

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA __ VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

URGENTE – LICITAÇÃO

06 a 09/03/2012

MC EMPREENDIMENTOS TELEMÁTICOS LTDA., inscrita ao CNPJ sob o n°. 37.155.124/0001-56, sito à QNM 20 Conjunto E Lote 47, Ceilândia, Brasília-DF, CEP 72.210-200, representada pelo Sr. Napoleão José Lira Costa, vem à presença de Vossa Excelência, por seus procuradores infra assinados, interpor o presente

**MANDADO DE SEGURANÇA
COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR**

1

Em face de ato administrativo praticado pelo **PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÕES – ECT** e pelo **DIRETOR REGIONAL DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT – DIRETORIA REGIONAL BRASÍLIA**, ambos com endereço profissional à SCEN Trecho 2 Lote 4, bairro Asa Norte Diretoria Regional de Brasília, CEP 70800-900, Brasília-DF, pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

Inicialmente, cumpre salientar que os editais de licitação em vergasto foram publicados em **14/12/2011**, possuindo todos **idêntico teor**, sendo, assim, tempestivo o presente *writ*, nos termos do art. 27 da Lei n°. 12.016/09.

Além disso, o edital foi impugnado administrativamente, permanecendo, até o presente momento, silente a Comissão de Licitações.

1. Do Histórico da Licitação

Excelência, não se pode deixar de mencionar que a licitação das franquias postais é tema já amplamente discutindo em nosso Poder Judiciário.

Mais uma vez, tenta a ECT impor um edital eivado de ilegalidades, contrariando, inclusive, **reiteradas decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, bem como de tantos outros Tribunais Regionais Federais.

Ora, conforme informa a própria ECT em seu endereço eletrônico (http://www.correios.com.br/licitacaoagt/lista_regiao_alvo.cfm), **todos os editais são idênticos**, e, por óbvio, todos os **contratos licitados** também são.

Assim, o vício já amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário é comum a todos os editais, merecendo ser **suspensos** para avaliação e correção, sob pena de se criar um contrato sob a Espada de Dâmocles, permeado por uma nefasta **insegurança jurídica**.

2

2. Do Mérito

A licitação é procedimento obrigatório, previsto ao art. 37 da Constituição Federal de 1988, que visa à satisfação precípua do interesse público e, para tanto, esta adstrita a regras intransponíveis, que vinculam tanto ao Poder Público como aos licitantes.

Quanto à obrigatoriedade e à necessidade da licitação, não há o que se discutir.

Todavia, ao confrontar tais normas com o edital telado, vislumbra-se a **violação de tais normas**, em síntese:

- a) **Não comprovação da viabilidade econômico-financeira do modelo licitado;**

- b) **Ausência de exigências de qualificação técnica;**

- c) **Restrição à competitividade – Anexo 05, itens:**
 - i. **3.1.4.1 – contrato de 03 anos para estacionamento;**
 - ii. **7.1.I.b.i – contrato de locação de 04 anos de vigência;**

- d) **Exigência Ilegal e Irrazoável – Anexo 05 item 5.3 – 3**
exclusividade da vaga pública para carga e descarga;

- e) **Restrição à livre atuação – vedação de contratação com clientes submetidos à Lei nº. 8.666/93;**

- f) **Critério de Desempate que não contempla a preferência a ME/EPP.**

De tal forma, mister intervenha o Poder Judiciário, de forma a garantir que seja promovido um certame licitatório lícito e hígido, que não atente contra o ordenamento jurídico pátrio – em especial quanto já há hermenêutica firmada à jurisprudência das Cortes Federais.

a) **Não comprovação da viabilidade econômico-financeira do modelo licitado**

A legislação específica sobre a licitação de franquias postais – Lei nº. 11.668/08 e Decretos 6.639/08 e 6.805/09 – determina que seja **comprovada a viabilidade econômico-financeira do objeto licitado**, em especial ao teor do art. 8º do Dec. 6.639/08, que assim obriga a ECT:

Art. 8º. A ECT deverá apresentar ao Ministério das Comunicações relatório técnico sintético, no prazo de noventa dias contados da publicação deste Decreto, **contendo os resultados dos estudos de viabilidade técnica e econômica para implantação de AGF**, com informações sobre a área abrangida, custo estimado da atividade e remuneração das Agências.

4

Ao mesmo sentido, previu o Ministério das Comunicações, por ocasião da Portaria 384/2011:

3.5. A ECT poderá decidir pela implantação de ACC ou AGF se identificadas condições de oportunidade e interesse estratégico e comercial da Empresa, desde que observadas as seguintes premissas:

- a) a **existência de estudo demonstrando a viabilidade econômico-financeira** do modelo de unidade a ser terceirizada;
- b) a **remuneração das atividades das ACC e das AGF deverá ser tecnicamente fundamentada pela ECT** e se **baseará em critérios e parâmetros de mercado**, de aferição de vantagem econômica para a ECT, observados, especialmente os relacionados ao custo da prestação dos serviços e da venda dos produtos;
- c) se o custo da prestação dos serviços e da venda dos produtos for escolhido como critério de remuneração de uma ACC ou AGF, o valor da remuneração desta não poderá ser superior ao custo que a ECT teria para a realização dos

serviços mediante uma unidade própria de mesmo porte e com as mesmas características; e

d) a localização da unidade deverá favorecer a otimização da Rede de Unidades de Atendimento da ECT, a comodidade ao usuário e a viabilidade econômico-financeira do modelo da unidade terceirizada.

