LESTE

Niterói, 4 de março de 2016

À
Comissão Especial de Licitação
Secretaria Municipal de Fazenda
Prefeitura de Niterói
Rua da Conceição n°100/2° andar, Centro
Niterói, RJ

At.: Ilmo. Sr. Pregoeiro

Ref.: Pregão Presencial n.º 02/2016
Processo Administrativo nº 030/029455/2015

Prezados Senhores,

LESTE CREDIT GESTÃO DE RECURSOS LTDA., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 21.008.985/0001-71, com sede na Avenida Ataulfo de Paiva, nº 1.100, sala 502, parte, Leblon, Rio de Janeiro, RJ ("Requerente"), neste ato representada por seu Diretor Leonardo Viveiros de Castro, respeitosamente, com fundamento nos itens 1.3 e 1.4 do Edital de Pregão Presencial ("Edital") expõe e requer o que segue.

I – Breve Síntese dos Fatos

A Secretaria Municipal de Fazenda de Niterói publicou o Edital do Pregão Presencial n.º 02/2016, cuja sessão presencial está marcada para o dia 07/03/2016 (segunda-feira), tendo por objeto "*a contratação de empresa devidamente credenciada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), para prestação de serviços de estruturação, com posterior implementação de operação de securitização do fluxo de recuperação dos créditos inadimplidos junto a Secretaria Municipal de Fazenda (SMF) e Procuradoria Fiscal (PPF) de Niterói*".

O Item 1.3 do Edital – reproduzindo o disposto no Artigo 12 do Decreto Federal n.º 3.555/2000 – estabelece que as empresas interessadas poderão obter maiores esclarecimentos ou dirimir suas dúvidas acerca do objeto do Edital ou interpretação de qualquer de seus dispositivos, por escrito, até 2 dias úteis anteriores à data do início da licitação – ou seja, até 03/03/2016 (quinta-feira).

Pois bem; a Requerente protocolou junto à comissão de licitação do Pregão, no dia 03/03/2016 – no prazo e forma previstos no Edital – pedido de esclarecimentos sobre diversos itens do instrumento convocatório, incluindo os requisitos de participação exigidos para o certame.

Para a surpresa da Requerente, a resposta a seu pedido de esclarecimentos - encaminhada por e-mail às 17h41 do dia 03/03/2016, uma hora e dezessete minutos, portanto, após o final do prazo para apresentação de impugnações ao Edital e/ou questionamentos adicionais – acabou por criar um requisito adicional de participação no certame, que sequer estava previsto no Edital e na legislação aplicável, afrontando expressamente os princípios legais que norteiam procedimentos licitatórios no Brasil.

É o que passa a expor a Requerente.

II – Ilegalidade na Exigência de que as Licitantes se Caracterizem como Instituições Financeiras

Em resposta aos questionamentos formulados pela Requerente sobre a modalidade de registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) exigida no Edital, esta i. comissão de licitação do Pregão foi além, informando que a empresa interessada em participar no certame "*precisa possuir registro no Banco Central, caracterizando-se como uma instituição financeira*".

Ocorre que tal exigência não havia sequer sido mencionada no Edital publicado pela Secretaria Municipal de Fazenda de Niterói e disponibilizado às empresas interessadas, tampouco encontra respaldo legal na legislação aplicável.

De acordo com o Edital do Pregão, o objeto do certame é "*a contratação de empresa devidamente credenciada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), para prestação de serviços de estruturação (...)*". Os itens 3.1 e 11.7.1(a) do Edital, por sua vez, que tratam de requisitos subjetivos de participação no certame, estabelecem o seguinte:

> *"**3.1** - Poderão participar deste Pregão Presencial empresas especializadas cujo objetivo social contenha atividades compatíveis com o fornecimento do objeto desta licitação, observada a necessária qualificação, e que satisfaçam às exigências deste edital, inclusive quanto à documentação constante deste instrumento e seus anexos".*
>
> *"3.2 – Registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando a atividade assim o exigir".*

Da análise dos itens transcritos acima, não resta dúvidas de que a participação no certame é franqueada a todas as empresas que, cumulativamente, (i) tenham por objeto serviços de estruturação e operações de securitização do fluxo, (ii) sejam devidamente credenciadas / autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e (iii) atendam aos requisitos de habilitação e qualificação expressos no Edital.

