valor cotado pelo edital.

Ademais, no que tange ao Auxílio Creche, o edital estabelece que as devem cota-los considerando o valor de R\$ 235,59 (duzentos e trinta e cinco reais e cinquenta e nove centavos) mensais por filho, conforme Cláusula Décima Oitava da CCT nº. CE000508/2023:

CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA - AUXILIO CRECHE

As empresas deverão pagar auxílio creche mensal as suas empregadas a incidir no mês do nascimento da criança até o 6º mês de vida da mesma no valor de R\$ 235,59 (duzentos e trinta e cinco reais e cinquenta e nove centavos) mensais.

Nesse sentido, uma vez que os valores a serem definidos no Anexo I do edital devem representar a estimativa máxima, o montante mensal máximo estipulado para o Auxílio Creche deveria corresponder ao produto do valor unitário deste benefício (R\$ 235,59) pela quantidade total de colaboradores a serem contratados (426), o que corresponde a R\$ 100.361,34 (cem mil, trezentos e sessenta e um reais e trinta e quatro centavos), conforme se averigua da memória de cálculo que segue abaixo:

MEMÓRIA DE CÁLCULO DO AUXÍLIO CRECHE

$R\$ 235,59 \times 426 = R\$ 1.063,10 \times 426 = R\$ 100.361,34$ (VALOR MENSAL)

Em que,

R\$ 235,59 representa o VALOR UNITÁRIO DO AUXÍLIO CRECHE; e

426 equivale à QUANTIDADE TOTAL DE COLABORADORES QUE SE PRETENDE CONTRATAR.

Observe que apenas a estimativa mensal correta para o Auxílio Creche, no valor de R\$ 100.361,34 (cem mil, trezentos e sessenta e um reais e trinta e quatro centavos), também já excede significativamente o valor total estimado para cobrir todas as despesas relacionadas a Diárias, Auxílio Creche e Auxílio Funeral, que é de somente R\$ 65.890,29 (sessenta e cinco mil, oitocentos e noventa reais e vinte e nove centavos) por mês. Isso demonstra de maneira clara e incontestável a inadequação do valor estipulado no edital.

Por fim, no tocante ao Auxílio Funeral, o instrumento convocatório definiu que o Auxílio Funeral deverá equivaler a 3 pisos salariais da categoria, a ser pago imediatamente após o óbito, conforme a Cláusula Décima Sétima da CCT nº. CE000508/2023:

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA - AUXÍLIO FUNERAL

*As empresas concederão auxílio-funeral, a ser pago ao dependente ou dependentes do empregado falecido, durante a vigência do contrato de trabalho, em valor equivalente a **03 (três) pisos salariais da categoria**, na faixa que o empregado falecido estiver enquadrado, que será pago imediatamente após o óbito.*

Assim sendo, considerando que os valores a serem estabelecidos no Anexo I do edital devem refletir a estimativa máxima, o Auxílio Funeral deveria ter sido estipulado com base na seguinte memória de cálculo:

MEMÓRIA DE CÁLCULO DO AUXÍLIO FUNERAL

AUXÍLIO FUNERAL: 03 PISOS DA CATEGORIA

VALOR TOTAL COLABORADOR: R\$ 62.488,98
(SALÁRIOS)/12 (MESES) = R\$ 5.207,42 (VALOR MENSAL)

Nessa toada, verifica-se facilmente que o valor cotado a título de materiais por empregado é totalmente insuficiente para cobertura dos custos com a execução do contrato.

Afinal, conforme se verifica dos cálculos demonstrados, a soma das estimativas mensais corretas relacionadas a Diárias (R\$ 458.880,60), Auxílio Creche (R\$ 100.361,34) e Auxílio Funeral (R\$ 5.207,42) totaliza um montante de **R\$ 558.449,36**

(quinhentos e cinquenta e oito, quatrocentos e quarenta e nove reais e trinta e seis centavos), o qual é significativamente superior a provisão de 2% (R\$ 65.890,29) estipulada no instrumento convocatório para o mesmo fim.

