

À Sra. Diretora-presidente da Imprensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro e ao Sr(a). Pregoeiro(a),

Ref. Edital de Pregão Eletrônico nº 05/2021

Processo nº SEI-150015/000517/2021

PRO-MEMORIA SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº **05.036.246/0001-37**, estabelecida a Rua Cezenando Braga, 25, São José, bairro, Fundão-ES CEP nº 29.185-000, representada por seu sócio, Sra. **Cinara de Windsor de Oliveira**, brasileira, solteira, CPF nº **883.695.956-34**, RG nº **MG6.063.071-(SSP/MG)**, vem, com amparo nas Lei nº 13.303/2016 e 10.520/2002, e no Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Imprensa Oficial – RILC – do Estado do Rio de Janeiro – IOERJ, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

de pregão eletrônico nº 05/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de apoio na área de gestão documental, compreendendo as etapas de preparação, remontagem, inventário de documentos em diversos suportes e formatos, indexação, arquivamento e desarquivamento de caixas contendo documentos, inspeção, conversão, licenciamento de software de gerenciamento de custódia de documentos físicos, licenciamento de software de gerenciamento eletrônico de documentos nas instalações da IOERJ, ou externamente no ambiente do órgão detentor dos documentos a serem digitalizados, tudo conforme o edital e seus anexos.

I. INTRODUÇÃO

1. Após uma leitura detida das exigências insculpidas no instrumento convocatório, não é outra a conclusão a que se pode chegar: o edital de pregão eletrônico nº 05/2021 incorre em ilegalidades e vícios incapazes de serem dirimidos através de meros esclarecimentos.
2. Há inconsistências que inibem a competitividade, através do estabelecimento de exigências de habilitação indevidas e, também, circunstâncias que impedem a elaboração de uma proposta de preços precisa, determinadas obrigações que incorrem na famigerada ingerência indevida na condução dos negócios da futura contratada.
3. Dessa forma, a primeira linha de defesa aos licitantes, antes de solicitar ao Poder Judiciário ou aos órgãos de controle sua competente atuação, é a apresentação de impugnação ao edital em questão, de forma que os vícios e ilegalidades aqui mencionados sejam solucionados, com vistas a uma disputa justa e eficiente, garantidora da proposta mais vantajosa a esta entidade.

II. DA TEMPESTIVIDADE

4. Conforme o art. 9º da Lei nº 10.520/2002 c/c art. 9º e 67, parágrafo primeiro, II, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da IOERJ, na contagem dos prazos estabelecidos, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, sendo o prazo para impugnações de 2 dias úteis. No caso, o raciocínio de contagem funciona da seguinte forma: o dia de início da contagem regressiva – a data de abertura das propostas –, é desconsiderado, devendo-se contar os dias úteis de forma decrescente e se incluindo o dia útil final.
5. Essa forma de contagem já era entendimento há muito sedimentado no Tribunal de Contas da União. No Voto condutor do Acórdão n.º 1.871/2005-Plenário, o Ministro Walton Alencar Rodrigues acolheu a manifestação da Unidade Técnica, sem prejuízo de outros entendimentos nesse sentido (Acórdãos nºs 2.625/2008, 539/2007, 1.406/2006 e 1.981/2005):

O primeiro ponto apontado pela unidade técnica refere-se ao não-conhecimento de impugnações ao edital em virtude de suposta intempestividade. Como a data para o recebimento das propostas era o dia 10/8/2005 (quarta-feira), nos termos do art. 12 do Decreto n.º 3.555/2000, que prevê a possibilidade de impugnação do edital até dois dias úteis antes dessa data, o prazo para a impugnação seria até o dia 8/8/2005 (segunda-feira). Nesse dia, a empresa Orion protocolou sua impugnação administrativa, a qual foi considerada intempestiva. A FUB alegou a não-aplicação do art. 110 da Lei n.º 8.666/1993, que disciplina o método de cálculo do prazo, pois ele somente seria aplicado aos recursos administrativos, contidos no art. 109 do mesmo diploma legal. Entretanto, tal interpretação colide com os termos do próprio art. 110, que prevê sua aplicação aos 'prazos estabelecidos nesta Lei', não sendo pertinente adotar tal aplicação restritiva. Por conseguinte, houve interpretação equivocada do pregoeiro, que pode ser considerada como restrição à participação no certame de potencial licitante, cabendo determinação corretiva à FUB, nos termos propostos pela 6ª Secex.

6. Sendo assim, considerando o prazo de dois dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública, 28/09/2021 (data do certame, conforme art. 67, §1º, II, do RILC), que deve ser excluída por ser o dia do início em uma contagem regressiva, a apresentação de impugnação aos termos editalícios tem como data limite o dia 24/09/2021 (inclusão do dia de vencimento). Por conseguinte, esta manifestação se mostra tempestiva.

III. DO EFEITO SUSPENSIVO

7. É fato notório que a apresentação de esclarecimentos e impugnações a editais de licitação não possuem efeito suspensivo como regra geral, não implicando necessariamente na paralisação do procedimento.

