

AO PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL/SP

Observatório Social do Brasil – São Caetano do Sul (OSB - SCS), espaço democrático, apartidário e sem fins lucrativos, inscrito no CNPJ no 21.535.056/0001-10, com sede à Rua Manoel Coelho, 600, 3º andar, sala 324 – Centro – São Caetano do Sul/SP, por seu representante legal, vêm a presença de Vossa Excelência, lastreados no artigo 37 da Constituição Federal combinado com o dispostos nas Leis 7.347/85, 8.492/92, 8666/93 e 12462/11 e, ainda, na Lei Complementar nº 709 de 14 de Janeiro de 1993, oferecer

IMPUGNAÇÃO

em face do edital de Pregão Presencial nº 01/2021, Processo Administrativo nº 0036/2021, com o seguinte objeto:

“CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL AUTOMOTIVO (GASOLINA COMUM), DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO E NORMAS VIGENTES DA ANP – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS E DEMAIS ÓRGÃOS REGULADORES, PARA ATENDIMENTO DA FROTA OFICIAL DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL, CONFORME ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES NO ANEXO I (TERMO DE REFERÊNCIA) E DEMAIS ANEXOS DO PRESENTE INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.”

Em atenção ao disposto na Lei nº 8.666/93 e Constituição Federal, verifica-se a existência de cláusulas editalícias que causam restrições à competitividade do certame, prejudicando a validade jurídica deste, merecendo reforma, conforme exposto a seguir:

I – DA LEGITIMIDADE

O OSB-SCS é uma Organização Não-Governamental, sem fins lucrativos, totalmente apartidária, cujo escopo é exercer o Controle Social, na defesa dos direitos da Sociedade Civil. Destaca-se, no mais, que o OSB-SCS faz parte do Sistema OSB - Observatório Social do Brasil, que dissemina uma metodologia padronizada para o monitoramento das atividades governamentais e da gestão dos recursos públicos, fazendo-se presente em 150 Municípios, em 17 Estados brasileiros, contando com mais de 3.500 voluntários.¹

O OSB-SCS foi fundado em 2014, por cidadãos sul-caetanenses que, ao tomarem conhecimento da iniciativa, enxergaram, igualmente, a necessidade de monitorar a administração municipal para combater casos de corrupção e promover a cidadania e a participação social na gestão pública. Desde então, vem exercendo de forma imparcial, independente e transparente o Controle Social na gestão pública do Município, suas Autarquias e Fundações. De 2014 a 2018, gerou uma economia de, aproximadamente, R\$ 10.055.000,00 (dez milhões e cinquenta e cinco mil reais) aos cofres municipais, que seriam despendidos de forma irregular pela Administração Municipal. No ano de 2019, a economia gerada foi de aproximadamente R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais). A prestação de todas as contas do OSB São Caetano do Sul encontra-se publicada em seu Portal oficial na internet.²

É, portanto, **parte legítima** para propor a referida impugnação, **vez que se trata de Organização representativa da Sociedade Civil Organizada.** Dentre as atribuições do OSB São Caetano do Sul, definidas no artigo 2º de seu Estatuto Social (doc. anexo), destacam-se as dos incisos I, VI e VII, transcritas a seguir:

“ Art. 2º- O OS tem como objetivos gerais:

*I. Atuar como organismo de apoio à comunidade **para pesquisa, análise e divulgação de informações sobre o comportamento de entidades e órgãos públicos com relação à aplicação dos recursos, ao comportamento ético de seus funcionários e dirigentes, aos resultados gerados e à qualidade dos serviços prestados.***

(...)

*VI. **Contribuir, diretamente, para que haja maior transparência na gestão dos recursos públicos, de acordo com o previsto no artigo 5º, incisos XIV e XXXIV; no artigo 37, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, Lei 12.527/2011 e Decreto 7.724/2012***

(...)

¹ <http://osbrasil.org.br/o-que-e-o-observatorio-social-do-brasil-osb/>

² https://saocaetanodosul.osbrasil.org.br/?page_id=466

VII. Estimular a participação da sociedade civil organizada no processo de avaliação da gestão dos recursos públicos, visando defender e reivindicar a austeridade necessária na sua aplicação, dentro de princípios éticos com vistas à paz e à justiça social.

