

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>

EDITAL N° 02/2022

Processo n° 72100.001916/2020-11

ROBERTO LIPORACE NUNES DA SILVA, CPF n° 058.208.617-52, residente e domiciliado no Rio de Janeiro – RJ, cidadão brasileiro, com base no Manual de Licitações e Contratos da Embratur e no Edital de licitação (item 7.1), vem IMPUGNAR o certame em epígrafe, de acordo com os fatos e fundamentos a seguir apresentados.

Com efeito, pretende trazer temas para debate perante esta respeitosa entidade e assim afastar do presente procedimento licitatório tudo que for feito em extrapolação ao disposto na legislação, que igualmente contrasta com entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União - TCU em suas decisões.

De maneira objetiva, a presente manifestação, conforme fundamentação a seguir, indicará a possibilidade de mais ofertas à demanda da Embratur, bem como apontará necessidade de melhor apuração (e respeito às normas) no tocante à participação de empresas em recuperação judicial e requisitos de habilitação, a qual envolve o planejamento desta contratação.

A ampliação da competição neste certame não só é a materialização (e respeito pela Embratur) de princípios basilares da Administração, como também é dever do papel desempenhado por esta instituição tão respeitada no Brasil.

PRELIMINARMENTE

De início, há de se destacar que o presente pleito é tempestivo, uma vez que no próprio instrumento convocatório há menção expressa de cinco dias úteis antes da data marcada para a sessão pública (dia 14.09.2022). A fim de não restar qualquer

dúvida, esta empresa remete à Decisão n. 1.871/2005 do Tribunal de Contas da União – TCU:

23. A controvérsia, como salientado na instrução anterior dos autos, reside pois na interpretação que se dá a expressão 'até dois dias úteis antes'. A solução deve ser buscada na Lei n.º 8.666/93, aplicável subsidiariamente às licitações na modalidade Pregão, que, no caput do art. 110, estabelece o seguinte:

'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.' (grifamos)

24. No caso vertente, aplicando-se o art. 110 da Lei de Licitações, é evidente que o dia do recebimento da proposta (10/8/2005) deve ser considerado na contagem do prazo. Desta forma, assiste razão à empresa representante, já que não paira qualquer dúvida de que eventuais impugnações poderiam ter sido apresentadas até (inclusive) o dia 8/8/2005.

FATOS E FUNDAMENTOS

Sem embargo, destaca-se que não é intuito deste peticionante impedir ou simplesmente atrapalhar o normal trâmite do certame em tela, nem mesmo trazer dúvidas acerca da competência do trabalho exercida pela Embratur e por sua Comissão de Licitação ou questionar sem fundamentos suas decisões.

Manifesta-se o respeito pelo trabalho de toda a Comissão envolvida no presente processo, mas não se pode impedir que as divergências quanto ao entendimento de determinadas exigências sejam trazidas à tona.

Como dito anteriormente, busca-se apenas a observância dos princípios basilares que regem nossa Administração Pública, e que são expressamente previstos em nossa Carta Magna de 1988 e no art. 2º do Regulamento da Embratur, assim como que a necessidade da sua contratação, a qual se sabe que é de extrema urgência e importância, seja suprida da melhor maneira possível.

Em outras palavras, é corolário das contratações públicas que deve o certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, **ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a Administração e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.**

Acompanhado de sua necessária fundamentação, será a seguir analisado aquilo que tecnicamente pode ser ofertado com intuito de ampliar o rol de ofertas e, conseqüentemente, haver maior competição no certame.

a) Da ilegalidade em torno da impossibilidade de empresa em recuperação judicial participar do certame.

Há necessidade de revisão do Edital neste aspecto. Encontra-se em desconformidade à doutrina e jurisprudência sobre o tema. Pela leitura do mesmo, percebe-se o item 4.2.4 e exigência de Certidão Negativa de Falência como requisito de habilitação no certame, **havendo assim necessidade de permissão em torno de empresa em recuperação judicial participar do certame. Não há razão legítima para coibir a participação de tais empresas.**

Tendo a empresa reunido as condições de qualificação econômico-financeira, qual a motivação para vedação de participação?

E que fique claro que o próprio Tribunal de Contas da União e demais Tribunais Superiores **rechacem qualquer exigência de sentença homologatória do plano de recuperação judicial de empresa licitante ou qualquer ‘certidão de objeto e pé’, que nem mesmo prevista legalmente está.** Pensar desta forma é simplesmente decretar a ‘morte’ da empresa que tenta se recuperar de forma legítima e em conformidade à legislação e inovar na legislação sobre o tema.

Na verdade, o que se propõe aqui é que seja respeitado o que o TCU estabelece: que basta simples arcabouço documental que indique estar a empresa apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório. Seguem as recentíssimas decisões do TCU acerca do tema:

“Admite-se a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório. Representação formulada ao TCU por sociedade empresária apontou possíveis irregularidades no âmbito da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), relacionadas ao Pregão Eletrônico 27/2019, cujo objeto era a contratação dos serviços de dragagem de manutenção do canal de acesso e berços de atracação do Porto de Santos. A representante se insurgiu, entre outros pontos, contra item do edital que vedava a participação de empresas em processo de recuperação judicial. Para tanto,

citou a decisão da 1ª Turma do STJ no AREsp 309.867/ES, vazada nos seguintes termos: “2. Conquanto a Lei 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. (...) 4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação. (...) 7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica”. Ao apreciar a matéria, a unidade técnica considerou ser possível, em certames licitatórios, a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada sua viabilidade econômica e financeira. Para ela, “não se trata de vedar a exigência editalícia da certidão negativa de falência ou recuperação judicial, e sim a relativização durante a fase de julgamento, conforme o caso e as circunstâncias da fase do processo de recuperação judicial”, cabendo à empresa, em tal situação, demonstrar sua viabilidade econômica. A corroborar esse entendimento, destacou o Acórdão 8330/2017-TCU-2ª Câmara, do qual fora extraído o seguinte enunciado: “Em licitação que permita a participação de pessoas físicas e jurídicas para disputa do mesmo objeto, havendo para as pessoas jurídicas exigência de certidão negativa de falência, concordata ou recuperação judicial deve-se, também, em observância ao princípio da isonomia, exigir da licitante pessoa física a certidão negativa de insolvência civil expedida pela Justiça Estadual.”. Em seu voto, o relator enfatizou que a jurisprudência do TCU “converge para a admissão da participação de licitantes em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/1993”, a exemplo do Acórdão 8271/2011-TCU-2ª Câmara. Considerando que, no caso concreto, apesar da não republicação do edital com a supressão da cláusula que proibia a participação das empresas nessas circunstâncias, verificou-se ampla participação de licitantes, o relator concluiu que a impropriedade “não foi acompanhada de evidências de prejuízo à competitividade do certame”, tendo ainda sido obtido desconto significativo entre o valor da menor proposta e o valor do orçamento de referência. **Assim sendo, nos termos propostos pelo relator, o Plenário decidiu considerar a representação parcialmente procedente, sem prejuízo de dar ciência à entidade que, “em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei**

8.666/1993”.” Acórdão 1201/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo.