8. Entretanto, a atribuição de tal efeito se faz necessária, como será demonstrado a seguir. O ato de suspensão do certame licitatório para análise da impugnação ao edital tem, reiteradamente, evitado o fracasso de centenas de licitações, bem como impedido a propagação de polêmicas desnecessárias que culminam quase sempre em ações judiciais e contendas intermináveis, inviabilizando contratações e dificultando a implementação das aquisições/serviços pelos órgãos licitantes.

9. A análise prudente, imparcial e responsável da impugnação ao edital pela entidade promotora da licitação gera, comprovadamente, o aumento da competitividade e, por consequência, do número de propostas vantajosas que resultam em economia ao Erário, até porque grande parte das impugnações visam corrigir imperfeições do ato convocatório que invariavelmente cerceiam, ainda que não intencionalmente, a participação de empresas do ramo do objeto licitado.

10. Como há uma série de questões a serem debatidas, aclaradas e corrigidas na condução deste torneio licitatório, não há tempo hábil para a apresentação de respostas capazes de ilidir os argumentos que ora se apresentam. Ademais, com a proximidade da abertura das propostas, caso a licitação não seja suspensa, restará impossibilitada a apresentação de proposta inicial válida e capaz de arcar com todas as obrigações desta futura avença contratual, visto haver circunstâncias que inibem a competitividade indevidamente.

11. Portanto, na forma do artigo 24, do Decreto Federal nº 10.024/2019 c/c artigo 100 do RILC do IOERJ, pugna-se pela atribuição de efeito suspensivo ao presente certame.

IV. DO MÉRITO

a) Do indevido sigilo do orçamento

12. O artigo 99 do RILC do IOERJ estatui que o sigilo do orçamento estimado ou do preço de mercado da contratação **não se aplica** aos procedimentos de contratação de **objetos comuns** realizados por Pregão. Todavia, a licitação em tela configurou seus preços como sigilosos.

13. Ainda que haja previsão na lei nº 13.303/2016, em seu artigo 34, da possibilidade de o gestor liberar a divulgação do orçamento, conforme procedimento prévio de justificação durante a etapa de preparação ou fase interna do certame, o próprio

regulamento do IOERJ dispõe expressamente que nas licitações com vistas à contratação de objetos comuns, não se aplicaria o sigilo do orçamento. O regulamento de licitações, portanto, norma superior ao edital, já tomou a decisão, pelo administrador público, acerca da opção de divulgar ou não o orçamento estimado.

14. Também não restam dúvidas acerca da natureza de objeto comum nesta contratação (art. 95, I, RILC). Tanto que a licitação será julgada pelo menor preço (art. 84, §1º, RILC), através de um Pregoeiro e não por uma Comissão Especial de Licitação (obrigatoriedade de julgamento por esta última para objetos não comuns, art. 12, VII, RILC).

15. O sigilo do orçamento prejudica a competitividade, ainda mais após uma análise detida dos limites a que a Administração se propõe a pagar, especialmente em relação aos preços unitários, frente a enormes incertezas e obscuridades existentes na configuração da prestação dos serviços. Não se trata de mera formalidade ou capricho, em nome de pretensa maior competitividade.

16. O item 5.1 do Termo de Referência estatui que o serviço de Gestão Documental será executado internamente no ambiente das instalações disponibilizadas pela IOERJ, no endereço a ser informado pela CONTRATANTE, ou externamente no ambiente detentor dos documentos a serem digitalizados, no Estado do Rio de Janeiro, em qualquer dia ou horário. Tal norma fora relativamente espelhada no item 20.13 do edital, da seguinte forma:

Os Serviços poderão ser executados na Rua Professor Heitor Carrilho, 81, Centro, Niterói, RJ ou em qualquer outro endereço designado pela IOERJ, desde que localizado no Estado do Rio de Janeiro de Janeiro

17. Os itens lidos em conjunto apontam para uma escolha, por parte do licitante, ao ofertar sua proposta, em escolher entre realizar as operações diretamente nas dependências da Contratante, trazendo para a localidade toda a infraestrutura exigida no edital, especialmente os scanners previstos no item 9.4 do Termo de Referência, **ou nas dependências da Contratada**, sendo que esta última opção implica em possuir uma unidade de prestação de serviços localizada dentro do Estado do Rio de Janeiro.

18. Em que pese a boa vontade da Administração em proporcionar uma ampla competitividade, caso seja escolhida a opção pelas dependências do IOERJ, ainda que seja localizada no Estado do Rio de Janeiro, por ser uma área geográfica extremamente grande, fundamental o estabelecimento, previamente, acerca das localidades possíveis além da própria sede do Contratante, localizada no Município de Niterói, uma vez que impossibilita a formulação de proposta minimamente válida, porquanto apresentou no edital, como localidade de prestação de serviços, “outro endereço designado pela IOERJ”.

19. Pode-se perceber que não houve nem o detalhamento dessas possíveis localidades, muito menos a frequência de necessidade de tais serviços fora da sede da Contratante, horários mais utilizados, que possam ao menos balizar minimamente o valor mínimo unitário dos serviços. No que tange à localidade, por sua obviedade, nem deveria haver necessidade de questionar o instrumento convocatório, isso porque o Estado do Rio de Janeiro é enorme! Quanto ao horário, haveria demandas durante o

período noturno? Qual seria **a frequência de demandas, de acordo com os dados históricos da Contratante, obtidos através de seus estudos técnicos preliminares, em tais horários?** A ausência desses critérios afeta a formulação de uma proposta minimamente séria, daí porque é necessária a ampla divulgação do orçamento estimado.