Frise-se, desde logo, que o percentual correto para o provisionamento das Diárias, Auxílio Creche e Auxílio Funeral deveria ser de 17%, calculado sobre o custo total mensal da mão de obra, conforme indicado a seguir:

Custo Total Mensal da Mão de Obra: R\$ 3.294.514,58

*Provisionamento (17,00% da Mão de Obra): R\$ 3.294.514,58 x
17% = **R\$ 560.067,48***

Isso se deve ao fato de que o montante de R\$ 560.067,48 (quinhentos e sessenta mil, sessenta e sete reais e quarenta e oito centavos) é suficiente para provisionar as despesas máximas de diárias, auxílio creche e auxílio funeral, que somam R\$ 558.449,36 (quinhentos e cinquenta e oito, quatrocentos e quarenta e nove reais e trinta e seis centavos).

Assim, diante de tudo o que restou acima demonstrado, fica claro perceber que as planilhas de composição de custos do presente certame não estão adequadas às previsões contidas no próprio instrumento convocatório e à realidade do serviço que ora se pretende contratar. Portanto, devem passar por correções, de forma que sejam integralmente previstos todos os custos inerentes à contratação.

Com efeito, é imprescindível se mencionar que o Termo de Referência, procedimento prévio e obrigatório na modalidade pregão, dispõe sobre as condições gerais da execução do contrato, devendo conter, dentre outros, a descrição do objeto do certame, de forma precisa, suficiente e clara.

Além de um Termo de Referência robusto e minucioso, **o instrumento convocatório deve estar acompanhado de um orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de TODOS os custos unitários vigentes**, prescrita pelo art. 18, IV, da Lei nº. 14.133/2021:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

[...]

IV – o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

Sobre o assunto, cumpre citar a lição de Joel de Menezes Nieburh:

“O orçamento daquilo que se está licitando é ato fundamental para a condução de todo o processo, especialmente para

proceder ao controle dos preços propostos à Administração, se excessivos ou inexequíveis. Sem o orçamento, sem saber o quanto custa o que se está licitando, a Administração não dispõe de elementos para realizar tais controles, e, por consequência, passa aceitar quaisquer tipos de valores, em detrimento do interesse público.”

(NIEBURH, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008. P. 101)

O Tribunal de Contas da União já possui entendimento sumulado sobre o assunto:

“Súmula n.º 258 do TCU – As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou de unidades genéricas”

No mesmo sentido são outras decisões da Egrégia Corte de Contas:

“É dever do gestor, mesmo nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, elaborar orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do objeto a ser contratado, pois se trata de documento indispensável à avaliação dos preços propostos (art. 7º, § 2º, inciso II, e § 9º, c/c o art. 26, inciso III, da Lei 8.666/1993).”

(TCU, Acórdão n.º. 3289/2014 – Plenário, Relator: Walton Alencar Rodrigues)

“Deve ser elaborado, previamente ao certame, orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços pretendidos, exigindo-se das licitantes as referidas composições em suas propostas.”

(TCU, Acórdão n.º. 1762/2010 – Plenário, Relator: Marcos Bemquerer)

“Faça constar dos futuros processos licitatórios o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, a fim de dar cumprimento ao art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei no 8.666/1993.”

(TCU, Acórdão n.º. 2.444/2008 – Plenário)

“9.6.15 defina de forma precisa os elementos necessários e suficientes que caracterizem a prestação de serviço ou a execução da obra pretendida por ocasião da elaboração dos projetos básicos e termos de referência das licitações, conforme regulamenta o art. 6º, inciso IX, e art. 40, § 2º, da Lei 8.666/1993;”

(TCU, Acórdão nº. 428/2010-Segunda Câmara, Relator: Ministro Aroldo Cedraz)

Como se vê, as consequências de tal lapso seriam sobremaneira gravosas para que se prescindia da devida correção aos itens apontados. Veja-se que, por força da legislação vigente, **é obrigatória a especificação clara e precisa do objeto licitado**. Neste ponto, deve-se entender de forma extensiva também no que diz respeito aos preços máximos estimados para a contratação, **de forma que não se gere qualquer dúvida aos participantes do certame**. Tudo isso, é bom que esclareça, sob pena de se frustrar por completo o procedimento licitatório.

