

## DECISÃO SOBRE PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 026/2021-EMAP, APRESENTADO PELO ADV. JORGE ALESSANDRO MIRANDA BARROS.

Trata-se de pedido de impugnação ao Edital encaminhado pela empresa **JORGE ALESSANDRO MIRANDA BARROS** referente ao Pregão Eletrônico nº 026/2021 - EMAP, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços continuados de gerenciamento de resíduo sólido classe II, com fornecimento de materiais, abrangendo limpeza, asseio, conservação, segregação, acondicionamento, roço, capina, armazenamento, controle, manuseio, coleta seletiva, transporte e destinação final dos resíduos sólidos não perigosos, alocados em 2 (dois) lotes distintos: LOTE 1: EDIFICAÇÃO; e LOTE 2: INFRAESTRUTURA E VEGETAÇÃO. Sobre a matéria prestam-se as seguintes informações e decisão:

### I – DAS ALEGAÇÕES

Em suma, a Impugnante fundamenta suas argumentações nos princípios da Administração Pública e acórdãos do TCU, pleiteando o que segue:

1 Alega a impugnante que o edital não dispõe de critério objetivo de julgamento, visto que os quantitativos de funcionários, ferramentas e equipamento será de exclusiva decisão do licitante, conforme disposto nos itens 2.24; 2,25 e 8.3.3 do Termo de Referência, abrindo margem para um flagrante ato de insegurança jurídica, que afeta a isonomia, a competição e o princípio do julgamento objetivo;

2. De igual modo, verifica-se que o item 14 do edital informa que as despesas decorrentes dos serviços “correrão por conta da Disponibilidade Financeira e Orçamentária no Orçamento Geral da EMAP, fonte 227 – recursos das empresas estatais – Locação de Mão de Obra – Limpeza, para o exercício financeiro de 2022”, rubrica específica para serviços com cessão de mão de obra com dedicação exclusiva. Assim sendo, o aumento e a diminuição de mão de obra, para acompanhar a diminuição e aumento mensal de áreas, resultará na necessidade de admissões e demissões frequentes de funcionários da empresa contratada, visto que o particular não pode ser obrigado pela Administração, ainda que indiretamente, a manter funcionário (s) que não será (ão) utilizado (s) no contrato, eis que representariam custos sem retorno financeiro à empresa.

3. Do mesmo modo, o **item 2.16 do termo de referência** estabelece que **“para cada serviço a ser executado nas áreas de edificação, infraestrutura e vegetação, na conformidade detalhada acima, será emitida pela fiscalização da EMAP uma “Ordem de Serviço” mensal à empresa, conforme lote contratado, seguindo o modelo do Anexo IV, contemplando as áreas que, a critério e sob demanda, ensejem a necessidade de execução mensal, não cabendo ao contratado direito à liberação de 100% das áreas constantes deste Termo de Referência”**. A citada regra para a modelação da execução dos serviços, na prática, refere-se a aumento e diminuição de quantitativo inicialmente contratado, que é regulamentada pelo art. 166, inciso II do Regulamento Interno de Licitações da EMAP. **Assim, afronta a legalidade o fato de que a diminuição e o aumento dos serviços a serem executados seja processado por meio de “ordem de serviço”, eis que este ato trata de alteração contratual, prevista no art. 166, inciso II, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da EMAP, e, portanto, deveriam,**

necessariamente, ser formalizada através de termo aditivo, conforme art. 167, caput, do mesmo diploma legal.

4. Da mesma maneira, é pertinente o questionamento do item 3.4, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “h”. Inabilitação de empresas cujos sócios tenham participado de empresas que foram declaradas inidôneas. Extensão automática dos efeitos da punição de determinada empresa para outras pessoas jurídicas e para pessoas físicas. Impossibilidade. As normas que tratam de punição em processos de contratação possuem, indiscutivelmente um destinatário, a saber: O CONTRATADO. A extensão dos efeitos da punição a qualquer outra pessoa, seja física ou jurídica, depende da desconsideração da personalidade jurídica da empresa penalizada, o que somente pode ocorrer nos casos de abuso de personalidade evidenciado. Assim, para eventual extensão da penalidade imposta de uma empresa para outras, que detenham personalidade jurídica própria e distintas conforme entendimentos havidos, devem ser avaliadas as circunstâncias, os fatos concretos e os indícios de que houve a criação ou uso pessoa jurídica exclusivamente com o intuito de possibilitar a burla da pena administrativa anteriormente aplicada, sempre observado o devido processo legal.