20. O ilustre Ministro do TCU, Ministro Benjamin Zymler, em sua obra “Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018”, ensina que a utilização do orçamento sigiloso pode **ter efeitos indesejáveis**, pois, ante a fragilidade na obtenção de seus custos, **os licitantes podem embutir incertezas no valor de suas propostas, aumentando-o** (ZYMLER *et al.*, 2018, p. 139). Isso, obviamente, implica em dizer que a disputa não será isonômica, muito menos favorece o julgamento objetivo do certame e a economicidade.

21. Aproveitando-se do posicionamento do TCU no regime do RDC,

o gestor da empresa estatal deverá ponderar se, no caso concreto, realmente é vantajosa a adoção do orçamento sigiloso “em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e cuja parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referência explícita no Sinapi/Sicro” (TCU, Acórdão nº 3011/2012 – Plenário, TC-017.603/2012-9, rel. Valmir Campelo, data da sessão 8 nov. 2012).

22. O julgado em tela é importante pois possibilita fazer uma analogia com o presente caso. Sabe-se que nas obras e serviços de engenharia são utilizadas as tabelas de referência SINAPI/SICRO, tudo conforme o artigo 3º do Decreto federal nº 7.983/2013. Todavia, quando não há identificação nas citadas fontes de referência, pode-se estar diante de uma demanda pouco comum, em relação a tais tipos de objeto.

23. A contratação em tela não é parametrizada e não possui parâmetros divulgados de tempos em tempos, com custos unitários e suas respectivas composições amplamente postos ao conhecimento da sociedade por sistemas oficiais de custos. Nessas circunstâncias, a Administração é obrigada a realizar a pesquisa com no mínimo três empresas, ou em contratações similares na Administração Pública, com objeto semelhante. Esta, por si só, não representa uma fonte confiável, uma vez que em cada prestação de serviços de gestão de documentos há uma peculiaridade que a faz distinta (um equipamento diferenciado, localidades com dificuldades logísticas e técnicas específicas, horários reduzidos de possibilidade de trabalho nas dependências da Contratante, etc.), já aquela é fato notório que, sozinha, nem sempre é confiável também, especialmente por saberem que a destinação do orçamento é uma licitação.

24. Assemelha-se, pois, o julgado do TCU, onde havia sigilo do orçamento em obras sem tabelas oficiais de referência com a presente licitação. Isso porque a assimetria dos preços orçados pela Administração e aqueles estimados pelos licitantes, nesses casos, resultou no fracasso de diversas licitações.

25. Além disso, aumenta-se a possibilidade de que todas as empresas apresentem propostas com valores superiores ao valor estimado da contratação fixado pela empresa estatal e recusem-se a ajustar a proposta na fase de negociação, gerando **licitações fracassadas**.

26. Por fim, o edital não disciplinou, ainda que pudesse ser admitido o sigilo, em manifesto descompasso com o RILC, conforme demonstrado neste tópico, o momento pelo qual será divulgado o orçamento estimado, com vistas à negociação ou aceitabilidade da proposta provisoriamente classificada em primeiro lugar, se logo após a fase de lances, ou somente quando da adjudicação do objeto.

27. Diante da ilegalidade frente ao RILC, que não prevê a possibilidade de sigilo do orçamento nas licitações que se destinam a contratações de objetos comuns, bem como a jurisprudência do TCU e doutrina, requer-se a correção de tal vício, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico vigente.

b) Da configuração dos scanners

28. O item 9.4 do edital faz exigência das especificações técnicas dos scanners profissionais que serão utilizados na prestação dos serviços. Muito embora não seja uma exigência de habilitação, ainda assim é requisito que oneraria o futuro Contratado, inviabilizando uma competição isonômica.

29. Todos os equipamentos possuem uma cláusula de comprovação de equipamento “novo e sem uso anterior”, não explicitando quais razões motivariam tal exigência. É sabido que tais equipamentos não possuem valor de mercado baixo, especialmente em seu conjunto, mas não há dúvidas que o tempo de vida útil de tais equipamentos ultrapassaria facilmente cinco anos.

30. Ademais, a capacidade técnico-operacional dos licitantes é aferida conforme o conteúdo de seus atestados, passados por pessoas jurídicas de direito público ou privado, limitados às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo, e conforme quantitativos mínimos. Dessa forma, exigir que os equipamentos sejam 100% novos em nada modificaria a produtividade dos serviços ou alteraria a experiência pretérita.

31. Salvo nos casos de quebras contínuas, circunstância que será objeto de fiscalização contratual e até justificaria a troca imediata do equipamento, exigir que a prestação dos serviços seja operada com equipamentos 100% novos é inibidora da competitividade e deve ser rechaçada de plano. Trata de regramento derivado diretamente da Carta Magna, em seu art. 37, XXI,

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:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

32. Por fim, mas não menos importante, caso o licitante opte em prestar os serviços nas dependências da Contratante, como a própria Administração não especificou todos os locais onde será necessária a prestação do serviço, fica inviável o estabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, ou seja, impossível o oferecimento de proposta, sem saber se a cada novo local será necessário implementar o mesmo número de scanners.

