

Ao Ilmo. Diretor da Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo

Referência: Processo no 72100.000388/2022-45

GUILHERME DAHER, brasileiro, casado, advogado, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasília – Seccional Distrito Federal, sob o no 49.716, estabelecido no endereço SCRN 716, Bloco B, no 34, sala 203, Asa Norte – Brasília-DF, CEP 70770-620, com endereço eletrônico guilhermedaher.adv@gmail.com, vem, com fundamento no art. 109, I, da Lei nº 8.666/93, interpor o necessário

RECURSO HIERARQUICO IMPRÓPRIO

Em oposição à Decisão -- Impugnação no 13/PRG/DGC/PRES pelas razões que passo a expor.

I – PREELIMINARES

Com fito em propiciar o reexame da decisão EMBRATUR que decidiu negar os pedidos impugnatórios e manter o procedimento licitatório através de edital *irregular*, antes de *judicializar* o feito, me dirijo – muito respeitosamente - à instância superior da própria EMBRATUR para que possa reexaminar a decisão inferior sob todos os seus aspectos.

Frisa-se que os objetos que se fazem objeto da Impugnação **não se tratam** de *materiais e suprimentos* - como quer classificar o órgão demandante da EMBRATUR com fundamento na I.N. nº 05/2017.

De outra via, o afastamento do art. 40, da lei 14.133/2021 realizado pela área responsável da EMBRATUR é **manifestamente controversa**. Por óbvio, a contratação pretendida enquadra-se como *compras*, na medida que requer a compra “casada” de objetos divisíveis através de um contrato de *serviço*.

Com relação a tentativa de desconstituir a divisibilidade do objeto pelas Súmulas apresentadas pela área responsável, por razão evidente, é incontroverso o fato dos objetos serem divisíveis.

Por fim, foi citado o pregão 10/2021 do Ministério de Minas e Energia como modelo. Neste ponto, cabe ressaltar que o edital citado está em processo de representação no Tribunal de Contas da União, por conter vícios análogos ao edital EMBRATUR *sob análise*.

II – IMPUGNAÇÃO

Ao Ilmo. Diretor de Gestão Corporativa da
Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo,
Sr. Edson Cavalcante de Queiros Junior

Referência: Processo no 72100.000388/2022-45

GUILHERME DAHER, brasileiro, casado, advogado, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasília – Seccional Distrito Federal, sob o no 49.716, estabelecido no endereço SCRN 716, Bloco B, no 34, sala 203, Asa Norte – Brasília-DF, CEP 70770-620, com endereço eletrônico guilhermedaher.adv@gmail.com, vem, com fundamento no item 22.2 do edital, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 13/2022

em face de irregularidades que passo a expor.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Conforme dicção do art. 24 do Decreto no 10.024/2019, o prazo para impugnar o edital no pregão eletrônico é de 3 (três) dias úteis anteriores à data da abertura da sessão pública, que no presente caso, está marcada para a data 18/07/2022.

Sendo esta impugnação protocolada à data de 06/07/2022, faz-se perfeitamente tempestiva.

II – DOS FATOS

À data de 27/06/2022 foi publicado pela Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo, o edital do Pregão Eletrônico no 13/2021, para contratação de empresa especializada na prestação de serviços continuados de copeiragem, em apoio às atividades administrativas, com fornecimento de mão de obra, materiais de consumo,

utensílios e máquinas.

Ocorre que tal edital, com a devida vênia, contém um erro substancial, que atenta contra sua regularidade. Trata-se da aquisição do fornecimento de bens de consumo não acessórios, como aquisição de CAFÉ e CHÁ, aos serviços continuados de copeiragem, conforme segue abaixo:

ATRIBUIÇÕES DO(A) COPEIRO(A):

ATRIBUIÇÕES DO GARÇON:

DOS MATERIAIS INCLUÍDOS NO EDITAL:

Claramente, o agrupamento atenta contra o art. 40 da lei 14.133/2021, bem como o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU.

Tal vício, além de prejudicar a isonomia entre licitantes, prejudica, mais ainda, a própria Administração Pública, que não conseguirá alcançar, de fato, a principal finalidade da licitação, que é a obtenção da melhor proposta.

III – DO DIREITO

De acordo com o art. 40, da Lei 14.133/2021, in verbis:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: I - condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

...

V - atendimento aos princípios: b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

...