Ou seja, é obrigação da ECT comprovar a viabilidade econômico-financeira das agências franqueadas ora licitadas – e, como dever inculcado à toda a Administração Pública, deve tornar tal estudo **público**, permitindo a ampla avaliação dos interessados, nos termos do art. 37 da Constituição Federal de 1988:

“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:”

5

Tais estudos, porém, não foram apresentados juntamente com o edital, de forma a possibilitar a todos os interessados o pleno acesso às informações e, principalmente, ao **retorno financeiro** esperado.

Não se contesta somente a falta de publicidade de tais estudos – HÁ SÉRIOS INDÍCIOS DE QUE ESTES NÃO EXISTAM.

Afinal, a sensível diminuição da remuneração licitada em relação à remuneração atualmente aplicada é enorme, contrariando, ainda, o determinado pelo Tribunal de Contas da União ao Acórdão 2.301/07 – Plenário:

“A ECT cinge-se a afirmar que a remuneração desses serviços e produtos definida para as ACC II **será menor que a atualmente paga para as ACFs** (fls. 133, item 2). **Esse fato contraria um dos princípios estabelecidos pela própria ECT no desenvolvimento dos estudos de viabilidade**

técnica e econômico-financeira ora em análise – o desenvolvimento de uma tabela de remuneração justa para a ECT e PARA A REDE TERCEIRIZADA (item 3.7 desta instrução).” (grifo nosso)

Tendo-se em consideração que os editais em vergasto possuem o **mesmo objeto** dos editais publicados em 2009, há que se trazer à baila o enfrentamento judicial sofrido por aqueles, justamente no que se refere à **ausência de comprovação da viabilidade econômico financeira** do modelo licitado.

Em um primeiro momento, os já citados processos n.º. **5000205-72.2012.404.0000** e 5000825-70.2011.404.7000, ao âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – e ainda:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. SUSPENSÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DA INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DE AGÊNCIAS DE CORREIOS FRANQUEADAS. REGIME DE FRANQUIA POSTAL. 1. **A afirmação de que o estudo da viabilidade econômico-financeira da AGF não é necessário à elaboração da proposta técnica referente à licitação das agências, evidencia, de fato, a ausência de informações para aferição da viabilidade econômica do empreendimento e para a definição da equação econômico financeira do contrato**, em prejuízo ao caráter competitivo do certame, violando princípios básicos da licitação, como da legalidade, da igualdade, da publicidade e do julgamento objetivo. 2. A ausência de prévia audiência pública, conforme exige o art. 39 da lei 8.666/93, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados, visando a participação social nos atos administrativos, a publicidade devida, e a gestão pública baseada na transparência. 3. Apelação provida. (TRF4, AC 5003570-57.2010.404.7000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 06/10/2011)

6

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. SUSPENSÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DA INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DE AGÊNCIAS DE CORREIOS FRANQUEADAS. REGIME DE FRANQUIA POSTAL. 1. A afirmação de que o estudo da viabilidade econômico-financeira da AGF não é necessário à elaboração da proposta técnica referente à licitação das agências, evidencia, de fato, a ausência de informações para aferição da viabilidade econômica do empreendimento e para a definição da equação econômico-financeira do contrato, em prejuízo ao caráter competitivo do certame, violando princípios básicos da licitação, como da legalidade, da igualdade, da publicidade e do julgamento objetivo. 2. A ausência de prévia audiência pública, conforme exige o art. 39 da lei 8.666/93, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados, visando a participação social nos atos administrativos, a publicidade devida, e a gestão pública baseada na transparência. (TRF4, AG 5000120-23.2011.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, D.E. 25/05/2011)

7

Sobre o tema, ainda, transcreve-se a percuciente análise feita pelo eminente Juiz Federal Marcelo Malucelli, por ocasião da apreciação do processo n°. 5000766-19.2010.404.7000:

Destarte, **não há que se dar guarida à justificativa de que o novo modelo de agências franqueadas não permitiria o estudo do prazo para o retorno do investimento** dada a ausência de histórico de atividades. Ora, como se sabe, o modelo de franquia postal já se encontra em vigor há duas décadas, não parecendo impossível que seja realizado tal estudo, tomando por base os elementos de que já se dispõe. Esse raciocínio parece ter informado inclusive as normas administrativas acima mencionadas. **Neste ponto, deve ser corrigido o Edital.** (TRF/4ª Reg. Ação ordinária n° 5000766-19.2010.404.7000)

Em tal sentido, não outro é o entendimento do Tribunal de Contas da União, nos termos do voto do Ministro Ubiratan Aguiar, por ocasião do Acórdão 230/2007 – Plenário:

“Concordo com o entendimento da Secex/SP de que a Concorrência nº 003/SEAP/PR/2006 contém vícios graves, que recomendam a anulação do certame. 2. **A primeira irregularidade diz respeito à falta de avaliação econômico-financeira do empreendimento.**

..