Resta clara, portanto, a legitimidade do Observatório Social de São Caetano do Sul para oferecer impugnações junto ao órgão licitante.

II – DOS FATOS

Insurge-se o impugnante contra o Edital de Pregão Presencial de nº 01/2021, Processo Administrativo nº 0036/2021, lançado pela Câmara Municipal de São Caetano do Sul, tendo por objeto a contratação de “contratação de empresa especializada para fornecimento de combustível automotivo (GASOLINA COMUM), de acordo com a legislação e normas vigentes da ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e demais órgãos reguladores, para atendimento da frota oficial da Câmara Municipal de São Caetano do Sul”, a ser realizado na data de 27/01/2021, às 10h, nas dependências da Câmara Municipal.

No instrumento convocatório, foram identificadas irregularidades que acabam por restringir e prejudicar a competitividade do certame, na contramão das disposições contidas no ordenamento jurídico pátrio e no entendimento jurisprudencial, conforme exposto nos tópicos a seguir.

II.1 – Da Qualificação Econômico-Financeira

Em primeiro lugar, com relação à cláusula 7.3. do instrumento convocatório, que trata da qualificação econômico-financeira, senão vejamos:

“7.3 QUALIFICAÇÃO ECÔNOMICA-FINANCEIRA

7.3.1 Certidão negativa de falência ou recuperação judicial, expedida pelo distribuidor da sede da licitante, com prazo de expedição inferior a 180 (cento e oitenta) dias da data deste pregão, ressalvado o disposto no item 13.3.2., deste Edital, parte geral.”

Observa-se que a Editalidade exige, no que diz respeito à habilitação econômico-financeira das licitantes, que seja apresentado unicamente a certidão negativa de falência ou recuperação judicial, ao contrário do que impõe o estatuto das licitações (Lei nº 8.666/93), nos seguintes termos:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

(...)"

Tanto o balanço patrimonial quanto a certidão negativa de falência ou recuperação judicial são essenciais para uma efetiva comprovação da qualificação das licitantes. A Lei nº 8.666/93 prevê, em seu art. 32, § 1º, que só poderá ser dispensada, no todo ou em parte, se o certame for realizado nas modalidades Convite, Leilão, Concurso ou em casos de fornecimento de bens para pronta entrega, não se aplicando à modalidade eleita para o caso em comento, Pregão. Nesse contexto, mostra-se essencial e de caráter preventivo a apresentação do balanço patrimonial das licitantes, comprovando-se, assim, a capacidade econômica da vencedora para a execução do objeto da contratação, assegurando ao ente público a realização da prestação de serviços e, conseqüentemente, a eficácia do contrato.

II.II – Do Critério de Julgamento

No que tange ao critério de julgamento eleito pela Edilidade, este é estabelecido pela cláusula 4.1. do edital, qual seja, menor preço global.

O critério adotado considera o menor valor do montante total da contratação, sem considerar o valor do litro do combustível, ou seja, a vencedora apresentará o menor valor para o fornecimento de 48.000 (quarenta e oito mil) litros anuais previstos no contrato. Entretanto, o item 7 do Termo de Referência desobriga a Câmara Municipal a utilizar os serviços nos quantitativos estimados, efetuando-se o pagamento apenas do combustível que for efetivamente utilizado, até o limite anual supramencionado.

Ora, não há qualquer sentido em se utilizar como critério de julgamento o menor preço global do contrato, sendo que, no próprio instrumento, a Administração consigna que poderá ou não utilizar o total estimado para a contratação. Faria total sentido, nesse caso, que o edital se utilizasse do **menor preço unitário** para balizar os preços, podendo se beneficiar da negociação de preços por litro de combustível, uma vez que nem a própria Edilidade é capaz de quantificar com exatidão a quantidade a ser consumida, podendo variar conforme a demanda.

A eleição do referido critério afronta o art. 23, § 1º da Lei nº 8.666/93, que impõe o parcelamento do objeto das licitações em quantas parcelas forem viáveis, do ponto de vista técnico e econômico, senão vejamos:

“§ 1o As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.”