§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

Cabe destacar que não há perda de economia de escala, redução de custo ou vantagem na contratação no agrupamento em tela, considerando que a empresa de prestação de serviço revende e/ou subcontrata produto (CAFÉ e CHÁ) de empresa que

exerce esta atividade econômica.

A esse respeito, o TCU possui, inclusive, a Súmula no 247, que coloca o fracionamento como regra nas contratações, in verbis:

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 que se proíbe (na jurisprudência do TCU e agora na nova lei) é que o fracionamento seja usado como burla para o enquadramento indevido de dispensas em função do valor.

Por não atendimento ao art. 40 da lei 14.133/2021 c/c a súmula 247 desta corte, requer o recebimento da presente Impugnação, com fito em apurar a irregularidade demonstrada.

IV – DO CUMPRIMENTO LEGAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em atendimento às boas práticas administrativas e atendimento a lei, a Administração Pública adquire os fornecimentos dos bens de consumo à parte, garantindo a ampla participação de licitantes, vantajosidade econômica e evitando – principalmente – a CONCENTRAÇÃO DE MERCADO.

Tal informação pode ser confirmada através de recente Pregão Eletrônico operado pelo Tribunal Regional Federal da 1o Região – P.E. no 19/2022, Código UASG 090027, PAe/SEI no 0005998-05.2021.4.01.8000 – sessão pública realizada dia 05/07/2022 às 14h00, in verbis:

Serve como modelo o Edital de Pregão Eletrônico no 13/2022, Código UASG no 200024 realizada pela Procuradoria Regional do Trabalho da 10o Região, que teve como objeto a contratação dos respectivos materiais de consumo, regularmente divididos por itens, na seguinte configuração:

Portanto, como se pode ver, a forma como os itens de materiais de consumo formam agrupados nela EMBRATUR no Edital de Pregão Eletrônico n.º 13/2022 violam a Lei do Pregão e, muito mais, a finalidade da obtenção da melhor proposta, maculando, ainda, a competitividade isonômica entre os licitantes.

V – DOS PEDIDOS

Em face do exposto, requer-se que a presente impugnação seja recebida e julgada procedente, procedendo-se com a retiradas dos itens citados acima (e demais itens de consumo), a saber objetos: Açúcar, Café, Chá e Adoçante, para que sejam licitados em cumprimento aos ditames legais, por serem incontroversamente divisíveis.

Por fim, requer-se que seja determinada nova publicação do edital ora impugnado, por força do art. 21, § 4o, da Lei 8.666/93.

Neste termos, pede deferimento.

Brasília-DF, 06 de julho de 2022.
GUILHERME DAHER
OAB/DF 49.719
ADVOGADO

II – DO JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO

AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO INTERNACIONAL DO TURISMO
SCN Quadra 2 - Bloco G, - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70712-907
Telefone: 61 2023-8500 - <http://www.embratur.com.br>
Decisão – Impugnação no 13/PRG/DGC/PRESI

Brasília, 07 de julho de 2022.

JULGAMENTO IMPUGNAÇÃO

Processo Licitatório No 72100.000388/2022-45
Modalidade de Licitação: Pregão Eletrônico no 13/2022

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços continuados de copeiragem, em apoio às atividades administrativas, com fornecimento de mão de obra, materiais de consumo, utensílios e máquinas, para atender às necessidades da Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo – EMBRATUR, em Brasília/DF, conforme as quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento e detalhamento dos serviços/Bens descritos no Termo de Referência, Anexo I deste Edital.

1. DA PRELIMINARES

1.1. Trata-se de peça impugnatória apresentada por cidadão comum, doravante denominado impugnante referente ao Pregão Eletrônico no 13/2022, com fundamento no item 22.2 do edital .

1.2. O Pregoeiro da Embratur, no exercício das suas atribuições regimentais e por força dos art. 24o, § 1o, do Decreto no 10.024, de 20 de setembro de 2019 e subitem 22.2.2. do edital, apresenta para os fins administrativos a que se destinam suas considerações e decisões acerca da impugnação recebida em 06/07/2022, por e-mail, após pronunciamento da área envolvida.

Decreto 10.024/2019

§ 1o A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado do data de recebimento da impugnação. Edital 13/2022

22.2.2. Caberá ao Pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do Edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de 2 (dois) dias úteis, contados a partir da data de recebimento do pedido de impugnação;

2. DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

2.1. Nos termos do disposto no caput do art. 24 do mencionado Decreto 10.024/2019 e do subitem 22.2 do referido edital 13/2022, decai do direito de impugnar os termos editalícios a licitante que não invocar até três dias úteis precedentes à data prevista do certame.