Ao final, REQUER-SE que se promova as alterações propostas, visto que não há critérios objetivamente definidos no edital para o julgamento das propostas, bem como a forma de modelação dos serviços constante no termo de referência, infringem os princípios da boa-fé contratual (art. 422, do CC), que podem causar prejuízo futuro aos contratados, da legalidade (art. 5º do Regulamento Interno de Licitações da EMAP), da isonomia e da justa competição.

## II – DA ANÁLISE

Inicialmente, cabe analisar o requisito de admissibilidade da referida peça impugnatória, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal.

Cumpra esclarecer que a presente licitação reger-se-á pelas Regulamento de Licitações e Contratos da Empresa Maranhense de Administração Portuária - EMAP, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações e Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

De acordo com os termos do edital, a Impugnação do Ato Convocatório deve ser apresentada, sendo observado o seguinte:

2.1. Qualquer cidadão ou interessado poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório da licitação, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame, devendo a impugnação ser julgada e respondida em até 3 (três) dias úteis, nos termos do art. 94 do Regulamento de Licitações e Contratos da EMAP.

2.2. O pedido de impugnação deverá ser protocolizado no Setor de Protocolo da EMAP, localizado no Prédio sede da EMAP, na Avenida dos Portugueses, s/n, Itaqui, São Luís-MA, ou encaminhado para o e-mail da CSL/EMAP (csl@emap.ma.gov.br), dentro do horário de expediente da EMAP, das 08:00 às 12:00 e das 13:00 às 17:00 horas.

2.3. Se procedente e acolhida a impugnação do edital, seus vícios serão sanados e nova data será designada para a realização do certame, observado o Parágrafo Único do Art. 39 da Lei Federal 13.303/16.

2.4. A entrega da proposta, sem que tenha sido tempestivamente impugnado o presente Edital, implicará na plena aceitação, por parte dos interessados, das condições nele estabelecidas.”

Desta forma, em vista a suspensão da licitação, e considerando que o pedido de alteração foi encaminhado ao protocolo da EMAP no dia 17/06/2022, às 08:12 (oito horas e dose minutos), o mesmo foi apresentado de forma tempestiva.

**a) Quanto à alegação de que o edital não dispõe de critério objetivo de julgamento**

Tal questionamento consta do pedido de esclarecimento feito pela empresa Maxtec Serviços Gerais E Manutenção Industrial EIREL, respondido e publicado no site EMAP, conforme segue:

O critério de julgamento é o menor preço, entretanto será observado o respeito aos critérios mínimos estabelecidos no subitem 7.1 do edital, a saber:

7.1 No julgamento das propostas, a classificação se dará em ordem crescente dos preços apresentados, sendo considerada vencedora a proposta mais vantajosa, observados os prazos, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas neste Edital e seus anexos.

**b) Quanto à rubrica da disponibilidade financeira e ao aumento e a diminuição de mão de obra, para acompanhar a diminuição e aumento mensal de áreas, resultará na necessidade de admissões e demissões frequentes de funcionários da empresa contratada, visto que o particular não pode ser obrigado pela Administração, ainda que indiretamente, a manter funcionário (s) que não será (ão) utilizado (s) no contrato, eis que representariam custos sem retorno financeiro à empresa.**

De igual forma, tal questionamento consta do pedido de esclarecimento feito pela empresa Maxtec Serviços Gerais e Manutenção Industrial EIREL, respondido e publicado no site EMAP, conforme segue:

Submetida a alegação ao exame da Gerência Jurídica da EMAP, que se posicionou da seguinte forma:

“O Termo de Referência fora elaborado com observância ao disposto na **Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017** do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), que estabelece que os serviços de limpeza, asseio e conservação serão contratados com base na Área Física a ser limpa, **estabelecendo-se uma estimativa do custo por metro quadrado**, observadas a peculiaridade, a

produtividade, a periodicidade e a frequência de cada tipo de serviço e das condições do local, objeto da contratação.

Apesar da IN 05/2017 não ser de observância obrigatória à EMAP, mas apenas à administração federal, a mesma fora utilizada como parâmetro naquilo que a EMAP entende pertinente à contratação, diante da vantajosidade à administração pública observada nesse modelo de contratação, sendo utilizada, inclusive, no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme Pregão Eletrônico nº 043/2020-TCU.