4. Independentemente da natureza jurídica da operação, não se pode admitir que a União transfira a administração do terminal pesqueiro, atribuição que é de sua competência, conforme dispõe o art. 7º do Decreto nº 5.231/2004, por prazo tão longo - 20 anos, **sem a realização de estudos prévios que evidenciem que o empreendimento será viável e que a remuneração estabelecida para a União, de 2% sobre o faturamento bruto da empresa, é adequada.**

5. ... **Se eventualmente não ficar demonstrada a viabilidade ou a sustentabilidade do empreendimento, sequer deve ocorrer a licitação.**

...

7. **A ausência da avaliação econômico-financeira da operação já seria suficiente, por si só, para comprometer a concorrência em tela,** mas também foram constatadas outras irregularidades: a ausência de projeto básico da reforma do píer, prevista no subitem 8.2 do anexo I do edital (fl. 28), bem como de estudo de impacto ambiental e de licença ambiental relativamente a essa obra.” (grifo nosso)

8

Todavia, em total desrespeito à legislação e ampla doutrina e jurisprudência, NÃO HÁ NO EDITAL QUALQUER EQUAÇÃO QUE TORNE PÚBLICO OS CUSTOS, DESPESAS E EXPECTATIVA DE DEMANDA!

Ademais, trata-se da exigência de que o edital apresente um projeto Básico completo, com todas as informações e condições dos serviços tem o fim precípua de **tornar públicos os elementos básicos e definidores do objeto licitado**, na precisão lição de Marçal Justen Filho:

“O projeto básico não se destina a disciplinar a execução da obra ou serviço, mas a **demonstrar a viabilidade e a conveniência de sua execução.** Deve

evidenciar que os custos são compatíveis com as disponibilidades financeiras;”
(grifo nosso)

Ora, o art. 6º inc. IX da Lei nº. 8.666/93 é claro em dispor sobre a obrigatoriedade do órgão público em demonstrar a viabilidade daquilo que oferece ao ente privado, vejamos:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

...

IX - Projeto Básico - **conjunto de elementos necessários e suficientes**, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado **com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica** e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:”

9

Sem as condições mínimas previstas no edital que demonstrem a viabilidade do projeto, a elaboração de qualquer proposta fica prejudicada! Inibindo a ampla participação em vista o risco de prejuízo econômico proporcional à incerteza do negócio.

Assim, resta demonstrado que há séria ofensa à legalidade e à publicidade, pois o edital **NÃO CUMPRE COM O DEVER DE APRESENTAR O ESTUDO DE VIABILIDADE ECONÔMICO – FINANCEIRA, devendo ser imediatamente retificado.**

b) Ausência de exigências de qualificação técnica

Para a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública, têm-se critérios distintos de avaliação para cada tipo de objeto – no caso em tela, por força do disposto no **Art. 3º da Lei 11.668/08**, deverá ser observado o critério da **melhor técnica**.

Sobre tal tipo, a Lei nº. 8.666/93, em seu art. 46, assim conceituou:

Art. 46. Os tipos de licitação "**melhor técnica**" ou "técnica e preço" **serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual**, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 1º **Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento** claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e **que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;**

Ou seja: **não se trata de opção da Administração Pública**: o imperativo da norma inequívoco ao dispor que **PARA CONTRATAÇÃO DE FRANQUIAS POSTAIS**, a licitação deverá ser de **MELHOR TÉCNICA**.

Porém, o edital em tela adotou somente **critérios relativos ao IMÓVEL DOS LICITANTES!**

Ora, há uma clara **desnaturação** da natureza jurídica do tipo de licitação indicada.

Neste sentido, traz-se o bem estruturado posicionamento do jurista Marçal Justen Filho acerca de licitações do tipo melhor técnica:

“A competição se estabelece para selecionar qual dos concorrentes poderá executá-la de modo mais perfeito. **Busca-se selecionar o licitante mais bem qualificado para executar uma técnica previamente escolhida** pela Administração. **Nessa hipótese, a licitação versa basicamente sobre a experiência, a habilidade e a capacitação pessoal dos licitantes.**” (grifo nosso)

Ao mesmo sentido, tem-se a doutrina de Adilson Abreu Dallari, *in* Aspectos jurídicos da licitação, 1997, pg. 119:

“É certo que a preocupação em ampliar o universo de proponentes e facilitar a habilitação é bastante louvável, mas não pode ir ao ponto de comprometer a garantia de boa execução do futuro contrato.”

11

Trata-se, na verdade, da **repetição do mesmo vício do edital anterior**, sobre o qual o Poder Judiciário já se manifestou:

A qualificação técnica representa elemento essencial do correto e eficaz procedimento licitatório. Ao limitar-se neste ponto aos aspectos do imóvel a ser utilizado pela AGF, não há como negar-se que o Edital encerra omissão insanável.

