

=====

IMPUGNAÇÃO

=====

SOMPO SEGUROS S.A.

Rua Cubatão, 320, Paraíso, São Paulo, SP – CEP: 04013-001

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO E/OU PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA EMPRESA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL S.A. – PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A. – PPSA.

PREGÃO ELETRÔNICO Nº PE.PPSA.004/2024 (nº 90004/2024 no sítio Compras Governamentais)

SOMPO SEGUROS S/A., pessoa jurídica de direito privado, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Cubatão, nº 320, Vila Mariana, inscrita no CNPJ nº 61.383.493/0001-80, por seu representante legal que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, apresentar a competente IMPUGNAÇÃO ao Edital do Pregão Eletrônico em referência, a fim de que sejam sanadas as seguintes omissões e incorreções.

I – DOS FATOS

Trata-se de pregão eletrônico a ser realizado em 11/04/24, na qual a PPSA objetiva a contratação de Seguro de Responsabilidade Civil para Administradores (Seguro Directors and Officers Liability – D&O), conforme especificações contidas no Termo de Referência, que integra o instrumento convocatório ora impugnado.

Da análise do Edital e seus anexos, verificou-se a existência de determinados pontos que merecem reforma, conforme será demonstrado a seguir:

II – DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

a) DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE SEGURADORAS EM COSSEGURO

De acordo com o disposto no item 4.4.1.2 do edital e na parte final do item 4.14.1 do Termo de Referência anexo ao instrumento convocatório em questão, restou vedada a participação de seguradoras em regime de cosseguo, conforme abaixo reproduzido: 4.4.1.2. Não será admitida a participação de seguradoras em regime de cosseguo.

4.15. FORMA DE CONTRATAÇÃO

4.14.1 A contratação do seguro objeto desta licitação será feita diretamente com a seguradora vencedora da licitação, sem participação de corretor ou empresa corretora de seguros, que também não poderão figurar como procuradores ou representantes das seguradoras. A proposta

de preço não deverá incluir despesa de corretagem. Não será admitida a participação de seguradoras em regime de cosseguero.

Como se observa, o edital ora impugnado e o Termo de Referência anexo vedam a participação de seguradoras em regime de cosseguero.

Contudo, no caso da contratação de apólices de seguro de grande vulto, como no caso em questão, mostra-se desarrazoada a vedação da participação de seguradoras em cosseguero, principalmente considerando o valor do Limite Máximo de Garantia (importância segurada) a ser contratada, ou seja, R\$ 58.000.000,00 (cinquenta e oito milhões de reais).

De acordo com o artigo 2º, § 1º, incisos II e III da Lei Complementar 126/2007, define-se cosseguero como “operação de seguro em que 2 (duas) ou mais sociedades seguradoras, com anuência do segurado, distribuem entre si, percentualmente, os riscos de determinada apólice, sem solidariedade entre elas”.

Tal conceito é praticamente reproduzido no art. 1º, VIII, da Resolução CNSP nº 451/2022, abaixo reproduzido:

VIII - cosseguero: é a operação de seguro em que duas ou mais sociedades seguradoras, com anuência do segurado ou de seu representante legal, distribuem entre si, percentualmente, os riscos de determinada apólice, sem solidariedade entre elas;

O artigo 25 da Resolução CNSP nº 451/2022 assim estabelece:

Art. 25. As operações de cosseguero serão livremente pactuadas por duas ou mais sociedades seguradoras, com anuência do segurado, seu representante legal ou intermediário, não existindo responsabilidade solidária entre as sociedades seguradoras.

Parágrafo único. Não é permitida operação de cosseguero com participação de sociedade seguradora sem assunção de responsabilidade.

O contrato de cosseguero também se encontra previsto no artigo 761 do Código Civil, abaixo reproduzido: Art. 761. Quando o risco for assumido em co-seguro, a apólice indicará o segurador que administrará o contrato e representará os demais, para todos os seus efeitos.

Com efeito, o contrato de cosseguero é a operação pela qual há um compartilhamento de risco efetivado entre duas ou mais seguradoras, as quais respondem pela quota-parte que assumiu sobre as importâncias seguradas, perante o segurado, embora uma delas, denominada líder, administre o contrato e represente as demais, o que não implica dizer que não exista relação jurídica entre os seguradores e segurados.

As operações de cosseguero são comumente utilizadas pelas seguradoras nas contratações envolvendo valores vultosos, nas quais as seguradoras compartilham os riscos entre duas ou mais seguradoras, já que ampliam o limite de retenção das seguradoras.

No caso do presente certame, o valor do Limite Máximo de Garantia é de R\$ R\$ 58.000.000,00 (Cinquenta e oito milhões de reais). Portanto, a disputa em questão envolve valores vultosos.

A assunção de riscos em valores tão vultosos impacta drasticamente no limite de retenção das seguradoras, sendo relevante o compartilhamento do risco em regime de cosseguro.

Assim, a vedação a participação de seguradoras em cosseguro viola sobremaneira o caráter competitivo, eis que pouquíssimas seguradoras que operam no país terão limite de retenção suficiente na modalidade do seguro D&O para segurar os valores de LMG exigidos no edital e anexos, no importe de R\$ 58.000.000,00 (Cinquenta e oito milhões de reais).

É importante observar que a cessão de parte do risco para outras seguradoras mostra-se vantajosa para o órgão contratante, já que a pulverização do risco por meio de resseguro é mais onerosa para as seguradoras em comparação ao compartilhamento do risco em cosseguro, o que obviamente reflete no valor de prêmio a ser apresentado na proposta.