Não há, no instrumento convocatório ou em qualquer outro documento aplicável ao Pregão, qualquer referência a exigências de registro das entidades interessadas no Banco Central, muito menos à sua qualificação como instituições financeiras. Neste contexto, a resposta da comissão de licitação acabou por criar uma nova restrição para os participantes do certame o, à evidência, contraria a lei e toda a sistemática aplicável aos procedimentos licitatórios.

Verifica-se, portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, que a exigência exarada pela comissão de licitação por meio da resposta aos esclarecimentos solicitados pela Requerente é absolutamente ilegal e contraria o arcabouço principiológico que rege os procedimentos licitatórios e a conduta da Administração Pública brasileira.

Senão, vejamos.

O artigo 4º do Decreto Federal n.º 3.555/2000 – que regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão – determina o seguinte:

> *"Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade,*

competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas."

A importância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório é expressa, ainda, no Artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/93, segundo o qual "*a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*". Segundo o referido princípio, nada poderá ser exigido ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação do certame.

É o que esclarece o eminente jurista Marçal Justen Filho:

> *"O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo seja quanto àquelas de procedimento. Sob certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação."*[1]

Ora, se o Edital não restringiu a participação no certame às entidades caracterizadas como instituições financeiras, não pode a comissão de licitação – em mera resposta a pedido de esclarecimento – fazê-lo.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (STF), segundo o qual:

> *"A administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do Edital [art. 37, XXI, da CF/88 e arts. 3º, 41e 43, V, da Lei n.º 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto."*[2]

Este é também o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), exarado por meio do Acórdão n.º 112/2007 – Plenário:

---

[1] FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Dialética, 2012, 15ª ed., p. 657

[2] MS-AgR nº 24.555/DF, 1ª T., rel. Min. Eros Grau, j. em 21.02.2006, DJ de 31.03.2006.

> *"Atente para o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem assim abstenha-se de efetuar exigências que comprometam o caráter competitivo do certame, em desacordo com o art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93".*

Marçal Justen Filho, analisando especificamente situação semelhante a ora em tela – *i.e.*, esclarecimentos da comissão de licitação que acabam por alterar significativamente os termos e condições do texto original do Edital – ensina que:

> *"**Não será jurídico que, por meio de resposta a esclarecimento, pretendam introduzir-se alterações vedadas legislativamente**. A força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras) haverá a vinculação. Isso não abrange, portanto, a inovação do Edital.*
> *(...)*
> *Suponha-se, no entanto, que a resposta ao pedido de esclarecimento represente inovação ao edital. Qual a solução prática para os licitantes? Primeiramente, **caberá a faculdade de promover imediata impugnação perante a própria Administração e os órgãos de controle. Se tal não vier a ocorrer, poderá configurar-se nulidade da licitação** (...)".*

III – Pedido

Em razão de todo o exposto, requer:

(a) Seja retificada a informação prestada por meio da resposta ao pedido de esclarecimentos da Requerente enviada em 03/03/2016, de forma a excluir a exigência de que as licitantes sejam caracterizadas como instituições financeiras; e

(b) Seja republicado o Edital e reiniciado o prazo para formulação e apresentação das propostas de preços e documentos de habilitação.

LESTE

Desde já agradecemos a atenção aos esclarecimentos acima solicitados, bem como pedimos a gentileza de que os mesmos sejam respondidos com a maior brevidade possível, de forma a possibilitar a correta e tempestiva preparação dos documentos exigidos para participação no certame.

Atenciosamente,

LESTE CREDIT GESTÃO DE RECURSOS LTDA.

Leonardo Viveiros de Castro
Diretor