Com efeito, como leciona Marçal Justen Filho 'É implausível imaginar algum caso em que a qualificação técnica seria irrelevante para a Administração' e assim 'a determinação dos requisitos de qualificação técnica far-se-á caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades das necessidades que o Estado deve realizar. Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente

indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes' (Comentários, 14ª ed., p. 429).

No caso concreto, o objeto das concorrências é suficientemente complexo para exigir dos participantes requisitos concernentes à atividade ofertada. Afigura-se razoável e necessário exigir, como indica o autor, qualificação em administração de pessoal e financeira, logística interna, carga e descarga de veículos, gestão e manutenção de frota, geração de arquivos, prestação de contas, emissão de relatórios, fechamento de caixas, controle de estoque, cadastramento de produtos e serviços. Tratam-se de conhecimentos que se presumem necessários a qualquer atividade comercial de porte, especialmente exigíveis dado o caráter público da avenca a ser firmada, o que diminui a margem de insucesso esperada pelo franqueador, mais alargada na esfera privada.

Não se trata de direcionar a qualificação técnica para a experiência específica do setor, obtida em atividades similares ou na própria parceria com a ECT, de modo a ferir o princípio da competitividade e da busca pela proposta mais vantajosa, isonomia e impessoalidade. **Trata-se apenas de garantir um mínimo de segurança à contratação e à participação igualitária dos interessados**, obedecidos os critérios fixados no artigo 30 da Lei 8.666/93, de modo a atingir-se uma mínima previsibilidade de que a execução dos serviços contratados será cumprida. **Desta forma, os Editais devem ser complementados nesse tópico, a fim de que a qualificação técnica dos participantes seja incluída, não se limitando unicamente aos aspectos do imóvel a ser utilizado.** (AÇÃO ORDINÁRIA (Processo nº 5000766-19.2010.404.7000/Juiz Federal Marcelo Malucelli 14/12/2011)

12

Ou seja, a Administração Pública não pode eximir-se de exigir o mínimo necessário em termos de QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

Importante destacar, valioso entendimento de José Theophilo Feury *in* Da possibilidade de exigência de qualificação técnico operacional das empresas licitantes/Temas Atuais e Controvertidos, Rev. dos Tribunais, 1999. p. 234:

“O fato de se exigir o certificado de capacitação técnico-operacional não importa, de forma alguma, em afronta ao princípio da isonomia. É certo que não se pode pretender deixar participar da licitação empresas que não tenham experiência e infra-estrutura suficientes para a realização da obra com segurança e dentro dos prazos programados, por melhor que seja o quadro de funcionários desta empresa.

...

Assim, **há de se aplicar o princípio da isonomia dentre aquelas empresas que tenham o mínimo necessário de técnica,** infra-estrutura administrativa, financeira, de pessoal e material, suficiente para a realização da obra. Do contrário, diversos seriam os casos em que empresas sem qualquer capacitação técnico-operacional acabariam vencedoras de certames licitatórios...”

Corroborando com esse entendimento, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao dispor:

LICITAÇÃO – CLÁUSULA DO EDITAL QUE EXIGE EXPERIÊNCIA ANTERIOR EM OBRA SEMELHANTE DO RESPONSÁVEL TÉCNICO – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER ILEGALIDADE – CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO QUANTO À CAPACIDADE TÉCNICA TEÓRICA E EFETIVA DOS PROPONENTES – RECURSO NÃO PROVIDO.

É lícito à Administração não só verificar a capacidade técnica teórica do licitante, como a sua capacidade técnica efetiva de execução, capacidade essa que se convencionou chamar operativa real. Advirta-se que **grande parte dos insucessos dos contratados, na execução do objeto do contrato, decorre da falta de capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase própria da licitação,** que é a de habilitação dos proponentes. (TJSP - AC 275.324-1 - 8ª CDPúbl. - Rel. Des. Celso Bonilha - J. 02.04.1997)

Ora, salta à doutrina e à jurisprudência que a licitação do tipo melhor técnica deve estabelecer critérios que objetivem avaliar a experiência, a habilidade e a capacitação pessoal dos licitantes, ou seja, sua **CAPACITAÇÃO TÉCNICA**.

E não meramente a do imóvel, como o fez o edital em vergasto.

O Superior Tribunal de Justiça confirma o entendimento sobre a importância e necessidade de se estipular no edital os critérios de qualificação técnica:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE EXPERIÊNCIA PRÉVIA NO DESEMPENHO DE ATIVIDADES SIMILARES OU CONGÊNERES AO OBJETO LICITADO.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança com o objetivo, entre outros, de reconhecer a ilegalidade de cláusula editalícia que prevê, a título de demonstração de qualificação técnica em procedimento licitatório, a comprovação de experiência anterior em exercício de atividades congêneres ou similares ao objeto da licitação.

2. ...

3. ...

4. **Não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício**

referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93.

5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado.