Assim, caso o instrumento convocatório não seja alterado, este estaria maculado de ilegalidade, ferindo de morte o que é disposto na Nova Lei das Licitações. Veja-se que o Edital, devido ao Princípio da Legalidade, definido no art. 5º da referida Lei e no art. 37 da Constituição, **não pode ir de encontro ao que é definido na legislação vigente**.

Faz-se *mister* ressaltarmos o texto legal e constitucional, segundo o que já foi mencionado, de forma a demonstrar que tal princípio é devidamente positivado em nosso ordenamento jurídico:

LEI Nº 14.133 /2021:

*Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os **princípios da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

*“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:”*

Em igual direção, cumpre mencionarmos a doutrina pátria sobre o assunto:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada

ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelatáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa."

(MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª Edição. Editora Malheiros, p. 82-83)

Destaque-se que, para a Administração Pública, o princípio da legalidade não é a mera observância à legislação, mas sim uma verdadeira *submissão* aos ditames legais.

É o que ensina Odete Medauar:

"Para a Administração, o princípio da legalidade traduzia-se em submissão à lei. No conjunto dos poderes do Estado traduzia a relação entre poder legislativo e poder executivo, com a supremacia do primeiro; no âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira"

(MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992; grifamos)

Sobre o assunto, é imprescindível trazer à lume os ensinamentos de José Afonso da Silva:

"[...] a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69). Há, porém, casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão-só as exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva (infra), não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um "ato equiparado", e ato equiparado à lei formal [...]"

(SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009; grifamos)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração está vinculada não somente à lei em sentido estrito, mas também a eventuais normas que possam existir, decorrentes da lei, produzidas pela própria Administração para regulamentar seus comportamentos posteriores. Segundo o entendimento do doutrinador:

“[...] a expressão ‘legalidade’ deve, pois, ser entendida como ‘conformidade à lei e, sucessivamente, às subsequentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricção’, adquirindo então um sentido mais extenso [...]”

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006)

Ou seja, **a Administração deve observar não só a legislação *stricto sensu*, mas também as normas emitidas para regular seu próprio poder discricionário.** Em razão disso, no presente caso, deve a Administração cumprir com o que é disposto expressamente tanto na legislação vigente, como também nas jurisprudências pátrias e nas Instruções Normativas. Saliente-se que, fazendo em contrário, **a Administração Pública estará incorrendo em descumprimento ao que é determinado pelo princípio constitucionalmente protegido da legalidade.**

Assim, o edital deve ser alterado, respeitando-se a legislação vigente, conforme já sobejamente demonstrado.

Destaque-se novamente que os valores máximos apresentados pelo TJCE não são suficientes para a cobertura dos custos mínimos da contratação. Tais valores não são condizentes com a realidade dos serviços que se pretende contratar, sendo assim, **totalmente inexequíveis.**

Nesta toada, a contratação de qualquer empresa que basear sua proposta nos preços máximos atualmente indicados pelo TJCE trará inúmeros riscos à Administração, vez que sua proposta carecerá de exequibilidade, conforme os parâmetros legalmente estabelecidos. A proposta inexequível é definida pelo ensinamento de Joel de Menezes Niebuhr:

“[...] aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera ao seu autor mais ônus do que vantagens. Frequentemente, a proposta inexequível é apurada mediante a constatação de que o preço ofertado não cobre os custos necessários à sua execução. Por isso, diz-se ‘inexequível’, isto é, sem condições de ser executada.

(NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. Curitiba: Zênite, 2004. p. 148)

A legislação conceitua propostas com preços manifestamente inexequíveis como sendo aquelas que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de

mercado, condições essas especificadas no ato convocatório da licitação. Por isso, caso não seja alterado o presente edital nos termos ora sugeridos, a própria Administração induzirá as licitantes ao erro.

Diante disso, cumpre, ainda, alertar acerca dos perigos de contratar proposta inexecutável, devidamente elencados pelo Ilustre Marçal Justen Filho. Registre-se:

“6) A demonstração da compatibilidade entre oferta e custos. A licitação não se destina pura e simplesmente a selecionar a proposta de menor valor econômico, mesmo quando adotado o tipo menor preço. Visa a selecionar a proposta de menor valor que possa ser executada satisfatória e adequadamente.