33. Sendo assim, requer-se que sejam especificadas todas as localidades onde será necessária a montagem da estrutura incluindo os equipamentos scanners, além da exclusão de que estes sejam 100% novos, por ser cláusula inibidora da competitividade.

c) Da indevida restrição à participação de empresário individual

34. O item 6.1.1. do edital veda a participação de empresário individual na presente licitação. Não foram demonstradas, nem no edital, nem no termo de referência, as razões para tal restrição. Acredita-se, pois, que tenha vindo alguma motivação junto à elaboração dos estudos técnicos preliminares, mas ainda assim, não possui qualquer justificativa com base na lei.

35. Talvez a Administração tenha confundido a figura do empresário individual com a do microempreendedor individual, que possui limitação de contratação de um empregado, conforme disposto no art. 18-C da Lei Complementar nº 123/2006, e alterações, além de restrição com relação às atividades empresariais que este pode desenvolver. Todavia, não é possível confundir uma espécie com o gênero.

36. Empresário individual é aquele que escolhe administrar, abrir sua empresa e desenvolver sua atividade de forma isolada, ou seja, sem a participação de sócios. Para o empresário individual não há separação patrimonial da empresa e do empresário. Isso significa que não existe a limitação da responsabilidade.

37. Caso esta fosse a fundamentação da Administração para a vedação, é ainda um critério extra de garantia contratual, pois o empresário responderá não somente com os bens patrimoniais da empresa propriamente dita, mas também com seu próprio patrimônio pessoal. Ademais, o empresário individual não possui qualquer vedação de contratação de funcionários para a prestação dos serviços objeto da licitação.

38. Quanto ao regime de tributação, o Empresário Individual poder ter um faturamento anual máximo muito maior, podendo chegar até a R\$ 360 mil, sendo considerado ME (Microempresa) ou até 4,8 milhões sendo EPP (Empresa de Pequeno Porte), isso se enquadrar no regime do Simples Nacional. Ainda há a possibilidade de estar no Lucro Presumido, e aí o limite sobe para R\$ 78 milhões!

39. Na tentativa de entender as razões para tal vedação, muito embora não seja obrigatória a utilização dos modelos de editais da PGE-RJ, conforme disposto no sítio <<https://pge.rj.gov.br/entendimentos/minutas-padrao/02-editais-modalidade-pregao>>, pode-se perceber nos editais para contratação de serviços da Procuradoria Estadual do Estado do Rio de Janeiro não haver qualquer tipo de restrição nesse sentido.

40. Sabe-se, contudo, que o RILC estabeleceu, em seu artigo 284, um prazo de 180 dias para a elaboração de suas próprias minutas-padrão, por parte da Assessoria Jurídica desta entidade da Administração Indireta, tudo por força do artigo 40, III, da Lei nº 13.303/2016. Essas minutas devem seguir o disposto no artigo 31 da lei federal,

especialmente os princípios da igualdade e da eficiência, o que não foi observado no presente caso.

41. Ora, alijar o empresário individual da disputa é restringir a competitividade sem qualquer critério legal ou técnico que embase a tomada de decisão. Tal qual a uma sociedade empresária de responsabilidade limitada, o empresário individual também é obrigado a ter um sistema de escrituração contábil.

42. De acordo com o artigo art. 1.179 do Código Civil, o empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e a demonstração de resultado econômico. Ou seja, possuem as mesmas obrigações contábeis.

43. Sendo assim, pugna-se pelo levantamento de tal restrição impeditiva da competitividade, por alijar participantes e favorecer indevidamente tipos empresariais, sem qualquer respaldo técnico ou jurídico.

d) Da indevida restrição à participação de microempresa

44. O item 6.5.1. estabelece outra restrição ilegal, ao impedir a participação de microempresa em razão do limite para enquadramento disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, considerando-se o capital mínimo exigido no item 12.2.3.1.4.

45. Outra circunstância que é atingida pelo orçamento sigiloso é o fato de que o item 12.2.3.1.4. estabelece um requisito de qualificação econômico-financeiro – aparentemente vinculado de forma equivocada, uma vez que o correto seria o apontamento ao item 12.2.3.1.3., uma vez que o item 12.2.3.1.4. seria complementar a este – ao exigir do licitante vencedor a comprovação de possuir patrimônio líquido correspondente a no mínimo 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação. De plano, pode-se perceber a ausência de critério objetivo de julgamento, que merece reforço quanto ao tópico do sigilo do orçamento.

46. Pois bem, o instrumento convocatório, portanto, confunde os conceitos contábeis de capital mínimo, patrimônio líquido e receita bruta. Em linhas bem gerais, capital social é o valor que os sócios ou acionistas estabelecem para sua empresa no momento da abertura. É a quantia bruta que é investida, o montante necessário para iniciar as atividades de uma nova empresa, considerando o tempo em que ela ainda não vai gerar lucro suficiente para se sustentar.

47. O capital social é o patrimônio líquido inicial da companhia, mas capital social e patrimônio líquido não possuem o mesmo significado. Quando a empresa começar a acumular seus próprios recursos, o capital social será apenas uma parte do patrimônio líquido. Conforme a empresa for funcionando, o patrimônio líquido – também chamado de capital próprio – irá juntar ao capital social outros valores, como os lucros e as reservas.