Decreto 10.024/2019 Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão = pública. Edital 06/2021

22.2. Qualquer pessoa poderá solicitar a impugnação dos termos do Edital do pregão, por meio do endereço eletrônico pregoeiro2@embratur.com.br, em qualquer horário, ou presencialmente, por petição dirigida ou protocolada no endereço SCN Quadra 02 Bloco G, Brasília-DF – CEP 70.712-90, das 09:30h às 12:00h e das 14:00h às 17:30h, na forma prevista no Edital, em até 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

2.2 Foi o presente pedido de impugnação enviado através do e-mail pregoeiro2@embratur.com.br, no dia 06/07/2027 as 09.08, de acordo com o supracitado subitem 22.2 do Edital.

2.3. Assim, tendo em vista que a abertura da licitação referente ao Pregão Eletrônico nº 13/2022 está previsto para o dia 18/07/2021 e considerando que, na contagem de prazos, não se computa o dia do início, constata-se que o prazo para impugnar o ato convocatório do Pregão encerra-se no dia 13/07/2021, conforme disposição constante no artigo 110 da Lei 8666/93:

“Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.”

“Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.”

2.4. No caso em questão, a realização da sessão dar-se-ia no dia 18 de maio de 2022 (segunda- feira), portanto, por ter sido enviado dentro do prazo, resta patente a tempestividade ocasionando a admissibilidade da presente impugnação.

3. DA IMPUGNAÇÃO

3.1. Em linhas gerais, a impugnante contesta o agrupamento da aquisição do fornecimento de bens de consumo não acessórios, como aquisição de CAFÉ e CHÁ, aos serviços continuados de copeiragem.

4. DO PEDIDO

4.1. A impugnante vem requerer os seguintes pedidos:

Em face do exposto, requer-se que a presente impugnação seja recebida e julgada procedente, procedendo-se com a retiradas dos itens citados acima (e demais itens de consumo), a saber objetos: Açúcar, Café, Chá e Adoçante, para que sejam licitados em cumprimento aos ditames legais, por serem incontroversamente divisíveis.

Por fim, requer-se que seja determinada nova publicação do edital ora impugnado, por força do art. 21, § 4o, da Lei 8.666/93.

5. DA APRECIÇÃO PELA ÁREA RESPONSÁVEL

5.1. Por se tratar de impugnação referente ao objeto do referido pregão, segue manifestação fundamentada da área responsável.

Em atendimento ao Despacho 135 (0445633) esta Coordenação de Infraestrutura e Serviços vem informar e requerer o que segue.

Tendo em vista o encaminhamento da Impugnação (0445627), foi realizada a análise do referido documento e entendemos que a solicitação NÃO PROCEDE, pelos fatos descritos a seguir.

Preliminarmente, podemos destacar o disposto pela Instrução Normativa 05/2017 que define, em seu anexo I, o item insumos, qual seja:

"X - INSUMOS: uniformes, materiais, utensílios, suprimentos, máquinas, equipamentos, entre outros, utilizados diretamente na execução dos serviços." (grifo nosso)

Não obstante, o anexo VII-D - MODELO DE PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS, prevê em seu item B - MATERIAIS DO MODULO 5, onde se identifica a utilização dos insumos na composição das propostas das empresas participantes do certame.

Diante disso, resta apurado que a Instrução Normativa 05/2017, prevê de forma clarividente a utilização dos insumos na composição dos preços das propostas.

O art. 40, da Lei 14.133/2021 trata de COMPRAS realizadas pelo ente público, no entanto, a contratação pretendida pela Agência trata de SERVIÇO, notadamente um objeto diferente do que versa o referido artigo, inviabilizando a sua utilização para justificar a aceitação do pedido de impugnação movida pela licitante.

Outrossim, é imperativo citar o disposto pela Súmula 247, do egrégio Tribunal de Contas da União (TCU) que versa o seguinte:

"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 dispendo 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." (grifo nosso)

Pelo acima exposto resta claro que, a súmula trata de objetos DIVISIVEIS, no entanto, a contratação

pretendida é de postos de trabalho (garçom e copeira), tornando inviável a realização de um pregão por item, visto que, isso infringiria o princípio da economicidade para Administração.