6. **Tem-se aí exigência plenamente proporcional pois (i) adequada (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida que faz presumir, como meio, a qualificação técnica - o fim**

14

visado), (ii) necessária (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida de fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais) e (iii) proporcional em sentido estrito (facilita a escolha da Administração Pública, porque nivela os competidores uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das melhores propostas com base no background dos licitantes).

7. Precedentes desta Corte Superior.

8. Recurso especial provido. (REsp 1257886 / PE Relator(a) MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) T2 - SEGUNDA TURMA 03/11/2011)

HABILITAÇÃO – LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DE ATESATDOS TÉCNICOS INDISPENSÁVEIS À GARANTIA DO ADEQUADO CUMPRIMENTO DO CONTRATO E DO MELHOR SERVIÇO PÚBLICO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, DA LEI 8.666/93.

15

1. ...

2. O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo que se propõe. (REsp 172232-SP, 1999)

Mister, assim, seja suspenso o certame para análise da técnica proposta, uma vez contrária ao que determinado à legislação, contrariado os preceitos da legalidade e, por consequência da moralidade Administrativa.

c) **Restrição à competitividade – Anexo 05 itens 3.1.4.1, 5.3 e 7.1.I.b.i**

Ao Anexo 05 do edital, em seu item 7.1.I.b.i, está assim disposto:

7.1. O Envelope n.º 02 - Proposta Técnica deverá conter a Ficha de Avaliação Técnica e os seguintes documentos:

I. Cópia do IPTU e do documento comprobatório de uso do imóvel principal e, quando existente, do imóvel complementar para a operação da AGF, a saber:

...

b. Imóvel não próprio da licitante: certidão da matrícula atualizada do imóvel junto ao registro de imóveis e contrato de aluguel, termo de usufruto, termo de cessão, pré-contrato, ou outro instrumento jurídico que garanta o uso do imóvel:

i. Os documentos de uso do imóvel não próprio deverão possuir cláusula que lhes **garantam vigência mínima de 4 (quatro) anos, contados da data de abertura da reunião de licitação;**

16

Ou seja, antes de saber se será ou não vitoriosa na licitação, as empresas deverão ASSUMIR UM ÔNUS CONTRATUAL DE 04 (QUATRO) ANOS.

Considerando o custo (*lucas*) para garantir um compromisso neste patamar, é inquestionável que tal exigência **inibe a competitividade**, por constranger possíveis interessados – afinal, **deverá honrar um contrato de 04 (quatro) anos**, mesmo tendo perdido a licitação.

Outra exige que igualmente restringe a competitividade do certame consta ao Anexo 05 do Edital, que em seu item 3.1.4.1 assim dispõe:

3.1.4. Também será considerado como estacionamento gratuito disponibilizado pela licitante, aquele para o qual o interessado anexar à sua proposta técnica,

acordo firmado com o administrador do estacionamento, garantindo aos usuários da AGF a gratuidade no uso deste estacionamento.

3.1.4.1. O acordo deverá possuir cláusula de **vigência mínima de 3 (três) anos contados da inauguração da AGF**. (grifo nosso)

Ora, terá a empresa que obter o uso, gratuito aos clientes (mas **oneroso para a empresa**), por **03 anos a contar da inauguração da nova agência!**

Mais uma obrigação que os licitantes devem **ASSUMIR ANTES DA LICITAÇÃO**, como **condição para participar**.

Afinal, qualquer cláusula que imponha aos licitantes **ônus anteriores à contratação**, é tida como abusiva e ilegal à luz das decisões do Tribunal de Constas da União:

“A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, **encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados.**”

Acórdão 1113/2008 Plenário (Sumário)

Ou seja, **inibe a participação de possíveis interessados**, ultrajando o princípio da ampla competitividade, previsto ao art. 3º da Lei nº. 8.666/93:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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** 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;”

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, reiteradas vezes, corroborou com o entendimento de que exigir comprovação das licitantes de possuir imóvel ou propriedades previamente à licitação é ilegal:

9.6 determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do RITCU, à Prefeitura do Município de Conceição de Castelo/ES que, nos futuros procedimentos licitatórios custeados, no todo ou em parte, com recursos públicos federais:

9.6.1 **abstenha-se de incluir, como requisito de qualificação técnica, a comprovação, já no momento da sessão de abertura, de que o licitante seja proprietário de usina** (usinagem a frio de

concreto betuminoso) devidamente licenciada pelo órgão ambiental competente ou, alternativamente, para o caso de não contar com uma, a apresentação de contrato de fornecimento de massa asfáltica firmado com terceiro, haja vista que essa exigência afronta a vedação contida na parte final do § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, por configurar prévia imposição de propriedade de equipamento (maquinário asfáltico), bem como inúmeras deliberações desta Corte, que a reputam como ilegal e indevida (v.g. Acórdãos nº 1578/2005; 1332/2006; 1631/2007; 2656/2007; 800/2008; 2150/2008; 1495/2009; 935/2010 e 1339/2010, todos do Plenário);

(AC Nº 7558/2010 - TCU - 2ª Câmara Processo nº TC 027.784/2010-0. Relator: Ministro Benjamin Zymler) (grifo nosso)

E ainda:

“6. Pela perfeita adequação da matéria decidida no Acórdão nº 800/2008-Plenário à controvérsia tratada neste feito, reproduzo a seguir o sumário constante do referido decisum:

[...]