A minuta do edital do Pregão Eletrônico nº 026/2021-EMAP fora redigido com base no normativo vigente acerca desse tipo de contratação, razão pela qual não há dúvidas de que a presente contratação não se enquadra em dedicação exclusiva de mão de obra. As regras do Edital deixam claro que a prestação dos serviços está balizada pelas seguintes diretrizes, conforme IN 05/2017: a) Não há obrigatoriedade que os prestadores de serviço fiquem à disposição nas dependências da Contratante. b) Não há obrigatoriedade que a Contratada disponibilize materiais ou equipamentos de forma exclusiva, podendo retirá-los do ambiente do Porto a seu critério. c) A distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados ao contrato fica a cargo da Contratada, que tem total autonomia para definição das rotinas, distribuição dos profissionais e materiais. O efetivo pode variar livremente, à critério da Contratada, ao longo do dia, da semana ou do ano, não havendo como se falar em prejuízos à mesma. A atuação da fiscalização se dará apenas na qualidade dos serviços”.

Por fim, cabe ressaltar, ainda, que a informação de “disponibilidade financeira” invocada pela licitante teve seu texto modificado para: As despesas decorrentes dos serviços, objeto desta contratação, correrão por conta da Disponibilidade Financeira e Orçamentária no Orçamento Geral da EMAP, fonte 227 – recursos das empresas estatais, exercícios financeiros – 2022/2023 – para Serviços Estratégicos – Serviço de Limpeza e Conservação, por meio de uma errata, que fora publicada no site da EMAP, No DOE-MA e LICITAÇÕES-E.

**c) Quanto ao fato de que a diminuição e o aumento dos serviços a serem executados seja processado por meio de “ordem de serviço”, eis que este ato trata de alteração contratual, prevista no art. 166, inciso II, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da EMAP, e, portanto, deveriam, necessariamente, ser formalizada através de termo aditivo, conforme art. 167, caput, do mesmo diploma legal.**

Novamente, esse questionamento consta do pedido de esclarecimento feito pela empresa Maxtec Serviços Gerais e Manutenção Industrial EIREL, respondido e publicado no site EMAP, conforme segue:

As ordens de serviços serão emitidas somente para fins de controle e acompanhamento das solicitações de tarefas relativas à execução do contrato de prestação de serviços, estabelecendo quantidades, estimativas, prazos e custos da atividade a ser executada, **sem que se ultrapassem** os quantitativos previstos no Termo de Referência.

Sobre o ponto, a GEJUR esclareceu que “existem contratos administrativos que são firmados por demanda variável, nos quais a Administração Pública estima uma demanda máxima e o particular estipula o valor unitário para prestação dos serviços, recebendo de acordo com o quantitativo de serviços efetivamente prestados. Nesses contratos, o particular não necessariamente receberá pela demanda máxima estimada pela Administração Pública. Assim, sua remuneração será variável e estará diretamente vinculada à efetiva necessidade de demanda do órgão público. O contrato por demanda exige que haja a informação acerca da disponibilidade financeira e orçamentária do valor total dos recursos relativos ao montante máximo a ser despendido na contratação, mesmo que essa totalidade não seja utilizada e ao final exija o seu estorno.”

A assessoria jurídica destaca que a Lei 13.303/2016 estabelece, no parágrafo único, do art. 45, a possibilidade da remuneração variável vinculado ao desempenho do contrato, saber:

Art. 45 Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação.

De acordo com a GEJUR, “na mesma linha do previsto no art. 45, parágrafo único, da Lei das Estatais, instrumentos normativos elaborados pela Administração Pública Federal, a exemplo da Instrução Normativa (“IN”) 02/2008, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, faziam referência a elementos típicos dos contratos que têm a remuneração vinculada à performance da contratada. Naquele regime, precursor das disposições legais ligadas à remuneração variável, os parâmetros de avaliação de desempenho da contratada ganharam o nome de “Acordos de Níveis de Serviços”. Posteriormente, o modelo de aferição de desempenho contratual, renovado pela **IN 05/2017**, passou a fazer referência ao Instrumento de Medição de Resultado (IMR), instituto que tem o mérito de permitir que a Administração Pública Federal avalie objetivamente a performance dos agentes econômicos contratados, adequando seus pagamentos de acordo com referido desempenho.”

Logo, em consonância com a manifestação da Gerência Jurídica, não há em que se falar em alteração de contrato por meio de ordem de serviço, nem em ilegalidade no presente certame, uma vez que a Lei 13303/2016 prevê a remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, entre outros caso, com base em metas, bem como a Instrução Normativa nº 5/2017 (MPDG), prevê expressamente que os serviços de limpeza, asseio e conservação serão contratados com base na Área Física a ser limpa, **estabelecendo-se uma estimativa do custo por metro quadrado, prevendo expressamente a possibilidade de remuneração variável.**

d) **E, por fim, quanto a Inabilitação de empresas cujos sócios tenham participado de empresas que foram declaradas inidôneas**

Tal questionamento fora analisada com **decisão judicial negada, no âmbito da 1ª Câmara Cível, por meio do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0812016-31.2022.8.10.0000**, conforme segue:

“Sobre a pretensa ilegalidade do edital do pregão eletrônico, no que diz respeito à vedação de sócios de sociedades empresariais que estão inabilitadas por decisão judicial/administrativa, vejamos o que diz a Lei das Estatais:

Art. 37. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão informar os dados relativos às sanções por elas aplicadas aos contratados, nos termos definidos no art. 83, de forma a manter atualizado o cadastro de empresas inidôneas de que trata o art. 23 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

§ 1º O fornecedor incluído no cadastro referido no caput não poderá disputar licitação ou participar, direta ou indiretamente, da execução de contrato.