Como dito, na verdade, **basta arcabouço documental que indique estar a empresa apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório, mas sem tratar especificamente de ‘sentença homologatória’ do referido plano de recuperação judicial.**

No mesmo sentido, cumpre destacar a decisão paradigmática do E. STJ, a saber:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. 3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). **4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.**

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. 6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao

interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. 7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica. 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018). (grifo nosso).

Pelo exposto, requer-se a inclusão de possibilidade de empresa em recuperação judicial participar do certame, **afastar qualquer exigência em torno de ‘sentença homologatória do plano de recuperação judicial’, fazendo valer entendimento de que deve ser exigida documentação da empresa atestando a capacidade econômico-financeira, como por exemplo, certidão (despacho e/ou decisão) da instância judicial competente que autoriza a participação em certames licitatórios.**

b) Exigências Descabidas.

Alguns pontos deste Edital – ratificados por esclarecimentos - precisam ser urgentemente analisados e considerados por esta respeitosa Comissão.

Como já dito anteriormente, busca-se tão somente o respeito aos princípios basilares que regem nossa Administração Pública, e que são expressamente previstos em nossa Carta Magna de 1988, assim como que a necessidade da contratação por parte desta entidade, a qual se sabe que é de extrema urgência e importância, seja suprida da melhor maneira possível.

Em outras palavras, é corolário das contratações públicas que deve o certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, **ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a Administração e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.**

Dada a complexidade notória do objeto do certame e principalmente pela óbvia essencialidade aos objetivos da entidade, preliminarmente, é forçoso admitir que é papel da Administração Pública se precaver de possíveis licitantes “aventureiros” e

buscar uma competição onde os licitantes sejam, realmente, capazes de atender à complexidade da demanda trazida à tona com a esperada qualidade. A execução do referido contrato é, sem sombra de dúvidas, de suma importância para a continuidade das atividades aqui prestadas, e daí o elevado grau de exigência quanto à documentação a ser entregue.

Ao mesmo tempo, não obstante o grau elevado do limite imposto pelas condições de habilitação, **estas não podem ser confundidos de forma alguma como um instrumento de restrição à liberdade de participação e, da mesma forma, um obstáculo a uma oferta que atenda da mesma forma a demanda da Embratur.**

No tocante à descrição dos documentos de habilitação que devem ser entregues pela licitante, como exige Edital e Termo de Referência para efetivação da declaração como vencedora, há de ser ressaltado, de antemão, que a presente contratação deveria superar uma série de etapas até a elaboração do instrumento convocatório em tela. Até que este resultado tivesse sido alcançado, era necessário um planejamento para que se demonstrasse, ao menos, que a contratação agrega valor para Embratur e que qualquer risco tenha sido gerenciado a fim de que a contratação esteja alinhada com o planejamento da entidade.

Conforme se depreende, a mencionada norma estabelece “dever administrativo de planejamento sério e satisfatório acerca da futura contratação” (Marçal Justen Filho. Pregão – Comentários. 5 ed. 2009, p.96).

Sem rodeios, o planejamento é sem sombra de dúvida um fator determinante para o sucesso de qualquer contratação, e dessa forma, deve ser realizado de forma detalhada a fim de que a solução escolhida pela Administração seja a mais adequada possível diante da sua demanda específica.

O administrador, como agente público, representa não apenas o órgão ao qual está vinculado, mas em especial toda sociedade. Por isso mesmo, **deve pautar-se, na condução de um procedimento de contratação, pelos princípios da isonomia e da ampla competição, dentro outros tantos previstos no ordenamento pátrio.**

Qualquer tipo de exigência editalícia que viole as determinações legais acima em destaque, tornar-se-á, conseqüentemente, instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em certames licitatórios e desvio de igualdade entre os

interessados. Ao afastar e tornar impossível a competição entre um maior número de licitantes, a Administração estará longe de obter a proposta que é, realmente, a mais vantajosa.

No presente caso, vale o destaque de exigência de qualificação técnica que obriga a demonstração no item 11.2.3.5, confirmada em alguns esclarecimentos, sobre a necessidade de certificação da licitante junto à AMPRO - Associação de Marketing Promocional.

A Constituição deixa claro, em seu artigo 37, inciso XXI, visível determinação no sentido de que os requisitos de capacitação técnica das licitantes sejam reduzidas ao mínimo possível. Como ilustremente registrado por José Cretella Júnior, “apenas serão admitidas exigências absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação” (In Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ed. Forense Universitária, 2ª ed. p.2249).

Qualquer tipo de exigência editalícia que viole as determinações legais acima em destaque, tornar-se-á, conseqüentemente, instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em certames licitatórios e desvio de igualdade entre os interessados. Ao afastar e tornar impossível a competição entre um maior número de licitantes, a Administração estará longe de obter a proposta que é, realmente, a mais vantajosa.

O que deseja ser aqui trazido para debate é: por que exigir tal documento na habilitação e não apenas no momento da efetivação da contratação (ou até mesmo após trinta dias deste fato)?

Por que exigir, além do cadastro junto ao Ministério do Turismo – Cadastur – essa associação junto à entidade privada (AMPRO)?

Qual é o fundamento legal para, mesmo após a verificação em torno de Capacidade de Atendimento, Repertório, Relatos, ainda ter que exigir uma certificação que nem obrigatória é para a regular prestação de serviços de empresas cujo objeto social é *live marketing*?

Sobre o tema, é necessário destacar ensinamento de Marçal Justen Filho:

“É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. (...) A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. **Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.**”
Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed, Dialética, 2008 – p. 424.