4. **Restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declaração de terceiros detentores de usina,** ainda mais quando é fixado limite máximo de distância para sua instalação.

[...]

9. A indevida restrição da competitividade em razão de exigência editalícia que desobedece ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 e nos arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, e 30, § 6º, da Lei de Licitações e Contratos, conduz à anulação do processo licitatório.

10. Não há como se buscar amparo na Lei nº 8.666/93 para se exigir dos licitantes a disponibilidade de usina de asfalto, ainda mais com localização prévia, nem, sequer, a exigência de termo de compromisso com usinas de terceiros. (AC-1495-27/09-P Sessão: 08/07/09 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro VALMIR CAMPELO – Fiscalização)” (grifo nosso)

19

Ampla jurisprudência do TCU (Acórdãos 648/2004, 1578/2005, 1332/2006, 1631/2007, 2656/2007, 983/2008, 1663/2008, 2215/2008, 2150/2008, 1495/2009, 935/2010, 1339/2010) demonstra que exigir a comprovação de propriedade ou compromisso prévio se trata de exigência descabida, sendo, por isso, motivo suficiente para a suspensão e alteração do certame.

Evidentemente que a exigência de que a licitante já possua imóvel próprio ou contrato com garantia de vigência mínima de 4 (quatro) anos ultraja princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e da própria finalidade da licitação pública, que é alcançar o maior universo possível de competidores para obtenção da proposta mais vantajosa.

Vale lembrar que todo ato público deve estar atrelado a uma finalidade que satisfaça ao interesse público, sendo indevido o ato do administrador que inibe a ampla competitividade sem atingir o objetivo da Constituição Federal ao dispor dos processos licitatórios.

Nesse sentido, Silvy Zarella Di Pietro, *in* Direito administrativo. 24. ed. 2011. pg. 81 afirma:

“o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar**. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.”
(grifo nosso)

Ora, não se pode tolerar a exigência de um compromisso prévio, onerando as empresas para que **PARTICIPEM** da licitação. 20

O correto, diga-se, é que os compromissos sejam assumidos **somente SE A EMPRESA FOR VITORIOSA**.

Dessa forma, tem-se por inequívoco o entendimento que exigências dispensáveis que apenas frustrem a ampla competitividade desvirtuam o objetivo da licitação pública, devendo ser reavaliada a forma de sua exigência ao presente edital.

d) **Exigência Ilegal e Irrazoável – Anexo 05 item 5.3 – exclusividade da vaga pública para carga e descarga;**

Outro ponto que merece ser revisto é a exigência de **carga e descarga em local público EXCLUSIVA** para agência de correios, prevista ao Anexo 05 item 5.3:

“5.3 A área de carga e descarga em via pública deverá ser **exclusiva para uso da AGF** e estar demarcada oficialmente pelo órgão competente para efeito de pontuação no critério.” (grifo nosso)

Primeiramente, pela obviedade de que tal requisito somente poderia ser atendido por **uma agência de correios já existindo**, demonstrando que se trata, de plano, em item **ilegal** do edital.

Ora! Como que a Administração Pública local irá conceder direito exclusivo de utilização de um local público (com **dimensões mínimas**), principalmente com o aumento desenfreado de veículos e carência de espaço público de estacionamento.

Ademais, o estabelecimento dos locais, dimensões e horários para áreas de carga e descarga é competência do Poder Público Municipal, dentro das orientações do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), conforme ensina a doutrina de Arnaldo Rizzardo:

21

“De outra parte, quem organiza o trânsito nas vias municipais é evidentemente o Município, estabelecendo as ruas preferenciais e impondo determinadas condutas quanto à velocidade, ao uso de buzinas, ao sentido das pistas, ao controle da poluição, **ao momento de carga e descarga** etc.” (grifo nosso)

Sobre o tema, veja-se a Resolução nº. 302/2008 do Conselho Nacional de Trânsito:

Art.1º As áreas destinadas ao estacionamento específico, regulamentado em via pública aberta à circulação, são estabelecidas e regulamentadas pelo órgão ou entidade executiva de trânsito com circunscrição sobre a via, nos termos desta Resolução.

Art.2º Para efeito desta Resolução são definidas as seguintes áreas de estacionamentos específicos:

...

IV - Área de estacionamento para a operação de carga e descarga é a parte da via sinalizada para este fim, conforme definido no Anexo I do CTB.

Note que **não se fala em área EXCLUSIVA**, mas, sim, de utilização geral para carga e descarga.