48. Já o conceito de receita bruta pode ser extraído do art. 3º, §1º, da LC/123/2006 e alterações, ao estatuir ser o produto da venda de bens e serviços nas operações de

conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

49. Para se enquadrar como uma microempresa, portanto, basta ter obtido uma receita bruta, no ano-calendário anterior, no montante total igual ou inferior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Ora, não é possível vincular os conceitos de receita bruta e patrimônio líquido, por serem distintos. Nada impediria que uma empresa possua um patrimônio líquido que atenda às exigências insculpidas no edital, ou seja, 10% do valor base estimado da contratação, mas que tenha obtido uma receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$360.000,00, circunstância que geraria o desenquadramento de EPP para ME, por exemplo. Dessa forma, estaria o edital alijando possíveis concorrentes que atenderiam aos requisitos de habilitação.

50. Ademais, insta salientar que a receita bruta e o patrimônio líquido encontram-se em dois relatórios gerenciais financeiros distintos de uma entidade empresarial: este, no balanço patrimonial; aquele, na DRE. Em resumo, DRE e balanço patrimonial são dois tipos de relatórios gerenciais financeiros que até tem similaridades entre si, mas que possuem suas características próprias. Enquanto a DRE traz a relação de receitas e despesas da empresa, o Balanço Patrimonial busca fazer um levantamento dos passivos e ativos da empresa.

51. Ainda que uma empresa tenha obtido prejuízo em determinado exercício, o que poderá afetar diretamente a receita bruta total e o desenquadramento de EPP para ME no exemplo supra, ainda assim poderá ter patrimônio líquido suficiente para atender às exigências do instrumento convocatório.

52. Diante de todo o exposto, requer-se a exclusão de tal restrição, passando-se a permitir a participação de microempresas na licitação, uma vez que o edital faz restrição indevida e ilegal, sem qualquer respaldo jurídico ou técnico.

e) Da qualificação técnica – do percentual de 50% e da ausência de definição das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo

53. O instrumento convocatório exige que o licitante comprove ter executado o quantitativo mínimo de 50% (cinquenta por cento) das etapas descritas no item 2.2. Dessa regra decorre a circunstância de que nos atestados deverá haver o registro de todas as parcelas de execução do objeto, em total descompasso com o artigo 91, §1º do RILC do IOERJ.

54. Isso porque não foram definidas as parcelas de maior relevância técnica e econômica do escopo da licitação (escopo qualitativo), além do que o percentual de 50%(escopo quantitativo) não é uma regra de ouro infalível, que não possa acarretar em inibição da competitividade.

55. Em relação ao aspecto qualitativo (as parcelas relevantes da execução do objeto), importante salientar a necessidade do estudo da planilha da licitação, utilizando-se a regra de Pareto ou curva ABC, para a determinação da parcela de maior relevância técnica e valor significativo. Após ultrapassada essa fase de definição, adentrar-se-ia no critério quantitativo, por onde a jurisprudência do TCU admite exigências de até 50%, necessitando, obviamente **justificar o estabelecimento desse percentual.**

56. Caso, por exemplo, verifique-se, através de um estudo da planilha de custos, que a parcela de maior relevância sejam os serviços de preparação de documentos, considerando-se que em um mês estão previstas a quantidade de 1.515.000 unidades de serviço, a entidade poderia promover exigências de que o(s) atestado(s) apresentem quantitativos, no mínimo, em 12 meses, de até 9.090.000 unidades de serviço de preparação de documentos (50% do quantitativo total previsto para ser executado em um ano).

57. Contudo, deve-se ter em mente que o percentual permitido pelo TCU e conforme a redação do próprio RILC (**limitada a 50%** dos quantitativos de tais parcelas, ou seja, **até 50%**), para se exigir nos atestados de capacidade técnica, o máximo 50%, deve haver justificativa robusta, porquanto não se tratar de uma regra de ouro infalível, ou seja, não deve ser uma regra geral sem uma justificativa técnica. **Mesmo tais quantitativos podem se mostrar desarrazoados** e frustrarem a competitividade, conforme o caso concreto, ainda que determinados conforme o máximo admitido pelo TCU. Nesse sentido.

*(...) A lei de Licitações e Contratos não traz expressamente quais os percentuais de exigência que devem ser adotados. É a jurisprudência do TCU que evoluiu no sentido de considerar elevados percentuais acima de 50% (Acórdãos 1.284/2003 - TCU - Plenário e 2.088/2004 - TCU - Plenário, Decisão 1.640/2002 - Plenário). Nessas decisões, o TCU enfatizou que o estabelecimento de percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço deveria estar tecnicamente justificado no processo administrativo anterior ao lançamento do edital, ou no próprio edital e seus anexos, uma vez que tais percentuais poderiam potencialmente prejudicar e restringir indevidamente a competitividade do processo licitatório. Ao contrário do que asseverou a unidade instrutiva, entendo evidente que, a contrario sensu, a exigência de que o licitante comprove a anterior execução de serviços equivalentes a 50% do quantitativo total estimado da contratação afigura-se, a princípio, plenamente razoável. Ressalte-se que as deliberações do TCU não são no sentido de exigir justificativas tecnicamente explicitadas no processo administrativo anterior ao lançamento do edital em todos os casos de exigência de comprovação de qualquer percentual dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, mas tão somente daqueles em que os percentuais mínimos estiverem acima de 50%. **Não desconheço que, eventualmente, em algum caso concreto, o percentual de 50% pode se mostrar excessivamente restritivo e inadequado.** (...) (Acórdão 492/2012, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues). grifei*