Qual motivação jurídica para requerer qualquer tipo de vínculo com a Associação?

Ao haver tal direcionamento, convém destacar entendimento consolidado da Corte de Contas:

“Cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame devem ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação que indiquem a obrigatoriedade de inclusão de tais regras para atender às necessidades específicas do órgão, sejam de ordem técnica ou econômica”. Acórdão nº. 2441/2017 – Plenário TCU

Ou seja, pode não bastar saber se a empresa é capaz ou não de executar certo serviço com certa dimensão, acaba se tornando fundamental, nesse caso, que o objeto e a empresa que o oferta esteja vinculado à referida Associação.

Ocorre que exigência como essa, jamais pode ser imposta de maneira injustificada, sem motivação para tanto. Qualquer exigência de habilitação técnica, tem

de se apresentar apta e amplamente indispensável à aferição da idoneidade dos licitantes.

Há necessidade urgente de que esta entidade justifique tal exigência expressa, uma vez que apenas se entende como admissível quando houver legalidade para tanto.

Nesse caso, os licitantes que comprovarem possuir experiência anterior na execução de objeto semelhante ao licitado revelam-se capacitados a executar o contrato, independentemente de qualquer vínculo com seja lá qual for a Associação. E como visto, o próprio Cadastur também é exigido pela Embratur.

E ainda, vale destacar lição de Dora Maria de Oliveira Ramos (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Coord. Maria Sylvia Di Pietro, 5 ed, Malheiros, 2006 – p.149):

“Não pode a Administração em nenhuma hipóteses, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. Assim se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevador reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente reduzido deles, ilegal será a exigência (...)”.

A inexistência de parceria vigente – seja qual for o tempo dela – nada diz sobre a capacidade da empresa em executar o objeto licitado, mas apenas que tais partes (associadas e Associação) agem em benefício mútuo.

As parcerias decorrem de relações onerosas, isto é, ou a empresa que pretende ser parceira deve possuir determinadas licenças de determinado produto da outra parceira, ou deve dimensionar seus esforços de maneira a vender tais produtos. Seja qual for o caso, fica mais do que óbvio que a empresa parceira tem que arcar com custos que não implicam de maneira alguma em serviços de melhor qualidade. Ressalta-se: se já não bastasse tal previsão sem qualquer justificativa documentada no instrumento convocatório, não há qualquer utilidade diante da manifesta superficialidade atestada por uma Associação parceira que em nada acrescenta à qualificação técnica da licitante. Imputa-se a um terceiro, não participante do processo licitatório, a responsabilidade pela escolha daquele que executará os serviços.

Assim, não comprovada a necessidade e utilidade, não há óbices para que se conclua pela frustração do caráter competitivo do certame, porque estão afastados injustamente contratados que têm totais condições de satisfazer o objeto licitado, mas não consegue concorrer por conta de exigência contratual claramente restritiva, e que não condiz com a busca por proposta mais vantajosa.

Há de ressaltar mais uma vez o fato de que não existe qualquer justificativa para sua inserção no Termo de Referência e Edital. Isto é, inexistente qualquer motivação para que a empresa que se apresente para este certame tenha que demonstrar possuir relação como associada de quem quer que seja.

Por quê? Qual é a motivação fática? Qual é a motivação jurídica para tanto? E técnica? Não se sabe, pois não há no texto do Edital.

Sobre o tema, mais uma vez é necessário destacar ensinamento de Marçal Justen Filho:

“É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnica operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.”

Sob a mesma égide, revela o TCU:

“Considera-de procedente representação para determinar ao órgão que justifique a inclusão de cláusulas editalícias, demonstrando que a exigência é necessária à correta execução do objeto licitado, de forma que a demanda não constitua restrição ao caráter competitivo do certame”. (Acórdão nº 571 – 2006. 2ª Câmara – Rel. Min. Marcos Bemquerer)

E ainda em julgado recente, que pode ser usado por analogia, assim se manifestou o TCU em seu “Informativo de Licitações e Contratos”:

“É indevida a exigência de demonstração de parceria entre o licitante e o fabricante de sistema operacional em procedimentos visando a contratação de serviços de tecnologia da informação. Representação contra o edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 28/2012, promovido pelo Ministério de Minas e Energia – MME, acusou, entre outros supostos vícios, ilegalidade na exigência de comprovação de parceria entre o licitante vencedor e o fabricante do sistema operacional empregado na prestação de serviços de Tecnologia da Informação, por ocasião da celebração do contrato. O relator, quanto à exigência de comprovação de parceria entre o licitante vencedor e a fabricante do sistema operacional, para fins de habilitação ou de classificação, registrou que, “além de representar inobservância ao que dispõe o art. 3º, inciso I, da Lei nº 8666/1993, por afastar possíveis interessados em participar da licitação, extrapola o limite permitido pelo art. 30 dessa norma legal”. Ponderou, entretanto, que “tal exigência é tolerada em situações realmente excepcionais, desde que devidamente fundamentada, conforme tratado no Acórdão nº 1.462/2010-P.” Ainda sobre o acordo de parceria, de natureza similar ao credenciamento de empresas junto a fabricantes, endossou as considerações da unidade técnica: “... esse credenciamento não implica necessariamente ... comprovação de capacidade técnica do licitante em prestar o serviço. Isso porque, em muitos casos, ele não é realizado com base em critérios objetivos, ligados diretamente à expertise técnica do credenciado, podendo variar os requisitos exigidos, cumulativamente ou não, desde aspectos econômicos e/ou geográficos até de ramos de atuação.” E mais: “a possibilidade de credenciamento de uma empresa não está na sua governança, já que o ato é totalmente discricionário ao fabricante, que não está obrigado a concedê-lo àquele que satisfaz seus critérios.” O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu determinar ao MME, dentre outros ajustes, que efetive a exclusão da mencionada exigência do edital.” Precedente mencionado: Acórdãos nº 1.462/2010, todos do Plenário. Acórdão 854/2013-Plenário, TC 003.242/2013-7, relator Ministro José Jorge, 10.4.2013.

Sobre a necessidade de filiação a associação para participação de licitação, encontrou-se o seguinte precedente desta mesma Corte:

É ilegal incluir, seja como critério de pontuação técnica ou como critério de habilitação, a previsão de as licitantes estarem filiadas à União Brasileira dos Promotores de Feiras (UBRAFE). Acórdão 556/2010-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro.

