

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SÃO PAULO – CAU/SP

**Ref.: Pregão Eletrônico Nº 90001/2024
Processo Administrativo 00179.003786/2023-80**

A Voetur Turismo e Representações Ltda., entidade de classe inscrita no CNPJ sob nº 01.017.250/0001-05, com sede no SCN, Quadra 05, Bloco A-50, Sala 417, Ed. Brasília Shopping and Towers, Asa Norte, Brasília – DF, CEP: 70.715-900, vem a Vossa Senhoria, respeitosa e tempestivamente, formular **IMPUGNAÇÃO** ao edital em referência, pelos fatos e fundamentos a seguir.

IMPUGNAÇÃO

aos termos do Edital em referência, o que o faz pelas razões de fato e de direito a seguir expostos:

1. DA TEMPESTIVIDADE

Considerando a sessão do pregão no dia , tem-se como tempestiva a presente impugnação neste dia , conforme aplicação da Lei nº 14.133/2021.

2. DAS CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS ESSENCIAIS

A ora Impugnante pede vênia para, inicialmente, requerer a Vossa Senhoria que considere que os temas de ordem constitucional, legal, para pregão de agenciamento de viagens, temas que serão adiante apresentados, caminha para sérios litígios entre os licitantes e o ente público e entre os próprios licitantes, porque o que se tem em discussão é algo novo e que precisaria de análise efetiva e motivação de resposta congruente.

3. DO MÉRITO

A impugnação tem como objeto dispositivo da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), especificamente, os critérios de desempate previstos no artigo 60, e seus incisos da Lei nº14.133/2021.

"Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:
I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;
II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;
III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;
IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle."

Menção presente no Edital:

"6.21.1. Havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, e na falta de regulamento específico sobre cada tema, a análise do desempate será feita da seguinte forma:

6.21.1.1. disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação; 6.21.1.1.1. no caso de empate no valor mínimo permitido pelo sistema Compras.gov (R\$ 0,0001), não será possível a apresentação de nova proposta com redução do valor, devendo-se seguir para o próximo critério de desempate;

6.21.1.2. avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

6.21.1.2.1. enquanto não for disponibilizado o sistema de registro cadastral unificado previsto no inciso I do § 3º do art. 174, da Lei 14.133/2021, a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes será feita utilizando o SICAF, nos termos do Comunicado nº 1/2023 - Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), e o desempenho será avaliado pelo CAU/SP da seguinte forma:

a) Cada licitante em condição de empate iniciará a disputa com 1000 (mil) pontos;

b) As ocorrências no Relatório de Ocorrências Ativas do SICAF do licitante serão descontadas da pontuação inicial, conforme abaixo:

a. Para cada advertência será descontado 1 (um) ponto;

b. Para cada multa serão descontados 3 (três) pontos;

c. Para cada período com suspensão/impedimento de licitar e contratar serão descontados 5 (cinco) pontos;

d. Para cada declaração de inidoneidade para licitar ou contratar serão descontados 10 (dez) pontos;

c) Para cada atestado de capacidade técnica apresentado serão somados 3 (três) pontos;

d) A pontuação final será obtida pela fórmula a seguir: $PF = 1000 - ((A * 1) - (M * 3) - (S * 5) - (I * 10)) + (ACT * 3)$

Onde:

PF - Pontuação Final

A – Quantidade de advertências

M – Quantidade de multas

S – Quantidade de ocorrências com suspensão/impedimento de licitar e contratar

I – Quantidade de declarações de inidoneidade para licitar ou contratar

ACT – Quantidade de atestados de capacidade técnica

6.21.1.3. desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, nos termos do art. 5º, do Decreto nº 11.430, de 8 de março de 2023;

6.21.1.3.1. enquanto não for expedido o ato de que trata o § 2º do art. 5º, do Decreto nº 11.430/2023, as ações de equidade serão avaliadas pelo CAU/SP com a seguinte documentação, nesta ordem:

a) Para os incisos I e II, do § 1º do art. 5º: Declaração que demonstre medidas de inserção, de participação e de ascensão profissional igualitária entre mulheres e homens, incluída a proporção de mulheres

em cargos de direção do licitante, com relatório de empregados e os cargos que ocupam;

b) Para o inciso III, do § 1º do art. 5º: Folha de pagamento com demonstração de pagamentos de salários iguais para homens e mulheres na mesma função, conforme a Lei nº 14.611/2023;

c) Para os incisos IV e V, do § 1º do art. 5º: Cópia de manual/cartilha compartilhado internamente, com termo de ciência/compromisso dos empregados em relação às informações do material;

d) Para o inciso VI, do § 1º do art. 5º: Declaração de que as ações em saúde e segurança do trabalho consideram as diferenças entre os gêneros, com cópia do material de conscientização compartilhado internamente, ou comprovante de treinamento interno e termo de ciência/compromisso dos empregados em relação às informações do material;

6.21.1.4. desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle. 6.21.2. Persistindo o empate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por: 6.21.2.1. empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

6.21.2.2. empresas brasileiras;

6.21.2.3. empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

6.21.2.4. empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.”