58. Há, inclusive, uma importante Súmula do TCU sobre o tema:

*SÚMULA Nº 263 Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que **limitada, simultaneamente,** às **parcelas de maior relevância e valor significativo** do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. grifei*

59. A consequência lógica para a retificação deste ato é a necessária republicação do edital, conferindo-se igual prazo anteriormente verificado, após a correção de tais vícios pela Administração, em atendimento ao princípio da autotutela administrativa, de forma que não necessite qualquer tutela judicial para a correção de tal impropriedade,

devendo a Administração definir a parcela de maior relevância técnica e valor significativo, inicialmente, para em seguida verificar as razões que justifiquem os percentuais máximos de 50% ou a redução deste percentual, a incidir sobre as parcelas de maior relevância.

f) **Da indevida exigência de registro ou inscrição da licitante no Conselho Regional de Biblioteconomia – CRB**

60. O edital apresenta, em seu item 12.2.5.4., a exigência de que os licitantes possuam registro ou inscrição junto ao Conselho Regional de Biblioteconomia – CRB, conforme estabelecido pela Resolução CFB nº 307/1984. A norma infralegal, por sua vez, teria como substrato legal a Lei nº 4.084/1962, o Decreto nº 56.725/1965 e a Lei nº 6.839/1980. Muito provavelmente, a previsão, pela Administração, no corpo do edital, acerca de tal exigência, teria vindo para atender ao estatuído em seu RILC, no art. 91, I.

61. Porém, a previsão/possibilidade de se fazer tal exigência somente faz sentido, quando se contrata um serviço de engenharia ou obra, sendo natural a exigência de inscrição no CREA, CAU ou CFT, conforme o caso. Exigir a inscrição em outros Conselhos Profissionais deve ser um ato praticado pela Administração com extrema cautela. Como se verá a seguir, a atividade de bibliotecário não guarda relação com o objeto da licitação.

62. No que tange à necessidade de inscrição de determinada empresa em Conselho Profissional, o Superior Tribunal de Justiça tem corroborado o entendimento acerca do **critério da atividade preponderante da empresa**:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - COMPLEMENTAÇÃO DAS CUSTAS INICIAIS - CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO APÓS A SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO E COBRANÇA DE ANUIDADES DE PROFISSIONAIS E PESSOAS JURÍDICAS DA ÁREA DE INFORMÁTICA - DESCABIMENTO - LEI nº 4.769/1965' (RESP nº 496.149/RJ)

'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO E COBRANÇA DE ANUIDADES DE PROFISSIONAIS E PESSOAS JURÍDICAS DA ÁREA DE INFORMÁTICA - DESCABIMENTO - LEI 4.769/1965 - RESOLUÇÃO NORMATIVA CFA 125/92.

*1. A jurisprudência firmou entendimento de que é a **atividade preponderante do profissional ou da empresa que determina qual o conselho que tem competência para a fiscalização.***

2. A atividade preponderante do profissional da área de informática é a utilização de sistemas e aplicativos (que têm base teórica específica, técnicas, metodologias e ferramentas próprias) a serem utilizados via computadores ou outros meios eletrônicos.

3. O art. 2º da Lei nº 4.769/1965, ao enumerar as atividades privativas do administrador, não faz qualquer referência às atividades desenvolvidas pelo pessoal da área de informática, tendo a Resolução Normativa CFA nº 125/1992 exorbitado da previsão legislativa.' (RESP nº 488.441/RS) grifei

63. O Tribunal de Contas da União tem igual entendimento, chegando a constituir enunciado de jurisprudência no Acórdão nº 4608/2015-Primeira Câmara, data da sessão 18/08/2015, Relator Ministro Benjamin Zymler:

Nas licitações públicas, é irregular a exigência de que as empresas de locação de mão de obra estejam registradas no Conselho Regional de Administração, uma vez que a obrigatoriedade de inscrição de empresa em determinado conselho é definida em razão de sua atividade básica ou em relação àquela pela qual preste serviços a terceiros, nos termos do art. 1º da Lei 6.839/1980.

64. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região também possui entendimento semelhante:

REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE BIBLIOTECONOMIA. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA.

1. Remessa necessária da sentença que julgou procedente o pedido de inexistência de obrigação do autor em inscrever-se nos quadros do Conselho Regional de Biblioteconomia, e declarou a nulidade de auto de infração.

2. O critério legal adotado para a obrigatoriedade de registro, junto aos conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional específico, é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa, na forma da Lei nº 6.839/80.

3. A parte autora desempenha, predominantemente, atividades básicas de arrecadação e administração dos recursos financeiros para o custeio dos proventos de aposentadoria, pensões e outros benefícios, concedidos aos servidores do Estado, que não se relaciona com àquela fiscalizada pelo Conselho de Biblioteconomia.

4. Espaço fiscalizado não caracterizado como biblioteca, mas sim como um espaço multiuso para leitura e preservação da memória da Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro. Desnecessidade de contratação de profissional registrado no Conselho.