Justamente por isso, o ato convocatório deverá impor ao licitante o ônus de demonstrar a formação de seus custos diretos e indiretos, assim como a margem de lucro prevista. Usualmente, essa demonstração envolve a apresentação de planilhas com preços unitários, onde o particular formula projeções quanto a quantitativos de itens necessários à execução da prestação, indicando o custo necessário a tanto. Esses demonstrativos deverão indicar os custos diretos como aqueles indiretos, relacionados inclusive com a carga tributária.

Lembre-se que a exigência de apresentação desses demonstrativos destina-se a preencher diversas finalidades. Trata-se não apenas de evidenciar a viabilidade econômico-financeira da proposta, mas também a controlar a adequação da concepção do particular em vista das exigências técnico-científicas e de adotar um fundamento para eventuais modificações necessárias ao longo da execução com contrato.”

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2008, p. 48-49)

Certamente, caso não sejam alterados os valores propostos no edital do pregão em tablado, **será contratada proposta manifestamente inexecutável, mitigando assim o princípio da vantajosidade**, o qual é qualificado pela doutrina como o fim primordial da licitação. Veja-se novamente o ensinamento de Marçal Justen Filho:

“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos interrelacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.”

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª Edição, Dialética, págs. 63)

Dessa forma, em respeito ao princípio da vantajosidade, não se antolha cabível que o TJCE mantenha em seu ato convocatório valores máximos incompatíveis com a realidade dos serviços licitados, aos quais se demonstram totalmente prejudiciais à própria entidade, pois os valores cotados estão em desacordo com o mercado, tornando-se totalmente inexequíveis.

Além de ser vedada pela legislação vigente, a celebração de contrato baseada em proposta inexequível poderá trazer graves prejuízos ao interesse do TJCE, pois certamente o particular não poderá cumprir as cláusulas contratuais, ensejando, via de regra, a rescisão contratual e a necessidade de realização de um novo certame, além de provocar transtornos à esta licitante.

Diante disso, evidencia-se que os preços da planilha do edital devem ser reformados, tendo em vista a manifesta inexequibilidade, de acordo com o entendimento reiterado dos Tribunais Superiores, respeitando o fim primordial da licitação, contratar a proposta mais vantajosa.

O próprio instrumento convocatório do pregão dispõe acerca da desclassificação de propostas manifestamente inexequíveis. *In verbis*:

6.5. Serão rejeitadas as propostas que:

[...]

6.5.2. **contiverem preços superiores aos praticados no mercado ou comprovadamente inexequíveis.**

Portanto, resta claro que deve ser alterado o edital, no sentido de que seja incluído o orçamento detalhado de todos os custos unitários da contratação e que seja realizada a necessária adequação dos valores máximos da contratação contidos no edital, a fim de que sejam abrangidos todos os custos advindos da contratação.

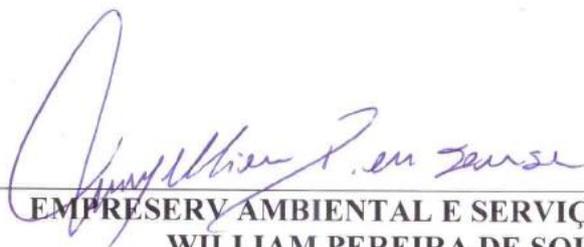
3. DO PEDIDO

Ex positis, a impugnante requer à V. Sa. que proceda com as alterações necessárias do edital do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 016/2023 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**, em face das irregularidades e ilegalidades suscitadas nesta impugnação. Roga ainda que após realizadas as correções requeridas que seja reaberto o prazo fixado no início do procedimento licitatório.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Jaguaruana/CE, 25 de agosto de 2023.



EMPRESÁRIA AMBIENTAL E SERVIÇOS EIRELLI

WILLIAM PEREIRA DE SOUSA

CPF: 260.666.023-49

REPRESENTANTE LEGAL