O dispositivo supramencionado no inciso II do artigo 60 da Lei nº 14.133/2021 não especifica qual registro cadastral deverá ser utilizado para fins de avaliação de desempenho.

Assim, é o entendimento do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos através da Nota Técnica SEI nº 32094/2023/MGI:

(...)

5. Sendo o que cumpria relatar, passa-se à análise.

6. Em que pese o inciso II do art. 60 não trazer expressamente a necessidade de regulamentação, entende-se, em uma leitura conjunta com o art. 87, que tal preferência será regulamentada junto com o registro cadastral unificado, a fim, justamente, de evitar que cada órgão

coloque balizas de avaliação de desempenho que não tenham previsão na legislação.

7. Nesse sentido, enquanto não for editado regulamento para o Sistema de Registro Cadastral Unificado, resta prejudicada a utilização do inciso II do art. 60 como critério de desempate, devendo ser observados os demais critérios do art. 60. Tendo em vista não haver o regulamento, resta prejudicada a elucidação das dúvidas 2 e 3.

8. Quanto ao regulamento, informa-se que o órgão responsável é esta Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

9. Ressalta-se ainda que, conforme processo estabelecido nesta Diretoria, a interlocução e o diálogo com as partes interessadas, acerca dos normativos decorrentes da nova lei de licitações, em especial ao Registro Cadastral Unificado, seja de extrema importância para obtermos um regulamento mais adequado aos princípios que norteiam o processo licitatório.

Corroborando o entendimento a Advocacia Geral da União - NOTA n. 00033/2023/CGPE/SCGP/CGU/AGU:

(...)

Dessa forma, concluímos no mesmo sentido da Secretaria de Gestão e Inovação, ou seja, "em que pese o inciso II do art. 60 não trazer expressamente a necessidade de regulamentação, entende-se, em uma leitura conjunta com o art. 87, que tal preferência será regulamentada junto com o registro cadastral unificado, a fim, justamente, de evitar que cada órgão coloque balizas de avaliação de desempenho que não tenham previsão na legislação", a fim de garantir maior segurança jurídica e uniformização quando da sua aplicação. A esse respeito, incluo também os seguintes artigos jurídicos:

"Os indeterminados critérios de desempate na Lei nº 14.133/2021", por Guilherme Carvalho, doutor em Direito Administrativo, mestre em Direito e Políticas Públicas, ex- procurador do Estado do Amapá, em Consultor Jurídico. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-jul-23/licitacoescontratosindeterminados-criterios-desempate-lei-14133>

“Lei 14.133/21: desempate pela "avaliação do desempenho contratual", por Laércio José Loureiro dos Santos, mestre em Direito pela PUC/SP, procurador municipal, em Consultor Jurídico. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-mai-12/laerciosantos-desempate-avaliacao-desempenho-contratual> .

“Anotações de desempenho na lei 14.133/21: hipóteses, características e forma de aplicação” por Guilherme F. Dias Reisdorfer, Doutorando e Mestre em Direito Administrativo – USP, em Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/380652/anotacoes-dedesempenho-na-lei-14-133-21-hipoteses-ecaracteristicas>.

E ainda, o manual, Pregão Eletrônico pela Nova Lei de Licitações – Manual Operacional Visão Fornecedor, do Compras.gov.br, versão 1.1 de dezembro de 2022, disponível em:

https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/manuais/in-no73-de-2022-manuais-do-criterio-menor-preco-ou-maiordesconto/Manual_Pregao_Eletronico_fornecedor_v1.1.pdf, que dispõe o seguinte:

Os critérios de desempate previstos nos incisos II e III do art. 60 da Lei n. 14.133, de 2021, ainda serão regulamentados pelos órgãos competentes.

No entanto, o artigo 87, caput, estabelece que, “os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento e não no SICAF.

E, o artigo 88 esclarece que o registro cadastral levará em conta indicadores objetivamente definidos e auferidos:

"Art. 88. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei. § 1º O inscrito, considerada sua área de atuação, será classificado por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial.

§ 2º Ao inscrito será fornecido certificado, renovável sempre que atualizar o registro.

§ 3º A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.

§ 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral".

Considerando que, o Superior Tribunal de Justiça, em 2022, citou em julgamento de mandado de segurança em licitação que não cabe ao agente público efetuar interpretação sem previsão expressa em lei, sobretudo quando resulta em restrição de direitos:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE CAMPUS UNIVERSITÁRIO.

EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE FINANCEIRA DA EMPRESA. COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por empresa que se sagrou vencedora em licitação para construção de outra etapa do campus da Universidade Federal de Cariri/CE, mas fora informada, posteriormente, que o referido contrato não seria assinado, em razão da impetrante encontrar-se em recuperação judicial.