Para que sejam compreendidos melhor os fundamentos utilizados naquela assentada, transcreve-se excerto do voto do Ministro Relator (grifos nossos):

19. No que tange à exigência de necessidade de comprovação de filiação à União Brasileira dos Promotores de Feiras, julgo que não há relação direta entre a qualidade

técnica dos serviços a serem prestados e o fato de estar associada ou não a determinada entidade. **Os critérios adotados na formulação dos quesitos de avaliação da proposta técnica devem dar primazia a aspectos que afirmam a capacidade e a qualificação do licitante, o que não é o caso. Além disso, lembro que ninguém é obrigado a associar-se a esta ou àquela entidade, conforme art. 5º, inciso XVII, da Constituição Federal.**

20. O critério de pontuação em análise é desarrazoado e pode restringir o caráter competitivo do certame, além de não estar de acordo com o princípio da isonomia e o art. 5º e o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Desta forma, penso que esse critério não deve ser utilizado para pontuação técnica e nem como condição de habilitação.

Em outras palavras, diante dos apontamentos realizados quando do planejamento da contratação, que seja então revistas as condições de qualificação técnica e não apenas empresas vinculadas à AMPRO sejam habilitadas pela Embratur.

DA CONCLUSÃO

Conclui-se, então, que deve o presente certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a entidade e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.

Aduzidas as razões que balizaram a presente manifestação, este peticionante, requer, com supedâneo nas legislações vigentes que lhe serviram de esteio, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o Edital assim seja retificado e **que seja excluída qualquer exigência restritiva à competição.**

Que seja permitida a participação de empresas em recuperação judicial e que seja retirado do certame a exigência em torno da associação junto à AMPRO, vez que o próprio Cadastur já é exigido, além de todos os requisitos de qualificação técnica.

Caso não entenda pela adequação do resultado, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão da autoridade competente, os quais serão levados ao conhecimento do Tribunal de Contratos.

Termos em que pede e espera deferimento.

Rio de Janeiro – RJ, 05 de setembro de 2022

ROBERTO LIPORACE

CPF nº 058.208.617-52



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 1/CEMP/PRESI

Brasília, 09 de setembro de 2022.

Assunto: Impugnação ao Edital – Concorrência nº 02/2022

Trata-se de peça impugnatória apresentada por empresa interessada em participar do certame, doravante denominada impugnante, a qual apresentou em 05/09/2022, via *e-mail*, impugnação ao Edital do Concorrência nº 02/2022, cujo objeto é a:

“O objeto da presente concorrência é a contratação de empresa prestadora de serviços de marketing promocional”

1. DA SÍNTESE DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

Assim argumenta a impugnante, conforme síntese abaixo transcrita:

[...]

FATOS E FUNDAMENTOS

Sem embargo, destaca-se que não é intuito deste peticionante impedir ou simplesmente atrapalhar o normal trâmite do certame em tela, nem mesmo trazer dúvidas acerca da competência do trabalho exercida pela Embratur e por sua Comissão de Licitação ou questionar sem fundamentos suas decisões.

Manifesta-se o respeito pelo trabalho de toda a Comissão envolvida no presente processo, mas não se pode impedir que as divergências quanto ao entendimento de determinadas exigências sejam trazidas à tona.

Como dito anteriormente, busca-se apenas a observância dos princípios basilares que regem nossa Administração Pública, e que são expressamente previstos em nossa Carta Magna de 1988 e no art. 2º do Regulamento da Embratur, assim como que a necessidade da sua contratação, a qual se sabe que é de extrema urgência e importância, seja suprida da melhor maneira possível.

Em outras palavras, é corolário das contratações públicas que deve o certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, **ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a Administração e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.**

Acompanhado de sua necessária fundamentação, será a seguir analisado aquilo que tecnicamente pode ser ofertado com intuito de ampliar o rol de ofertas e, conseqüentemente, haver maior competição no certame.

a) Da ilegalidade em torno da impossibilidade de empresa em recuperação judicial participar do certame.

Há necessidade de revisão do Edital neste aspecto. Encontra-se em desconformidade à doutrina e jurisprudência sobre o tema. Pela leitura do mesmo, percebe-se o item 4.2.4 e exigência de Certidão Negativa de Falência como requisito de habilitação no certame, **havendo assim necessidade de permissão em torno de empresa em recuperação judicial participar do certame. Não há razão legítima para coibir a participação de tais empresas.**

Tendo a empresa reunido as condições de qualificação econômico- financeira, qual a motivação para vedação de participação?

E que fique claro que o próprio Tribunal de Contas da União e demais Tribunais Superiores **rechaçam qualquer exigência de sentença homologatória do plano de recuperação judicial de empresa licitante ou qualquer ‘certidão de objeto e pé’, que nem mesmo prevista legalmente está.** Pensar desta forma é simplesmente decretar a ‘morte’ da empresa que tenta se recuperar de forma legítima e em conformidade à legislação e inovar na legislação sobre o tema.

Na verdade, o que se propõe aqui é que seja respeitado o que o TCU estabelece: que basta simples arcabouço documental que indique estar a empresa apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório. Seguem as recentíssimas decisões do TCU acerca do tema:

"Admite-se a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório. Representação formulada ao TCU por sociedade empresária apontou possíveis irregularidades no âmbito da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), relacionadas ao Pregão Eletrônico 27/2019, cujo objeto era a contratação dos serviços de dragagem de manutenção do canal de acesso e berços de atracação do Porto de Santos. A representante se insurgiu, entre outros pontos, contra item do edital que vedava a participação de empresas em processo de recuperação judicial. Para tanto,