5. Inexistência de infração a justificar a lavratura de auto e infração e aplicação da multa.

6. Reexame necessário desprovido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas: decidem os membros da 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao reexame necessário, na forma do voto do Relator. 1 Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2016 (data do julgamento). (Tribunal Regional Federal da 2ª Região TRF-2 - Reexame Necessário : REOAC 0014596-29.2014.4.02.5101 RJ 0014596-29.2014.4.02.5101, Relator: LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO Desembargador Federal)

65. Ao exigir o instrumento convocatório que as empresas estejam necessariamente inscritas no Conselho Regional de Biblioteconomia, excluiu-se a possibilidade de atuação de profissionais arquivistas, formados em Arquivologia. O portal da Universidade Federal do Espírito Santo define com propriedade a atividade de arquivologia <<https://arquivologia.ufes.br/o-que-e-arquivologia>>:

O termo "Arquivologia" designa, ao menos na América Latina, o campo de estudos correspondente à área internacionalmente consolidada e conhecida como Archival Science. Essa área também é reconhecida por Archivistics/Arquivística e Archival Studies. Os objetos de maior abrangência deste saber são, nomeadamente: os Sistemas de Informação Arquivística (Archival Information Systems); a Documentação Técnica (Technical Documentation), o Processamento arquivístico (Archival processing); a Administração de Arquivos (Archive Administration); os Sistemas de Gerenciamento de Registros (Recordkeeping Systems); e a Gestão de Documentos (Records Management). Disciplinas

especializadas têm sido desenvolvidas para resolver problemas relacionados à processos informacionais e à documentação, assim trata-se de uma subárea da Ciência da Informação alocada na grande área de Comunicação e Informação desde 2017.

66. Pode-se perceber que as atividades objeto (gestão documental) da presente contratação não são exclusivas de bibliotecários, podendo ser exercida não só por estes, mas também, e principalmente, por arquivistas. Ademais, é a atividade preponderante dos licitantes que indicará a necessidade de inscrição nesse conselho exigido pelo edital ou não, sendo certo que a Administração jamais poderia ter operado tal exigência ilegal, fazendo uma exigência genérica para que todos possuam esse registro, por constituir em restrição indevida e inibidora da competitividade.

67. A saída para a Administração, de forma a evitar que apareçam empresas sem o conhecimento e a *expertise* necessária é a exigência da **qualificação técnico-profissional**. Dessa forma, o licitante vencedor apresentará à Administração um bibliotecário ou um arquivista, que será o responsável técnico na prestação dos serviços.

68. Dessa forma, pugna-se pela retirada da exigência de inscrição no Conselho Regional de Biblioteconomia dos licitantes, uma vez que não possui fundamento legal para a sua manutenção.

g) Da inadequada exigência de exclusão do Simples Nacional

69. O item 12.6.2. exige das empresas de pequeno porte (deve-se acrescer a previsão também de microempresas na licitação, conforma já explanado) que apresentem outra Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme o regime tributário que irá optar (lucro real ou lucro presumido), uma vez que não poderá se beneficiar do regime tributário favorecido.

70. Tal exigência é explicada pelos itens 14.7 e 14.7.1., ao demandar a comprovação à CONTRATANTE, da exclusão do regime, por exercer atividade de cessão de mão de obra, tudo conforme o art. 30, II, da LC 123/2006. O art. 17 da citada lei traz um rol de atividades que não podem usufruir do regime tributário e, em seu inciso XII, apresenta a atividade de cessão ou locação de mão de obra.

71. Para o debate do tema, deve-se trazer a baila duas possibilidades de execução do objeto que o instrumento convocatório permite: a prestação dos serviços nas dependências da Contratante ou nas dependências da Contratada. Em relação a esta última, não restam dúvidas ser tal exigência de exclusão do Simples Nacional completamente ilegal, devendo o edital fazer expressa menção a essa possibilidade, na eventual hipótese de se manter tal cláusula, uma vez que não haveria dúvidas acerca de não haver cessão de mão de obra.

72. Portanto, o objeto de discussão do presente tópico se refere à obrigação de exclusão, caso o licitante vencedor decida prestar os serviços nas dependências da Contratante. Inicialmente, cumpre alertar que o objeto contratado não exige a alocação de postos de trabalho na prestação de serviços, tal qual quando se contrata postos de vigilância, de copeiro ou de recepção, por onde tais profissionais cumprem jornadas sob o regime de dedicação exclusiva à tomadora dos serviços.

73. A determinação da quantidade de pessoal alocado para a prestação dos serviços, bem como seus horários de trabalho, folgas e demais ordens são atribuições da licitante que virá a ser contratada, sendo que a remuneração do contrato está baseada em unidades de serviço executada e não em números de horas trabalhadas pelos profissionais. Logo, pode-se perceber não haver qualquer semelhança com a atividade de cessão ou locação de mão de obra.