Nesta senda, o Acórdão 1214/2013 do TCU, em seu item 9.1.16 dispõe que:

"Deve ser evitado o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom, sendo objeto de parcelamento os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática."

Quanto à certames que se utilizam deste modelo de contratação, podemos citar o Pregão Eletrônico SRP no 10/2021 do Ministério de Minas e Energia, inserido nos autos, que contém o fornecimento de suprimentos nos Subitens 7.4.1, 9.1.2.1, 9.1.2.1 e 9.1.7 do Anexo I – Termo de Referência.

Ademais, o pedido de impugnação versa sobre o edital 13/2021, no entanto, o referido edital trata da contratação de empresa para fornecimento de mobiliários permanentes, portanto, não faz referência ao objeto da contratação de empresa especializada em serviços de copeiragem, tal como se refere o edital 13/2022.

Portanto, por tudo acima exposto esta Coordenação de Infraestrutura e Serviços, recomenda a NÃO ACEITAÇÃO do pedido de impugnação do edital 13/2022.

6. JULGAMENTO DO MÉRITO - MODELO DE CONTRATAÇÃO

6.1. Os contratos de prestação de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra do prestador, o principal item de custo é a remuneração dos empregados que serão alocados na execução da atividade, acrescido dos encargos sociais e trabalhistas que a legislação determina. Somam-se, ainda, os custos dos benefícios mensais e diários concedidos aos trabalhadores, os custos dos insumos diversos, materiais e equipamentos utilizados na execução dos serviços. Sobre essa base de cálculo devem ser aplicados os percentuais do LDI (custos indiretos, lucro e tributos).

6.2. Nesses termos, outra não é a finalidade da planilha de custos e formação de preços senão detalhar os componentes de custo que incidem na formação do preço dos serviços.

6.3. Daí porque o preenchimento da planilha deve refletir o efetivo encargo financeiro que decorre dos componentes de custos que oneram a execução do serviço, de modo a tornar factível a análise de aceitabilidade/exequibilidade de sua proposta pelo pregoeiro.

6.4. Nesta seara, podemos afirmar que este modelo de contratação, previsto na IN MPOG 05/2017, não acondiona a venda de insumos (uniformes, materiais, utensílios, suprimentos, máquinas, equipamentos, entre outros, utilizados diretamente na execução dos serviços) para a administração, pois assim, elevaria o preço final de sua planilha que por conseguinte, fatalmente inviabilizaria o sucesso em se consagrar vitorioso no certame.

6.5. Ao contrário os custos dos insumos diversos seriam minimizados no intuito de se garantir um melhor preço a ofertar, trazendo assim para a administração a economicidade tão pretendida em certames licitatórios.

6.6. Assim, face o exposto pela área demandante, resta claro e evidente que restou

comprovado que os argumentos trazidos coadunam com o modelo de contratação aplicado ao pregão em comento.

6.7. Pois bem, de acordo com manifestação da área responsável pela elaboração do Termo de Referência e dos méritos exposto por este pregoeiro, razão não assiste à impugnante.

7. DA DECISÃO

7.1. Assim, pelo acima exposto, tendo por base as justificativas apresentadas pela demandante do objeto, este pregoeiro segue os posicionamentos do setor, no sentido de se considerar NÃO ACOLHER A IMPUGNAÇÃO, nos termos aqui referido.

7.2. Não obstante o zelo da administração da Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo – EMBRATUR, sobretudo da área técnica, que procura estabelecer critérios para uma contratação segura, percebe-se, diante das informações prestadas, que objeto do edital, ora impugnado, não causam impacto no certame e nem a qualidade pretendida por esta Instituição.

7.3. Desta forma, decido pela não procedência da impugnação.

Dê-se ciência à Impugnante, após divulgue-se esta decisão junto ao site www.comprasgovernamentais.gov.br em sua ferramenta Comprasnet.

ROBERTO DOS SANTOS VASCONCELOS

Pregoeiro

III – DO PEDIDO

Pelo exposto, venho à presença de Vossa Senhoria, encaminhar o presente Recurso Hierárquico para que o pedido indeferido seja **novamente analisado** e julgado procedente, em razão dos vícios vinculados ao Edital.

Termos em que, respeitosamente, pede-se deferimento.

,

Brasília-DF, 07 de julho de 2022

GUILHERME DAHER
OAB/DF 49.719