II - Ordem concedida, decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal a quo em grau recursal, sob o principal fundamento de não caber à Administração, em consonância com o princípio da legalidade, interpretar restritivamente quando assim a lei não dispuser.

III - Sem negar prima facie a participação de empresa em processo de licitação pela exigência e apresentação de Certidão Negativa de Débitos (CND), aplica-se à vontade expressa pelo legislador da Lei de Recuperação Judicial, viabilizando, de forma efetiva, à sociedade empresária a superação da crise econômico-financeira"

(AgInt no REsp n. 1.841.307/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/12/2020).

IV - Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem registrou a presença de situação fática peculiar de que a empresa comprovou possuir capacidade econômico-financeira para honrar o contrato, concedendo a ordem pleiteada.

V - Recurso especial improvido. (REsp n. 1.826.299/CE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 5/12/2022.) "

Considerando, o Princípio Fundamental dos OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA:

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político".

Considerando, O OBJETIVO FUNDAMENTAL de garantir o desenvolvimento nacional:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

E, ainda, dentre os DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, o princípio da reserva legal pela proibição de pena sem prévia cominação legal, o da exigência de lei para interdição de direitos, proibição de pena de caráter perpétuo, o direito do contraditório e da ampla defesa

"XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;
- (...)

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- (...)

V - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes";

Considerando, ainda a determinação expressa da obediência do PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, pela administração pública:

"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":

Considerando que a Constituição Federal assegura a preservação da concorrência como PRINCÍPIO GERAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA:

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

- I - Soberania nacional;
- II - Propriedade privada;
- III - Função social da propriedade;
- IV - Livre concorrência; (...)"

Sendo que, a ausência de simetria pode acarretar grave INSEGURANÇA JURÍDICA no âmbito das contratações públicas.

Diante da ausência de regulamentação sobre qual espécie de registro cadastral deverá ser utilizado para fins de desempate entre as propostas apresentadas, não poderá o agente público interpretar a lei e, ainda, optar pelo tipo de registro

cadastral que irá utilizar, resultando em discriminação entre empresas ou as colocando em situação de desigualdade.

Ainda sim, não se pode admitir critério de avaliação de fatos, dados ou informações ocorridas antes da entrada em vigência da Nova Lei de Licitações ou da regulamentação legal.

Enquanto não houver a regulamentação, os agentes públicos não poderão utilizar os critérios de desempate insculpidos no artigo 60, incisos II e III, da nova Lei de Licitações.

E o que essa impugnante está alegando, é o fato de que não existe até hoje o regramento para esses dois incisos do artigo da lei a ser aplicado.

Por isso, o assunto é mais sério que parece, porque haverá severos conflitos de interpretações entre licitantes, por exemplo, com defesa de teses para vários lados, no sentido de que tantas ou quantas advertências ou multas prevalecem ou não sobre uma suspensão de direito de licitar ou uma declaração de inidoneidade, além de se criar discussões obras sobre aplicação de regra de lei nova, a Lei nº 14.133/21, sobre fatos passados, do regime da Lei nº 8.666/93.

O direito de petição, do artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, exige análise dos argumentos e motivação congruente, conforme os artigos 3º, inciso III, 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99 (Processo Administrativo Federal).

Com a máxima vênia, não há motivação expressa ou fundamento de fato e de direito.

Desse modo, há urgente necessidade de que o pregão seja suspenso e se encaminhe o feito a consultoria jurídica para ter um parecer que confira a linha de segurança jurídica (artigo 2º da Lei nº 9.784/99) para se prosseguir no certame, até porque, do contrário, não se terá a isonomia do artigo 37 da Constituição federal e nem a igualdade de tratamento, do inciso XXI, do mesmo artigo constitucional, porque a definição de quem verse sobre quem ocorrerá subjetivamente, no momento do pregão e de modo pessoal e privilegiado, já que não existem regras prévias para a situação alertada.

4. DO PEDIDO

Assim, requer seja acolhida a impugnação para que o pregão seja suspenso e este processo seja encaminhado à consultoria jurídica para que se defina, com devida precisão como será o exato modo de aplicação quanto aos incisos II e III do artigo 60 da Lei nº 14.133/21 em relação às mais variadas situações do uso do SICAF, bem como do desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho (SELO EMPRESA AMIGA DA MULHER – Lei nº 14.682/2023, ainda não regulamentada) que vão surgir no pregão e que o item 6.21.1.2.1 do edital não resolve, até porque não há regulamentação ministerial para a matéria.

Caso o entendimento seja o de manter os critérios de desempate, que não possa utilizar nenhum registro efetuado após a entrada em vigor da lei 14.133 para fins de pontuação.

Termos em que requer deferimento.

Brasília-DF, 19 de março de 2024

Documento assinado digitalmente
gov.br REGIANE SOARES DA SILVA
Data: 19/03/2024 14:36:06-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Voetur Turismo e Representações Ltda.
Regiane Soares da Silva
Procuradora