74. O TCU, inclusive, através do Exmo. Ministro Relator Benjamin Zymler (ACÓRDÃO 3066/2020 – PLENÁRIO, data da sessão: 18/11/2020) assevera que o regime de dedicação exclusiva de mão de obra (terceirização) é assim qualificado pela Instrução Normativa SEGES 5/2017, em seu art. 17, a saber:

Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que:

I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços;

II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e

III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

75. Ainda que a instrução normativa não seja norma cogente para esta entidade estadual, a construção de tal norma foi fruto da jurisprudência consolidada por todos os tribunais de contas do País. Apenas pela sua simples leitura, pode-se já perceber que as atividades do contrato não possuem tais características.

76. Tanto é assim que o RILC do IOERJ, em seu art. 188, prevê a repactuação de preços, como forma de reajuste dos preços, quando a Administração estadual está diante de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, em vez do reajuste em sentido estrito, através de índices. Ora, o item 15.7 do instrumento convocatório prevê a utilização do índice do IPCA/IBGE, o que demonstra ser um serviço sem dedicação exclusiva de mão de obra.

77. Muito embora não seja uma decisão judicial, a SOLUÇÃO DE CONSULTA INTERNA COSIT Nº 4, DE 28 DE MAIO DE 2021, originária da DIVISÃO DE TRIBUTAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NA 4ª REGIÃO FISCAL, debateu o tema, quando deu o entendimento administrativo acerca do que se entende sobre a expressão “colocação à disposição”, prevista na Lei nº 8.212, de 1991, art. 31, § 3º. Ficou consignado, portanto, o seguinte:

64. Com base no exposto, conclui-se que a expressão “colocação à disposição” prevista na [Lei nº 8.212, de 1991](#), art. 31, § 3º, denota a condição de disponibilidade da mão de obra, ou seja, a mão de obra estará disponível, respeitados os limites do contrato. A única potestade implícita nessa partícula é que o tomador terá ao seu dispor a mão de obra conforme contratado, o que poderá ser constatado pelo poder de requisitá-la, pelo cumprimento de jornadas, cumprimento de metas ou por outros eventos que, como esses, consubstanciem a disponibilidade da mão de obra. Portanto, não é necessário qualquer poder de gerência/direção do tomador do serviço sobre os trabalhadores que executam a tarefa prestada com cessão de mão de obra para sua caracterização, muito embora a

existência de poder dessa natureza seja elemento indiciário de que há cessão de mão de obra, podendo, assim, ser levado em consideração para a aferição de sua ocorrência.

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=118023>> Acesso em 22/09/2021

78. Acerca da decisão administrativa do órgão tributário federal, pode-se verificar o entendimento de que, na cessão de mão de obra, o tomador do serviço possui poder de requisitar a mão de obra, exigir o cumprimento de jornadas, dentre outras circunstâncias que acarretem sua **disponibilidade**. Muito embora tenha sido reconhecido que a existência ou não do poder de gerência/direção do tomador não seria um ponto fulcral para descaracterizar a ocorrência da cessão de mão de obra, pois bastaria apenas a mera disponibilidade de mão de obra, conforme previsto no contrato, a sua existência seria um elemento indiciário da existência da cessão de mão obra.

79. Pode-se concluir, portanto, diante das peculiaridades desse contrato, de que não há qualquer circunstância que configure a cessão ou locação de mão de obra da Contratada na opção pela execução do serviço nas dependências da contratante, mas sim uma contratação por escopo, com objeto definido, sem qualquer vínculo ao número de profissionais envolvidos, suas jornadas, etc, remunerando-se a Contratada pelos serviços executados.

80. Para por uma pá de cal no assunto, tomemos como exemplo a simples prestação de serviços de pintura, por onde a Administração remuneraria o metro quadrado de parede pintada. Ora, se o licitante disponibilizar, durante 60 dias, cinco pintores ou dez pintores, não importaria pois não teria havido dedicação exclusiva de mão de obra, uma vez que o escopo e a consequente obrigação era a parede pintada e não a mera disponibilidade de mão de obra.

81. Por conseguinte, não haveria qualquer obrigatoriedade de a Administração exigir a comunicação à Receita Federal pela exclusão do regime do Simples Nacional, uma vez que não passará a ceder ou locar mão de obra, mesmo na hipótese de opção pela prestação dos serviços nas dependências da Contratante. Sendo assim, pugna-se pela retirada de tais cláusulas inibidoras da competitividade, uma vez que obriga a saída de um regime simplificado tributário ao licitante vencedor, sem qualquer substrato legal fundante.

V. DOS PEDIDOS

82. Diante de todo o exposto, faz-se necessária uma ampla reformulação dos requisitos estabelecidos pelo IOERJ para a escolha da proposta mais vantajosa, especialmente quanto ao princípio do julgamento objetivo, da isonomia, da competitividade, além de outros princípios expressos nos seus regulamentos, bem como nos entendimentos do TCU.

83. Para tanto, requer, inicialmente, **seja conhecida a presente impugnação, por ser tempestiva, atribuindo-se efeito suspensivo a presente solicitação.**

84. Registre-se, por fim, que os vícios aqui mencionados poderão ser objeto de discussão junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e ao Poder Judiciário,

pois estes, quando cuidadosamente acionados, caso não acatado este requerimento administrativo, serão o último *front* de defesa da da legalidade e da justiça!!!!

Termos em que pede deferimento.

Serra, 22 de Setembro de 2021.

Cinara de Windsor de Oliveira

<assinado digitalmente>

RG nº MG6.063.071-(SSP/MG)