Assim, tal exigência, além de ferir a **isonomia** dos participantes, é **impossível de ser atingida**, nos termos da Resolução nº. 302/2008.

e) **Da restrição à livre atuação**

À minuta do contrato de franquia postal constante no Anexo 07 do edital, a ECT entabula **vedações comerciais** às franquias, nos seguintes termos:

22

“4.1.1. A autorização para a FRANQUEADA operacionalizar contrato comercial celebrado pela ECT com seus clientes, respeitadas as normas legais, regulamentares e contratuais, observará as seguintes vedações:

a) **execução de contratos comerciais celebrados pela ECT com entidades e órgãos públicos e demais entidades cujo regime de contratação se subordine à Lei nº 8.666/93;**”

Trata-se, assim, da **proibição de celebrar contratos com órgãos públicos e empresas públicas sujeiras ao regime da Lei nº. 8.666/93.**

De tal forma, a ECT está pondo suas agências próprias em **condições privilegiadas** antes às agências franqueadas, ferindo o princípio da **livre concorrência**, previsto aos arts. 170 inc. IV e 173 §§ 3º e 4º da Constituição Federal de 1988:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

IV - livre concorrência;”

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

...

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

23

Nesse sentido, imperioso citar relevante precedente do Superior Tribunal de Justiça que veda benefícios específicos à Administração Pública, quando concorre no mercado privado com empresas privadas (no caso, as franquias postais):

DIREITO ADMINISTRATIVO. CODEVASF. EMPRESA ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. ATUAÇÃO ESSENCIALMENTE ESTATAL. INFLUXO MAIOR DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE DA SÚMULA 39/STJ RESTRITA A EMPRESAS QUE EXPLOREM A ATIVIDADE ECONÔMICA.

[...]

4. Tais empresas que exploram a atividade econômica - ainda que se submetam aos princípios da administração pública e recebam a incidência de algumas normas de direito público, como a obrigatoriedade de realizar concurso público ou de submeter a sua atividade-meio ao procedimento licitatório - **não podem ser**

agraciadas com nenhum beneplácito que não seja, igualmente, estendido às demais empresas privadas, nos termos do art. 173, § 2º da CF, sob pena de inviabilizar a livre concorrência.

[...]

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 929758/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 14/12/2010)

Ora, não pode o prestador de serviços públicos sofrer qualquer prejuízo em razão da abusiva atuação do ente público, exceto reflexo de sua própria conduta, conforme bem leciona o Prof. Adilson de Abreu Dallari, em seu artigo “Conceito de Serviço Público”:

“Diga-se de uma vez: o particular somente poderá experimentar um prejuízo SE decorrente de SUA incúria, de SUA incapacidade, de SUA inabilitação para fazer o que propôs, enfim, de SUA imprevidência, e **NUNCA por algo atribuível à Administração concedente ou, ainda, a outros órgãos ou entidades do Poder Público, mesmo que de outra esfera de governo.**” (grifo no original)

24

Na verdade, que se tem é a verdadeira imposição de uma **penalidade**, ao restringir a livre atuação das franquias postais – afinal, a impossibilidade de contratar com órgão públicos está inserido no rol das penas mais graves da Lei nº. 8.666/93.

Desta forma, deve ser revista a minuta do contrato de AGF, de forma a passar a prever a possibilidade de livre atuação das empresas, em especial no que tange à contratação com órgãos e empresas públicas.

f) **Critério de Desempate que não contempla a preferência a ME/EPP**

O edital em tela previu, para casos de empate entre os licitantes, os seguintes critérios:

7.2. Ocorrendo empate na pontuação das propostas técnicas, a licitante melhor classificada será definida por sorteio em ato público, em data, hora e local indicados pela CEL.

Ocorre, porém, que tal critério está em dissonância com a legislação pátria, que prevê **tratamento diferenciado** às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 44 da Lei Complementar nº. 123/2006:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como **critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.**

Trata-se, na verdade, de um **incentivo ao pequeno e micro empresário**, de forma a obter vantagens competitivas nos certames públicos, quando empatados com outras empresas de maior vulto.

25

Ou seja: somente se duas ME's ou EPP's empatarem é que deverá ser utilizado o sorteio, conforme pacífica jurisprudência pátria:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. VÍCIOS NO PROCEDIMENTO. MODIFICAÇÕES DO EDITAL. NECESSIDADE DE AMPLA DIVULGAÇÃO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO À LICITAÇÃO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DOS EDITAIS ASSEGURADA. PROVIMENTO. 1. Recurso contra decisão que, em Mandado de Segurança, deferiu em parte medida liminar para determinar que, relativamente às Concorrências nos 511/2009, 513/2009, 514/2009, 515/2009, 516/2009, 517/2009 e 518/2009: a) não seja autorizada a participação de empresas ou cooperativas cujo objeto social tenha total ou manifesta incompatibilidade com a atividade de franquia postal; b) **em caso de empate, a ECT dê**

preferência de contratação às microempresas ou empresas de pequeno porte e, se ainda persistir o empate, defina-se a contratada por sorteio em ato público em data, hora e local indicados pela CEL; c) em caso de comprovação de burla à licitação,

proclame-se a nulidade do contrato e da licitação e não apenas a rescisão do acordo. 2. Os vícios encontrados na decisão recorrida impõem não só a retificação dos editais em questão - conforme assegurado pela julgadora monocrática - mas a própria suspensão dos seus efeitos. 3. As modificações promovidas nos editais do certame são suficientemente relevantes para ensejar sua ampla divulgação na mesma forma adotada com o seu texto original, a fim de possibilitar a participação de novos interessados, respeitando-se, assim, o princípio do livre acesso à licitação. 4. Necessidade de suspensão dos efeitos dos editais em referência até ulterior deliberação. 5. Precedente da Turma (AGTR105421/CE). 6. Provimento do agravo de instrumento. (TRF4 – SEGUNDA TURMA - AG 00041448920104050000 - DJE - Data::10/06/2010 - Página::386)