Não obstante a afronta ao dispositivo legal mencionado, contraria também a orientação jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, que assim dispõe na Súmula nº 247:

“SÚMULA Nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.”

O próprio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE-SP, orienta no mesmo sentido, inclusive no que diz respeito especificamente à contratação de empresas para fornecimento de combustível, conforme se extrai dos autos dos processos nº TC-015196/026/09 e TC-010809/026/08:

“(…) Acresce que a divisão de compras é a regra geral ditada prevista no artigo 23 da n. 8.666/9310, exatamente com o escopo de garantir o “melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”, como também proclamado pela súmula n. 247 do E. Tribunal de Contas da União.

A adoção do critério de menor preço global afasta da disputa empresas que não operem com determinada espécie de combustível, restringindo a competitividade da disputa. Também poderá conduzir à adjudicação do objeto por preço superior ao possível para outra espécie, com afronta ao princípio da competitividade do certame.” (TC-015196/026/09) (grifo nosso)

“(…) Refiro-me ao critério de julgamento pelo menor preço global, indicado pelo item 08 do edital (fl. 141). De fato, como recordado por SDG, o E. Plenário deste Tribunal, em sessão de 17 de junho passado, aprovou voto que proferi para julgar parcialmente procedente representação formulada em face de edital da Prefeitura de Campinas (TC-018533/026/09), determinando a adoção do menor preço por item ou a segregação daquele objeto “em tantas licitações quantas forem necessárias para melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e ampliação da competitividade”. (TC-010809/026/08)

Considerando as imposições legais para tanto e as exaustivas orientações jurisprudenciais acerca do tema, e, considerando ainda a ausência de justificativa para adoção do critério de menor preço global, se faz necessária a readequação do instrumento convocatório no sentido de que se adote o critério de **menor preço unitário**, adequando-se a extrair o máximo de economia de recursos, ampliar a competitividade do certame e atendendo os princípios da eficiência, legalidade e economicidade.

II.III – Dos quantitativos imprecisos

Outra irregularidade identificada no edital, diz respeito à ausência de definição precisa dos quantitativos. Denota-se que o instrumento convocatório prevê, não um quantitativo exato da necessidade do serviço, mas tão-somente um limite contratual.

Configurada, portanto, afronta ao art. 7º, § 4º, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.” (grifo nosso)

O § 4º do art. 7º, da Lei de Licitações, tem o condão de evitar que o agente público deixe de atender às reais necessidades da Administração pela quantificação imprecisa do objeto. Este deve estar nas exatas medidas da demanda que motivou a contratação, não sendo permitido que se dimensione o objeto por mero acaso, condição aleatória ou mera arbitrariedade do agente.

Primeiro porque, sem quantificar o objeto de forma precisa, não há o que se falar em planejamento da contratação, obrigação do agente público ao licitar. Segundo porque, para que se possa estimar o valor a ser despendido, é necessário quantificar com exatidão a demanda de determinado bem ou serviço, demonstrando proibidade na gestão dos recursos. Terceiro, porque o agente público tem a limitação legal de acréscimos quantitativos do objeto, consoante art. 65, da Lei nº 8.666/93, de forma que o equívoco nos quantitativos pode cominar no não atendimento às reais necessidades da Administração ou, de forma ainda mais crítica, facilitar desvios e oneração injustificada dos cofres públicos.

Desse modo, pugna-se também pela definição exata e precisa dos quantitativos do certame. Caso não seja possível quantificar com exatidão, considerando que o objeto pode demandar montantes variáveis e indeterminados, deve a Edilidade optar pelo Sistema de Registro de Preços, nos moldes do art. 15 da Lei 8.666/93.

IV – DO PEDIDO

Ante aos argumentos expostos, requer o acolhimento da presente Impugnação, para que seja determinada a retificação do instrumento convocatório, sanando por completo todos os vícios nele contidos.

Termos em que,
Pede Deferimento.

São Caetano do Sul, 22 de janeiro de 2020

Observatório Social de São Caetano do Sul
Marcos Pinto Nieto
Presidente