§ 2º Serão excluídos do cadastro referido no caput, a qualquer tempo, fornecedores que demonstrarem a superação dos motivos que deram causa à restrição contra eles promovida.

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante;

II - suspensa pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

Parágrafo único. Aplica-se a vedação prevista no caput:

I - à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante;

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

a) dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista;

b) empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação;

c) autoridade do ente público a que a empresa pública ou sociedade de economia mista esteja vinculada.

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista promotora da licitação ou contratante há menos de 6 (seis) meses.

Então, se tal vedação encontra guarida no arcabouço jurídico, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa (pelo texto revogado e pelo texto atual), pela Lei de Licitações Públicas, pela Lei das Estatais, dentre outros, é decorrência lógica que não se pode presumir, máxime em tutela de emergência, que tal previsão desemboca numa ilegalidade passível de anulação em mandado de segurança, evidentemente que não.

Outrossim, não vejo, quer seja na decisão proferida por Sua Excelência o Desembargador Plantonista, quer seja mesmo na petição inicial do mandado de segurança, a preocupação em respeitar o princípio do consequencialismo nas decisões que realizam o controle de legalidade dos atos administrativos, ferindo, por isso mesmo, importantes conteúdos normativos estampados na LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Para **Marçal Justen Filho** (cfr. "Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas". In Revista de Direito Administrativo, Edição Especial — Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB — Lei nº 13.655/2018, Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 13-41), o artigo 20 da LINDB é orientado a reduzir a

indeterminação das decisões estatais, que muitas vezes se restringe a invocar princípios abstratos. Segundo ele, o processo decisório exige a concretização de normas e valores ideais, o que impõe tomar em consideração as situações da realidade. Se uma norma pode propiciar diferentes conclusões para o caso concreto, é indispensável analisar os potenciais efeitos pertinentes a cada qual. Essa exigência é ainda mais relevante em vista do princípio da proporcionalidade. É inviável aplicar a proporcionalidade sem tomar em vista os efeitos que a opção hermenêutica produzirá. O parágrafo único do artigo 20 admite, além disso, adotar soluções alternativas à simples invalidação de um provimento administrativo, nas hipóteses de vícios ou defeitos.

Tudo isso esvazia a plausibilidade jurídica das teses elencadas nas razões recursais, o que afoga, de reboque, a existência e comprovação do perigo da demora. Ademais, penso que há, em evidência, o perigo da demora invertido, que litiga a favor do ente público em causa, porque poderá ficar sem o fornecimento do serviço que tenta licitar desde o ano de 2021, consoante informação presente no seu portal eletrônico.

Salta ainda os olhos que o primeiro edital do pregão eletrônico foi publicado ainda em 2021, e, após sucessivas impugnações administrativas por pretensos candidatos, somente na iminência da sua realização é que a parte agravante tratou de impetrar o mandado de segurança, sem que sequer tenha manifestada a sua insatisfação administrativamente, assim como o fez os demais participantes, tal como registrado no portal eletrônico da EMAP.

Forte nessas razões, hei porque estou convencida em não confirmar a decisão proferida por Sua Excelência a Desembargadora Ângela Maria Moraes Salazar, funcionando nestes autos de agravo de instrumento em plantão judicial de segundo grau para, ao fim e a cabo, **INDEFERIR O PEDIDO DE LIMINAR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.**”

Desta maneira, no que tange ao tema abordado, não merece guarida o pedido de impugnação, tendo em vista que o edital reflete as disposições do art. 38 da Lei nº 13.303/2016.

### III – DA DECISÃO FINAL

Diante do exposto e pelas razões aqui apresentadas, para no mérito julgar IMPROCEDENTE a impugnação interposta pelo advogado **JORGE ALESSANDRO MIRANDA BARROS**, não havendo necessidade, nos pontos aqui apresentados, de reformulação do Edital.

São Luís/MA, 30 de junho 2022.

Maria de Fátima Chaves Bezerra  
Pregoeira da EMAP