citou a decisão da 1ª Turma do STJ no AREsp 309.867/ES, vazada nos seguintes termos: "2. Conquanto a Lei 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. (...) 4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação. (...) 7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica". Ao apreciar a matéria, a unidade técnica considerou ser possível, em certames licitatórios, a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada sua viabilidade econômica e financeira. Para ela, "não se trata de vedar a exigência editalícia da certidão negativa de falência ou recuperação judicial, e sim a relativização durante a fase de julgamento, conforme o caso e as circunstâncias da fase do processo de recuperação judicial", cabendo à empresa, em tal situação, demonstrar sua viabilidade econômica. A corroborar esse entendimento, destacou o Acórdão 8330/2017-TCU-2ª Câmara, do qual fora extraído o seguinte enunciado: "Em licitação que permita a participação de pessoas físicas e jurídicas para disputa do mesmo objeto, havendo para as pessoas jurídicas exigência de certidão negativa de falência, concordata ou recuperação judicial deve-se, também, em observância ao princípio da isonomia, exigir da licitante pessoa física a certidão negativa de insolvência civil expedida pela Justiça Estadual.". Em seu voto, o relator enfatizou que a jurisprudência do TCU "converge para a admissão da participação de licitantes em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/1993", a exemplo do Acórdão 8271/2011-TCU-2ª Câmara. Considerando que, no caso concreto, apesar da não republicação do edital com a supressão da cláusula que proibia a participação das empresas nessas circunstâncias, verificou-se ampla participação de licitantes, o relator concluiu que a impropriedade "não foi acompanhada de evidências de prejuízo à competitividade do certame", tendo ainda sido obtido desconto significativo entre o valor da menor proposta e o valor do orçamento de referência. **Assim sendo, nos termos propostos pelo relator, o Plenário decidiu considerar a representação parcialmente procedente, sem prejuízo de dar ciência à entidade que, "em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei**

8.666/1993." Acórdão 1201/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo.

Como dito, na verdade, basta arcabouço documental que indique estar a empresa apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório, mas sem tratar especificamente de 'sentença homologatória' do referido plano de recuperação judicial.

No mesmo sentido, cumpre destacar a decisão paradigmática do E. STJ, a saber:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS.

NECESSIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. 3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe

10/03/2016). 4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade

econômica. 6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao

interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. 7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica. 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018). (grifo nosso).

Pelo exposto, requer-se a inclusão de possibilidade de empresa em recuperação judicial participar do certame, **afastar qualquer exigência em torno de 'sentença homologatória do plano de recuperação judicial', fazendo valer entendimento de que deve ser exigida documentação da empresa atestando a capacidade econômico-financeira, como por exemplo, certidão (despacho e/ou decisão) da instância judicial competente que autoriza a participação em certames licitatórios.**

b)Exigências Descabidas.

Alguns pontos deste Edital – ratificados por esclarecimentos - precisam ser urgentemente analisados e considerados por esta respeitosa Comissão.

Como já dito anteriormente, busca-se tão somente o respeito aos princípios basilares que regem nossa Administração Pública, e que são expressamente previstos em nossa Carta Magna de 1988, assim como que a necessidade da contratação por parte desta entidade, a qual se sabe que é de extrema urgência e importância, seja suprida da melhor maneira possível.

Em outras palavras, é corolário das contratações públicas que deve o certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, **ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a Administração e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.**

Dada a complexidade notória do objeto do certame e principalmente pela óbvia essencialidade aos objetivos da entidade, preliminarmente, é forçoso admitir que é papel da Administração Pública se precaver de possíveis licitantes “aventureiros” e

buscar uma competição onde os licitantes sejam, realmente, capazes de atender à complexidade da demanda trazida à tona com a esperada qualidade. A execução do referido contrato é, sem sombra de dúvidas, de suma importância para a continuidade das atividades aqui prestadas, e daí o elevado grau de exigência quanto à documentação a ser entregue.

Ao mesmo tempo, não obstante o grau elevado do limite imposto pelas condições de habilitação, **estas não podem ser confundidos de forma alguma como um instrumento de restrição à liberdade de participação e, da mesma forma, um obstáculo a uma oferta que atenda da mesma forma a demanda da Embratur.**

No tocante à descrição dos documentos de habilitação que devem ser entregues pela licitante, como exige Edital e Termo de Referência para efetivação da declaração como vencedora, há de ser ressaltado, de antemão, que a presente contratação deveria superar uma série de etapas até a elaboração do instrumento convocatório em tela. Até que este resultado tivesse sido alcançado, era necessário um planejamento para que se demonstrasse, ao menos, que a contratação agrega valor para Embratur e que qualquer risco tenha sido gerenciado a fim de que a contratação esteja alinhada com o planejamento da entidade.

Conforme se depreende, a mencionada norma estabelece “dever administrativo de planejamento sério e satisfatório acerca da futura contratação” (Marçal Justen Filho. Pregão – Comentários. 5 ed. 2009, p.96).

Sem rodeios, o planejamento é sem sombra de dúvida um fator determinante para o sucesso de qualquer contratação, e dessa forma, deve ser realizado de forma detalhada a fim de que a solução escolhida pela Administração seja a mais adequada possível diante da sua demanda específica.

O administrador, como agente público, representa não apenas o órgão ao qual está vinculado, mas em especial toda sociedade. Por isso mesmo, **deve pautar-se, na condução de um procedimento de contratação, pelos princípios da isonomia e da ampla competição, dentro outros tantos previstos no ordenamento pátrio.**

Qualquer tipo de exigência editalícia que viole as determinações legais acima em destaque, tornar-se-á, consequentemente, instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em certames licitatórios e desvio de igualdade entre os

interessados. Ao afastar e tornar impossível a competição entre um maior número de licitantes, a Administração estará longe de obter a proposta que é, realmente, a mais vantajosa.

No presente caso, vale o destaque de exigência de qualificação técnica que obriga a demonstração no item 11.2.3.5, confirmada em alguns esclarecimentos, sobre a necessidade de certificação da licitante junto à AMPRO - Associação de Marketing Promocional.

A Constituição deixa claro, em seu artigo 37, inciso XXI, visível determinação no sentido de que os requisitos de capacitação técnica das licitantes sejam reduzidas ao mínimo possível. Como ilustremente registrado por José Cretella Júnior, “apenas serão admitidas exigências absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação” (In Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ed. Forense Universitária, 2ª ed. p.2249).

Qualquer tipo de exigência editalícia que viole as determinações legais acima em destaque, tornar-se-á, conseqüentemente, instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em certames licitatórios e desvio de igualdade entre os interessados. Ao afastar e tornar impossível a competição entre um maior número de licitantes, a Administração estará longe de obter a proposta que é, realmente, a mais vantajosa.

O que deseja ser aqui trazido para debate é: por que exigir tal documento na habilitação e não apenas no momento da efetivação da contratação (ou até mesmo após trinta dias deste fato)?

Por que exigir, além do cadastro junto ao Ministério do Turismo – Cadastur – essa associação junto à entidade privada (AMPRO)?