26

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. PREFERÊNCIA. ART. 44 DA LC 123/2006. TRATAMENTO DIFERENCIADO. ART. 47 DA LC 123/2006. 1. Não há que se confundir o **direito de preferência disposto no artigo 44 da LC nº 123/2006, assegurado genericamente às ME e EPP em qualquer tipo de licitação**, com o tratamento privilegiado trazido pelo artigo 47, que outorga às pessoas jurídicas de direito público ali mencionadas a possibilidade de dar tratamento mais benéfico a ME e EPP, mediante a utilização dos instrumentos do artigo 48 da mesma lei, dentre os quais se inclui aquele mencionado pela autoridade impetrada, qual seja, a realização de certames destinados exclusivamente a tais empresas, cujo valor não supere R\$ 80.000,00. 2. Tal entendimento possibilitaria concluir pela incorreção do procedimento licitatório no que pertine à não atribuição de preferência à impetrante, que se enquadra nos critérios da Lei nº 123/2006. (TRF4, AC 2009.70.00.001306-1, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 25/01/2010)

Assim, deve ser retificado o edital, passo a prever como critério de desempate a preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 44 da Lei n.º 123/2006.

3. Da Medida Liminar

Sabidamente, para a antecipação dos efeitos da tutela é necessário comprovar o *periculum in mora* e o *fumus boni jures*, na lição do eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albini Zavascki:

“Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrições a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação de tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O fumus boni iuris deverá estar especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos.”

27

O *periculum in mora* é comprovado em razão da proximidade da realização das licitações, aprazadas para os dias **06 a 09/03/2012.**

Afinal, e aqui reside parte do *fumus boni jures*, tem-se em tela um **irregular procedimento licitatório**, eivado de **nulidade** em razão de todos os pontos acima elencados, já pacíficos à jurisprudência pátria.

Reforça-se o *fumus boni jures* em razão da lesão de direito líquido e certo da Impetrante, qual seja, de ter a fiel observância dos procedimentos legais, nos termos do art. 4º da Lei nº. 8.666/93.

Requer-se, assim, que o Poder Judiciário, tenha o bom senso e a lucidez de suspender a licitação em comento, viciada em notória ilegalidade – lesando tanto o Impetrante como a Administração Pública e a coletividade.

ISSO POSTO, requer-se a Vossa Excelência que:

- a) Defira a medida liminar pleiteada, determinando a suspensão do edital de licitação em tela – (400/2011-DR/BSB – Itens 03, 04 e 05, 401/2011-DR/BSB – Item 03, 402/2011-DR/BSB, 403/2011- DR/BSB – item 02, 404/2011-DR/BSB, 405/2011-DR/BSB; 406/2011- DR/BSB, 407/2011-DR/BSB, 408/2011-DR/BSB – item 02, 409/2011- DR/BSB, 410/2011-DR/BSB – itens 01 e 02, 412/2011-DR/BSB);
- a) Determine a intimação das Autoridades Coatoras para, querendo, responder à presente demanda;
- b) Seja dada ciência ao Órgão de Representação Judicial da ECT, pessoa jurídica interessada no feito, nos termos do art. 7º inc. II da Lei nº. 12.016/09;
- c) A produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a documental, cabível ao *iter* processual;
- b) Ao final, julgue **totalmente procedente** o feito, determinando a suspensão do edital de licitação em comento, determinando que a ECT somente publique edital com o mesmo objeto após:
 - i. Realizar e tornar público o estudo de viabilidade econômico financeira de todos os pontos licitados;

- ii. Inserir critérios de qualificação técnica referentes à expertise do licitante, não se restringindo unicamente às características do imóvel;
- iii. Excluir as exigências de prazo mínimo de vigências dos documentos referentes ao direito de uso do estacionamento e do imóvel apresentado;
- iv. Excluir a exigência de exclusividade de vaga pública de carga e descarga;
- v. Excluir a vedação de contratação de agências franqueadas com clientes submetidos à Lei nº. 8.666/93;
- vi. Fazer constar, como critério de desempate, a preferência às microempresas e empresas de pequeno porte.

Valor da causa: R\$ 1.000,00 – por ausência de parâmetros legais.

29

Brasília-DF, 28 de fevereiro de 2011.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Carlos Alberto Day Stoever

OAB/RS nº. 69.130

Documentos em anexo:

Doc. 01 – Procuração, Contrato Social e Cartão CNPJ;

Doc. 02 – Edital de Licitação

Doc. 03 – Decisão Judicial em Caso Análogo

Doc. 04 – Guia de Custas.