

CONTRARRAZÃO :

Ilmo. Sr. Pregoeiro do Conselho Da Justiça Federal
Ref. Pregão Eletrônico 01/2020

APURA COMÉRCIO DE SOFTWARES E ASSESSORIA EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S.A, devidamente qualificada no processo em epígrafe, comparece respeitosamente por intermédio de seus representantes legais para, com fulcro no artigo 53 da Lei 9.784/99, bem como do direito constitucional de petição (artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal) apresentar:

PEDIDO ADMINISTRATIVO

Em face do Pregão Eletrônico 01/2020, que contém item não apenas restritivo à competição, como eivado de ilegalidade que torna todo o procedimento licitatório passível de ser anulado a qualquer tempo, conforme passa a ser demonstrado.

1. RESUMO DOS FATOS

O Conselho da Justiça Federal instaurou licitação para “contratação de Serviços Gerenciados de Segurança da Informação”. Tendo sido a licitante detentora da melhor oferta desclassificada, essa Requerente (2ª colocada) foi convocada. Contudo, entendeu por bem o Pregoeiro desclassificá-la de forma sumária por não apresentar a planilha constante no Anexo II.

Ocorre que tal documento consta ao final do arquivo denominado “Carta Proposta Pré Pregão”, que foi corretamente anexado antes da abertura do certame (o que pode ser confirmado pelo sistema Comprasnet), juntamente com todos os documentos de habilitação, como manda a nova lei do pregão.

Apenas o modelo de planilha de alocação de profissionais (específico para o caso), não foi preenchido, exatamente porque os funcionários da requerente não possuem vínculo celetista, o que era requerido no item 15.20 do certame, mesmo sendo tal exigência considerada ilegal pelo Tribunal de Contas da União, conforme jurisprudência assente que segue indicada neste petitório.

Neste sentido, tanto a desclassificação sumária da Requerente quanto, principalmente, o item que impõe obrigatoriamente a necessidade de vínculo celetista aos profissionais, configuram ilegalidade impassível de saneamento, pois não apenas restringem a contratação, impondo ônus desnecessários às licitantes, como configuram uma ingerência no âmbito da iniciativa privada, que é livre para escolher a forma da contratação de seus profissionais.

Assim, não restou outra medida à Requerente que não fosse trazer a conhecimento do CJF tais ilegalidades, para que sejam adotadas as providências necessárias.

2. DO CABIMENTO

Nos termos do artigo, 5º XXXIV, “a” da Constituição Federal:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

No mesmo sentido, define ainda o artigo 53 da Lei Federal 9.784/99:

CAPÍTULO XIV

DA ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. (grifamos)

Destarte, em se tratando de questões de ordem pública, tal como as ilegalidades ora apontadas, que podem inclusive ensejar a nulidade do contrato, caso não sejam corrigidas a tempo, deve a Administração agir para evitar causar maior dano ao erário, a exemplo de contratação (desnecessariamente) mais onerosa, porque obrigou o vínculo celetista a todos os participantes; e da perda da competitividade, com a exclusão de participantes que poderiam atender plenamente aos requisitos técnicos com proposta mais econômica, mas que foram excluídos do certame exatamente em virtude da exigência ilegal e que extrapola a competência de agir da Administração Pública, intervindo de forma indevida na liberdade de agir dos empresários.

3. DO DIREITO

3.1. Da ilegalidade da exigência de disponibilidade prévia de funcionários celetistas - entendimento já consolidado no Tribunal de Contas da União Conforme expressado, o item 15.20 do certame obrigava que todos os profissionais indicados para a execução do contrato possuíssem vínculo celetista:

15.20 Todos os profissionais da CONTRATADA alocados para a prestação dos serviços objeto deste Termo de Referência deverão ter vínculo com a CONTRATADA, baseado na CLT.

Entretanto, como dito, trata-se de uma intervenção indevida por parte da entidade contratante, vez que não cabe a mesma pensar a forma de contratação dos colaboradores da contratada. Mesmo porque, pouco importa o modelo de contratação dos profissionais, mas sim se estes possuem qualificação técnica necessária para a execução dos serviços. Esta é a garantia a que as licitantes se comprometem em cumprir.

Acerca do restante, pouco importa se o vínculo será celetista, societário (Contrato Social ou Estatuto) ou por intermédio de contrato de prestação de serviços. Essas são as preocupações do empresário, e não competem à Administração Pública, a quem exclusivamente interessa se os serviços serão executados em conformidade com o contrato e se os colaboradores estarão disponíveis quando acionados. Esta é a finalidade da exigência.

Qualquer detalhe adicionado a este requisito, como já dito, se transforma em ilegalidade, além de configurar-se como ingerência indevida na forma de atuação da iniciativa privada.

Nas brilhantes palavras do renomado jurista MARÇAL JUSTEN FILHO, Não é possível, enfim, transformar a exigência de qualificação técnica profissional em uma oportunidade de garantir “emprego” para certos profissionais. Não se pode conceber que as empresas sejam obrigadas a contratar, sob vínculo empregatício, alguns profissionais apenas para participar da licitação. A interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo

trabalhista se configura como uma modalidade de distorção: o fundamental, para a Administração Pública, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião da execução do futuro contrato. É inútil, para ela, que os licitantes mantenham profissionais de alta qualificação empregados apenas para participar da licitação. É suficiente, então, a existência de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista, regido pela legislação civil comum. (grifamos)

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª Edição. São Paulo: Dialética, 2010, p. 451).