Qual é o fundamento legal para, mesmo após a verificação em torno de Capacidade de Atendimento, Repertório, Relatos, ainda ter que exigir uma certificação que nem obrigatória é para a regular prestação de serviços de empresas cujo objeto social é *live marketing*?

Sobre o tema, é necessário destacar ensinamento de Marçal Justen Filho:

“É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. (...) A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.”
Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed, Dialética, 2008 – p. 424.

Qual motivação jurídica para requerer qualquer tipo de vínculo com a Associação?

Ao haver tal direcionamento, convém destacar entendimento consolidado da Corte de Contas:

“Cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame devem ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação que indiquem a obrigatoriedade de inclusão de tais regras para atender às necessidades específicas do órgão, sejam de ordem técnica ou econômica”. Acórdão nº. 2441/2017 – Plenário TCU

Ou seja, pode não bastar saber se a empresa é capaz ou não de executar certo serviço com certa dimensão, acaba se tornando fundamental, nesse caso, que o objeto e a empresa que o oferta esteja vinculado à referida Associação.

Ocorre que exigência como essa, jamais pode ser imposta de maneira injustificada, sem motivação para tanto. Qualquer exigência de habilitação técnica, tem

de se apresentar apta e amplamente indispensável à aferição da idoneidade dos licitantes.

Há necessidade urgente de que esta entidade justifique tal exigência expressa, uma vez que apenas se entende como admissível quando houver legalidade para tanto.

Nesse caso, os licitantes que comprovarem possuir experiência anterior na execução de objeto semelhante ao licitado revelam-se capacitados a executar o contrato, independentemente de qualquer vínculo com seja lá qual for a Associação. E como visto, o próprio Cadastur também é exigido pela Embratur.

E ainda, vale destacar lição de Dora Maria de Oliveira Ramos (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Coord. Maria Sílvia Di Pietro, 5 ed, Malheiros, 2006 – p.149):

“Não pode a Administração em nenhuma hipóteses, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. Assim se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevador reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente reduzido deles, ilegal será a exigência (...)”.

A inexistência de parceria vigente – seja qual for o tempo dela – nada diz sobre a capacidade da empresa em executar o objeto licitado, mas apenas que tais partes (associadas e Associação) agem em benefício mútuo.

As parcerias decorrem de relações onerosas, isto é, ou a empresa que pretende ser parceira deve possuir determinada licenças de determinado produto da outra parceira, ou deve dimensionar seus esforços de maneira a vender tais produtos. Seja qual for o caso, fica mais do que óbvio que a empresa parceira tem que arcar com custos que não implicam de maneira alguma em serviços de melhor qualidade. Ressalta-se: se já não bastasse tal previsão sem qualquer justificativa documentada no instrumento convocatório, não há qualquer utilidade diante da manifesta superficialidade atestada por uma Associação parceira que em nada acrescenta à qualificação técnica da licitante. Imputa-se a um terceiro, não participante do processo licitatório, a responsabilidade pela escolha daquele que executará os serviços.

Assim, não comprovada a necessidade e utilidade, não há óbices para que se conclua pela frustração do caráter competitivo do certame, porque estão afastados injustamente contratados que têm totais condições de satisfazer o objeto licitado, mas não consegue concorrer por conta de exigência contratual claramente restritiva, e que não condiz com a busca por proposta mais vantajosa.

Há de ressaltar mais uma vez o fato de que não existe qualquer justificativa para sua inserção no Termo de Referência e Edital. Isto é, inexistente qualquer motivação para que a empresa que se apresente para este certame tenha que demonstrar possuir relação como associada de quem quer que seja.

Por quê? Qual é a motivação fática? Qual é a motivação jurídica para tanto? E técnica? Não se sabe, pois não há no texto do Edital.

Sobre o tema, mais uma vez é necessário destacar ensinamento de Marçal

Justen Filho:

“É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnica operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.”

Sob a mesma égide, revela o TCU:

“Considera-de procedente representação para determinar ao órgão que justifique a inclusão de cláusula editalícia, demonstrando que a exigência é necessária à correta execução do objeto licitado, de forma que a demanda não constitua restrição ao caráter competitivo do certame”. (Acórdão nº 571 – 2006. 2ª Câmara – Rel. Min. Marcos Bemquerer)

E ainda em julgado recente, que pode ser usado por analogia, assim se manifestou o TCU em seu “Informativo de Licitações e Contratos”:

“É indevida a exigência de demonstração de parceria entre o licitante e o fabricante de sistema operacional em procedimentos visando a contratação de serviços de tecnologia da informação. Representação contra o edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 28/2012, promovido pelo Ministério de Minas e Energia – MME, acusou, entre outros supostos vícios, ilegalidade na exigência de comprovação de parceria entre o licitante vencedor e o fabricante do sistema operacional empregado na prestação de serviços de Tecnologia da Informação, por ocasião da celebração do contrato. O relator, quanto à exigência de comprovação de parceria entre o licitante vencedor e a fabricante do sistema operacional, para fins de habilitação ou de classificação, registrou que, “além de representar inobservância ao que dispõe o art. 3º, inciso I, da Lei nº 8666/1993, por afastar possíveis interessados em participar da licitação, extrapola o limite permitido pelo art. 30 dessa norma legal”. Ponderou, entretanto, que “tal exigência é tolerada em situações realmente excepcionais, desde que devidamente fundamentada, conforme tratado no Acórdão nº 1.462/2010-P.” Ainda sobre o acordo de parceria, de natureza similar ao credenciamento de empresas junto a fabricantes, endossou as considerações da unidade técnica: “... esse credenciamento não implica necessariamente ... comprovação de capacidade técnica do licitante em prestar o serviço. Isso porque, em muitos casos, ele não é realizado com base em critérios objetivos, ligados diretamente à expertise técnica do credenciado, podendo variar os requisitos exigidos, cumulativamente ou não, desde aspectos econômicos e/ou geográficos até de ramos de atuação.” E mais: “a possibilidade de credenciamento de uma empresa não está na sua governança, já que o ato é totalmente discricionário ao fabricante, que não está obrigado a concedê-lo àquele que satisfaz seus critérios.” O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu determinar ao MME, dentre outros ajustes, que efetive a exclusão da mencionada exigência do edital.” Precedente mencionado: Acórdãos nº 1.462/2010, todos do Plenário. Acórdão 854/2013-Plenário, TC 003.242/2013-7, relator Ministro José Jorge, 10.4.2013.

