

SENHOR PREGOEIRO DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS-ANPD

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90001/2024– IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL - ABAV-DF, entidade de classe inscrita no CNPJ sob nº 00.510.024/0001-90, com sede no Setor Comercial Sul - Quadra 06 - Bloco "A", Ed. Sônia, Salas 301/302, Brasília/DF, CEP 70.324-900, vem a Vossa Senhoria, respeitosa e tempestivamente, formular **IMPUGNAÇÃO** ao edital em referência, pelos fatos e fundamentos a seguir.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Considerando a sessão do pregão no dia 23.02.2024, tem-se como tempestiva a presente impugnação neste dia 06.02.2024, conforme aplicação da Lei 14.133/2021.

2. DAS CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS ESSENCIAIS

A ABAV-DF pede vênua para, inicialmente, requerer a Vossa Senhoria que considere que os temas de ordem constitucional, legal, para pregão de agência 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, critério de desempate previsto no artigo 60, inciso II, da Lei 14.133/2021.

"Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

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";

Menção presente no Edital:

5.19.1. Havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, nesta ordem:

5.19.1.1. disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

5.19.1.2. **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;**

5.19.1.3. desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

5.19.1.4. desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

5.19.2. Persistindo o empate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

5.19.2.1. 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;

5.19.2.2. empresas brasileiras;

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

5.19.2.4. empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 2009.

O dispositivo supramencionado da Lei 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, incluem 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/licitacoes-contratosindeterminados-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-e-caracteristicas>.

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 em diante do art. 60 da Lei n.º14.133, 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 possuem 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 a 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 ocorridos 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 o critério de desempate insculpido no artigo 60, inciso II, da nova Lei de Licitações

Isso não tem detalhamento de regulamento no decreto ligado à matéria, sendo evidente que, neste momento, está em pendência de emissão de regulamento administrativo pelo Ministério de Gestão e Inovação sobre como essa situação será resolvida. E o que a impugnante está alegando, é o fato de que não existe até hoje o regramento para aquele artigo da lei 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 n° 14.133/21, sobre fatos passados, do regime da Lei n° 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 n° 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 à consultoria jurídica para ter um parecer que confira a linha de segurança jurídica (artigo 2º da Lei n° 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 do artigo 60 da Lei n ° 14.133/21 em relação às mais variadas situações de SICAF que vão surgir no pregão e que o item 5.19.1.2 do edital não resolve, até porque não há regulamentação ministerial para a matéria.

Termos em que requer deferimento.

Brasília-DF, 06 de fevereiro de 2024



**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL – ABAV-
DF**
Levi Jeronimo Barbosa
Presidente