E não é diferente o posicionamento da Egrégia Corte de Contas da União, acompanhe-se:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO POR EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL DESNECESSÁRIAS. DETERMINAÇÃO.

Considera-se procedente representação para determinar a adoção de providências à anulação do processo licitatório, em face de exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica que se tornaram instrumento de restrição indevida à liberdade de participação de possíveis interessados.

(...)

13. Atender, no caso em tela, à letra fria desse dispositivo, sem considerar os objetivos da Administração e os limites de exigência de qualificação técnica, suficientes para a garantia do cumprimento das obrigações, seria desbordar para o formalismo que se basta em si mesmo, sem ter em vista qualquer outro objetivo consentâneo com o interesse público.

14. As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.

15. Nesse sentido, entendo que seria suficiente, segundo alega a representante, a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.

16. Esse posicionamento encontra guarida no entendimento segundo o qual a Constituição Federal somente autoriza exigências que configurem um mínimo de segurança. Portanto, não há de se admitir exigências que vão além disso com base no argumento de que a segurança da Administração restaria ampliada, na medida em que o máximo de segurança corresponderia, inequivocamente, ao máximo da restrição. E essa não é a solução proclamada pela Carta Magna. (grifamos)

(TCU, Acórdão 2297/2005 – Plenário, Relator Ministro BENJAMIN ZYMLER, j. 13/12/2005).

Em outra oportunidade:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA RESTRITIVA. COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ENTRE O PROFISSIONAL E O LICITANTE APENAS POR CARTEIRA DE TRABALHO E/OU RELAÇÃO SOCIETÁRIA. MATÉRIA PACIFICADA NA JURISPRUDÊNCIA DO TCU. POSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO DO REQUISITO LEGAL MEDIANTE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. FALHA POTENCIALMENTE ENSEJADORA DA ANULAÇÃO DO CERTAME.

AVALIAÇÃO DE ELEMENTOS DO CASO CONCRETO QUE ATENUAM AS CONDUTAS DOS GESTORES E APONTAM PARA A NÃO-ADOÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA À REPRESENTANTE. ARQUIVAMENTO.

É desnecessário, para comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, que o empregado possua vínculo empregatício, por meio de Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS assinada, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum. (grifamos)

(TCU, Acórdão 103/2009 – Plenário, Relator Ministro AUGUSTO NARDES, j. 04/02/2009).

Vale a pena ressaltar ainda, que inclusive o Poder Judiciário tem entendido pela ilegalidade do requisito:

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO. EXIGÊNCIA CONTIDA NO EDITAL QUE IMPEDE A CONTRATAÇÃO COM A MELHOR PROPOSTA E VIOLA O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DE DIREITO A SER TUTELADO PELO REMÉDIO HERÓICO. NULIDADE DA SENTENÇA. A revogação da licitação somente poderá se dar por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado (art. 49 da Lei 8.666/93). No caso dos autos, ficou apurada a existência de interesse público superveniente a justificar a revogação do certame, com base no art. 49 da Lei 8.666/93 e Súmula n. 473 do STF. É que foi flagrado pela Administração que uma das condições do edital, exigindo vínculo celetista dos profissionais de medicina com as empresas interessadas em participarem do competitivo, além de ilegal já que afasta de plano cooperativa médica, afronta o princípio da isonomia e impede a contratação com a proposta mais vantajosa desatendendo ao interesse público (art. 3º da Lei 8.666/93). Não fosse isso, todos os concorrentes foram inabilitados justamente por desatenderem àquela condição. Neste contexto, tem-se que não há direito a ser protegido pelo remédio heróico. Ordem denegada. Apelação desprovida, sentença modificada em remessa necessária. (TJ-RS - REEX: 70077733509 RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Data de Julgamento: 04/07/2018, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/07/2018)

Ante o exposto, resta evidente que a exigência do item 15.20 ultrapassou os limites da lei, do Edital, bem como do prudente entendimento assentado no Tribunal de Contas da União, eivando de ilegalidade o Pregão Eletrônico 01/2020, por restringir indevidamente a competição e gerar uma injusta interferência na discricionariedade de atuação das empresas privadas.

4. DO PEDIDO

Ante o exposto requer-se que seja acolhido o presente pedido para que a Administração, através do princípio da autotutela (súmula 473 do STF), possa revisar o Pregão Eletrônico 01/2020 para fins de anulá-lo, por conter ilegalidade impassível de saneamento e que, inclusive, pode gerar a nulidade do contrato, nos termos do § 2º do artigo 59 da Lei 8.666/93.

Outrossim, caso não seja este o entendimento de Vossas Senhorias, que seja emitida decisão fundamentada, reservando-se a Requerente ao direito de levar a situação a conhecimento das entidades de controle externo.

Nestes termos,
Pede-se deferimento.

Brasília, 26 de fevereiro de 2020.

SANDRO ROMERA SUFFERT
Diretor Presidente
MAURICIO MACHADO PARANHOS
Diretor