Sobre a necessidade de filiação a associação para participação de licitação, encontrou-se o seguinte precedente desta mesma Corte:

É ilegal incluir, seja como critério de pontuação técnica ou como critério de habilitação, a previsão de as licitantes estarem filiadas à União Brasileira dos Promotores de Feiras (UBRAFE). Acórdão 556/2010-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro.

Para que sejam compreendidos melhor os fundamentos utilizados naquela assentada, transcreve-se excerto do voto do Ministro Relator (grifos nossos):

No que tange à exigência de necessidade de comprovação de filiação à União Brasileira dos Promotores de Feiras, julgo que não há relação direta entre a qualidade

técnica dos serviços a serem prestados e o fato de estar associada ou não a determinada entidade. **Os critérios adotados na formulação dos quesitos de avaliação da proposta técnica devem dar primazia a aspectos que afirmam a capacidade e a qualificação do licitante, o que não é o caso. Além disso, lembro que ninguém é obrigado a associar-se a esta ou àquela entidade, conforme art. 5º, inciso XVII, da Constituição Federal.**

O critério de pontuação em análise é desarrazoado e pode restringir o caráter competitivo do certame, além de não estar de acordo com o princípio da isonomia e o art. 5º e o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Desta forma, penso que esse critério não deve ser utilizado para pontuação técnica e nem como condição de habilitação.

Em outras palavras, diante dos apontamentos realizados quando do planejamento da contratação, que seja então revistas as condições de qualificação técnica e não apenas empresas vinculadas à AMPRO sejam habilitadas pela Embratur.

DA CONCLUSÃO

Conclui-se, então, que deve o presente certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a entidade e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.

Aduzidas as razões que balizaram a presente manifestação, este peticionante, requer, com supedâneo nas legislações vigentes que lhe serviram de esteio, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o Edital assim seja retificado e **que seja excluída qualquer exigência restritiva à competição.**

Que seja permitida a participação de empresas em recuperação judicial e que seja retirado do certame a exigência em torno da associação junto à AMPRO, vez que o próprio Cadastur já é exigido, além de todos os requisitos de qualificação técnica.

Caso não entenda pela adequação do resultado, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão da autoridade competente, os quais serão levados ao conhecimento do Tribunal de Contratos.

Termos em que pede e espera deferimento.

[...]

2.DA ANÁLISE DA ADMINISTRAÇÃO.

Inicialmente, cabe analisar o requisito de admissibilidade, com posterior análise dos argumentos apresentados na referida impugnação, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal. Dessa forma, o item 7.1.1 do edital, dispõe:

“7.1.1. Qualquer pedido de impugnação deverá ser encaminhado por e-mail (cemp@embratur.com.br), em qualquer horário, ou presencialmente, por ofício dirigido à "Comissão Especial de Licitação do processo nº 72100.001916/2020-11" 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 5 (cinco) dias úteis** anteriores à data do recebimento dos invólucros.”

O impugnante encaminhou em 05/09/2022 às 22h:19min, via e-mail, sua impugnação, portanto, merece ter seu mérito analisado, já que atentou para os prazos estabelecidos nas normas regulamentares.

Por tratar-se de assunto referente ao Edital, coube a Comissão encaminhar a alegação as áreas técnicas, tendo os mesmos se manifestado por e-mail à Comissão Especial- CEMP:

Coordenação de Convênios, Contratos e Prestação de Contas - CCCPC:

"1. Em relação ao pedido de impugnação apresentado pelo Sr. **ROBERTO LIPORACE NUNES DA SILVA**, esta Coordenação entende que não há necessidade de retificação do edital no tocante à alínea "a" (Da ilegalidade em torno da impossibilidade de empresa em recuperação judicial participar do certame), com a seguinte fundamentação:

No edital há indicação da impossibilidade de empresa em recuperação judicial participar do certame conforme itens 4.2.4. e subitem 11.2.4.2:

"4.2. **Não** poderão participar desta licitação os interessados:

(...)

4.2.4. que estejam sob falência, concurso de credores ou insolvência, em processo de dissolução ou liquidação;"

"11.2.4. Qualificação Econômico-financeira

(...)

11.2.4.2. Certidão negativa de falência expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;"

Entretanto, a prescrição constante no subitem 29.1 faculta à Comissão promover diligências destinadas a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório:

"29.1. É facultada à Comissão Especial de Licitação ou autoridade superior, em qualquer fase desta concorrência, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente dos Documentos de Habilitação ou das Propostas Técnica e de Preços."

Há entendimento do Tribunal de Contas da União, mais precisamente no Acórdão 2265/2020 - Plenário, que a certidão negativa de recuperação judicial é exigível no edital, porém, a apresentação de certidão positiva não implica a imediata inabilitação da licitante, cabendo à comissão de licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa já teve seu plano de recuperação concedido ou homologado judicialmente (Lei 11.101/2005).

"27. As conclusões do Parecer 4/2015/cplc/depconsu/pgf/agu são igualmente esclarecedoras:

"d) a certidão negativa de recuperação judicial é exigível por força do art. 31, II, da Lei 8.666, de 1993, porém a certidão positiva não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira;

e) caso a certidão seja positiva de recuperação, caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005;

f) se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório;

g) a empresa em recuperação judicial com plano de recuperação, acolhido, como qualquer licitante, deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira;

h) é aplicável à empresa em recuperação extrajudicial, com plano de recuperação homologado judicialmente, a possibilidade de participar em licitações públicas, nos moldes da empresa em recuperação judicial."

28. Portanto, em linha com as conclusões do parecer supracitado, entendo que **é cabível a exigência de certidão negativa de recuperação judicial para que a administração tome conhecimento da situação da empresa licitante e**, por conseguinte, possa avaliar a situação de eventual processo de recuperação judicial por meio das diligências cabíveis, não havendo de se falar em inabilitação imediata da empresa que se encontrar em recuperação judicial."(grifos nossos)

2. Em face do exposto, no caso da empresa em recuperação judicial, a Comissão Especial de Licitação deverá proceder as diligências cabíveis se este já teve seu plano de recuperação concedido ou homologado judicialmente para análise da habilitação da **Qualificação Econômico-financeira. Em tal caso, a licitante** deve ser habilitada no certame licitatório."

Coordenação de Eventos - CV:

"Em atenção aos apontamentos contidos na impugnação, é válido epigrafar que o item 11.2.3.5 e seus subitens do edital dispõem:

11.2.3.5. Certificado de qualificação técnica de funcionamento, emitido pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP) ou por entidade equivalente legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de live marketing.

11.2.3.5.1. O certificado de qualificação técnica de funcionamento emitido para a matriz da agência valerá para a filial;

11.2.3.5.2. O documento obtido no site do CENP ou da entidade equivalente terá sua validade verificada pela área técnica vinculada à licitação.

Como pode ser observado no item impugnado, exigiu-se certificado de qualificação técnica de funcionamento emitido pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP) ou equivalente. Nas respostas ao Esclarecimento 6, Questionamento 4; ao Esclarecimento 7, Questionamento 2; e ao Esclarecimento 12, a citação da Associação de Marketing Promocional (AMPRO) possui caráter exemplificativo. Como pode ser observado na resposta ao Esclarecimento 13, Questionamento 6, “a”: “o presente edital não exige, exclusivamente, a apresentação de certificação expedida pelo CENP”. No “b” do mesmo questionamento, mais uma vez, é exemplificada a AMPRO, por ser entidade reconhecida no mercado com representativa do segmento de marketing promocional.

O caráter exemplificativo citado acima e a flexibilidade do edital podem ser observados na resposta ao Esclarecimento 14, no qual é indagado se a declaração de associado junto à AMPRO será aceita pela Comissão. Consoante a manifestação da área técnica, a referida declaração será aceita.

Uma vez superado o esclarecimento inicial, há de se pontuar que as exigências editalícias seguem o disposto na Instrução Normativa nº 7, de 24 de outubro de 2018, vejamos:

Art. 1º Disciplinar as licitações e os contratos dos órgãos e entidades do Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal - SICOM com empresas de marketing promocional e/ou de live marketing, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e, de forma complementar, da Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MP nº 05, de 26 de maio de 2017, **observadas, por analogia, as regras estabelecidas pela Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, no que couber.**

Parágrafo único. Nas licitações de serviços de promoção das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, aplica-se o disposto na **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, conforme expressamente previsto em seu art. 28, caput e, subsidiariamente e supletivamente os ditames desta Instrução Normativa** (destacamos).

Considerando o art. 22 da Lei nº 14.002, de 22 de maio de 2020, que determina a aplicação à Agência do disposto nos “arts. 28 a 84 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016”, no entendimento desta área técnica é possível a utilização, por analogia, no que couber, das regras estabelecidas pela Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.

Desta forma, trazemos o art. 4º da Lei nº 12.232/10:

Art. 4º Os serviços de publicidade previstos nesta Lei serão contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela [Lei no 4.680, de 18 de junho de 1965](#), e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento.

§ 1º O certificado de qualificação técnica de funcionamento previsto no caput deste artigo poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão - CENP, entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

Como pode ser observado no trecho acima, a Embratur valeu-se do referido artigo da Lei nº 12.232/10 para, por analogia, solicitar a emissão de declaração/certificado de uma entidade que possua atuação em âmbito nacional para atestar que a licitante, de fato, uma agência de *live marketing*, concluindo-se, portanto, que a licitante possui qualificação e estrutura técnico/profissional para prestar os serviços.

No que concerne à citação da AMPRO, é válido pontuar que se trata de uma entidade **nacionalmente reconhecida pelo mercado de marketing promocional**; “criada em 1993 com o objetivo de reunir e representar todos os segmentos de marketing promocional do país. Essa representação se deu por meio da filiação de fornecedores de produtos e de serviços de *live marketing*, veículos de comunicação, empresas/clientes e profissionais”; **com 143 agências de marketing promocional associadas**, segundo pesquisa realizada no sítio eletrônico da associação (<https://ampro.com.br/>); e que **participou**, à época, **da construção da IN nº 7/2018 e do modelo de edital da Secretaria de Comunicação** do Governo Federal.

Depreende-se, dos apontamentos supra, que não há de se falar na existência de cláusula restritiva à competição no EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 02/ 2022 – DO TIPO MELHOR TÉCNICA. Por fim, reiteramos o posicionamento desta área técnica quanto às exigências editalícias no que concerne à qualificação técnica das licitantes.

A determinação do grau de severidade a ser adotado relativamente as condições de participação depende do caso concreto. A Lei pode estabelecer exigências mínimas e máximas, mas a determinação específica será variável caso a caso e dependerá das características do objeto a ser executado. O nível de severidade das exigências de participação será sempre um reflexo das características do objeto licitado. Quanto maior a complexidade, quanto mais problemática a execução da prestação, quanto mais essenciais as necessidades a serem atendidas, tanto mais severos serão os requisitos de habilitação [...] Existe, portanto, uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e os requisitos de participação.¹

Isto posto, manifestamo-nos pelo não acatamento da impugnação ora analisada por concluirmos que há razoabilidade nas exigências contidas no edital.

[¹] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. - São Paulo: Dialética, 2014, p.542-543."

3.CONCLUSÃO

Pelo exposto, com lastro nos posicionamentos levantados, entendemos que o **Edital não deverá ser reformulado ou alterado**, assim, esta Comissão decide conhecer a presente peça por ser tempestiva, para, no mérito, **DENEGAR PROVIMENTO AO INSTRUMENTO IMPUGNATÓRIO**, devendo dar continuidade no certame, Concorrência nº 02/2022, mantendo a data e hora de abertura do certame.

DANIEL DE OLIVEIRA SOUSA
Presidente CEMP

THIAGO COSTA DE OLIVEIRA
Membro

Ernane Almeida Gomes
Membro

Debora Galgany da Silva Vieira
Membro



Documento assinado eletronicamente por **Daniel de Oliveira Sousa, Presidente**, em 09/09/2022, às 14:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Ernane Almeida Gomes, Membro**, em 09/09/2022, às 14:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Thiago Costa de Oliveira, Membro**, em 09/09/2022, às 14:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Debora Galgany da Silva Vieira, Membro**, em 09/09/2022, às 14:37, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.embratur.com.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0485697** e o código CRC **0D9ABA98**.

Referência: Processo nº 72100.001916/2020-11

SEI nº 0485697