Conseqüentemente, a operação de cosseguro amplia de forma considerável a participação de seguradoras interessadas no certame e, conseqüentemente, amplia a almejada competitividade, permitindo, assim, a participação de empresas que eventualmente venham a apresentar valores de prêmio mais vantajosos à PPSA, cumprindo com o objetivo do processo licitatório que é a obtenção da proposta mais vantajosa às empresas de economia mista e, conseqüentemente, às empresas de economia mista.

Desta forma, não há razão para se impedir a participação de companhias seguradoras em regime de cosseguro, principalmente considerando o elevado Limite Máximo de Garantia fixado na licitação, qual seja, R\$ 58.000.000,00 (Cinquenta e oito milhões de reais), sob pena de não acudirem interessadas no presente certame.

A título ilustrativo, cumpre salientar que, caso a PPSA consultasse outros editais similares para contratação de seguros, iria verificar que é comum permitir a participação em cosseguro.

Como exemplo, reproduzimos abaixo as disposições que permitem o cosseguro previstas em alguns editais cujo objeto é a contratação de seguro:

- EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 11/2023 DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO
– Oferta de compra nº 801086801002023OC00019:

“3.5. Será admitida a participação de seguradoras em regime de cosseguro e/ou resseguro, nos termos do Decreto-Lei n.º 73/66, da Lei Complementar n.º 126/07, da Resolução CNSP n.º 164/07 e demais normas vigentes, devendo a proposta única, ser apresentada pela líder, elencando cosseguradora(s) / ressegurador, bem como a participação de cada entidade na aceitação dos riscos do objeto do contrato de seguro em pauta.

3.6. A constituição do cosseguro / resseguro deverá ser efetivada por compromisso público ou particular, assumido em conjunto pela líder, por cada uma das cosseguradoras e pelo ressegurador, em caso de resseguro.

3.7. A Seguradora participante da licitação na condição de cosseguradora está obrigada, a exemplo da líder, a apresentar todos os documentos de habilitação, bem como aceitar todas as demais condições estabelecidas em Edital.”

- EDITAL COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS – CEDAE - Rio de Janeiro - PREGÃO ELETRÔNICO Nº 622/2022 - DAD-3:

6.5 - Poderá haver participação das seguradoras em regime de cosseguro, desde que observado por todas as seguradoras o disposto abaixo:

a) As seguradoras somente poderão participar desta licitação em uma única Proposta Comercial, seja de forma individual, seja sob o regime de cosseguro;

b) Não poderá haver participação feita por Holding ou Consórcio que agrupe várias seguradoras e nem mesmo subcontratação;

c) Todas as seguradoras deverão comprovar o cumprimento de todas as exigências previstas no EDITAL e em seus ANEXOS, inclusive as condições de habilitação exigidas; e

d) Juntamente com a habilitação, deve ser apresentado o Termo de Constituição de Cosseguro, assinado por todas as cosseguradoras, informando os respectivos percentuais de participação e cláusula confirmando as exigências previstas no EDITAL.

- EDITAL COPASA – LICITAÇÃO MODO ABERTO ELETRÔNICO CPLI Nº 05.2023:

Vide item 13 do Termo de Referência anexo ao edital:

- INDÚSTRIAS NUCLEARES DO BRASIL S.A. – INB - EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO GESUP.F 1.002/2023:

Vide item 5 do Termo de Referência anexo ao edital, abaixo reproduzido:

“5. COSSEGURO

5.1 A operação de cosseguro será permitida, desde que atendida a íntegra das disposições da Circular CNSP nº 68/2001 e demais normativos aplicáveis à matéria.

5.2 Nas operações de cosseguro não existirá responsabilidade solidária entre as companhias seguradoras, tampouco será permitida operação de cosseguro com participação de seguradora sem assunção de responsabilidade.

5.3 O contrato de cosseguro deverá contemplar as seguintes cláusulas/condições:

5.3.1 A relação de todas as seguradoras participantes e os respectivos limites de responsabilidade assumidos;

5.3.2 A seguradora líder e suas atribuições;

5.3.3 A inexistência de responsabilidade solidária entre as sociedades seguradoras.

5.4 O pagamento do valor da indenização, no caso de cosseguro, deverá ser integralmente efetuado pela seguradora líder, independentemente da parte devida pelas outras entidades integrantes do cosseguro.

5.5 A empresa líder do cosseguro será responsável por todo o contato técnico e administrativo perante a INB, em especial quanto à emissão da apólice de seguros e regulação e liquidação de sinistros”

- COPEL Geração e Transmissão S.A - Pregão Eletrônico COPEL SGT220189/2022:

“7.1 PARTICIPAÇÃO DE COSSEGURO

Será permitida a participação de seguradoras em regime de cosseguro, desde que observado por todas as seguradoras o disposto abaixo:

7.1.1 A Seguradora líder poderá repassar parte do risco por meio de cosseguro a mais uma cossegurada sendo que a participação de responsabilidade da líder deverá ser superior a participação de responsabilidade da cossegurada.

7.1.2 As seguradoras, sob o regime de cosseguro, somente poderão participar desta licitação em uma única Proposta Comercial.

7.1.3 A Seguradora Líder representará a Cossegurada nos compromissos e obrigações que lhe compete em relação ao objeto da licitação, até o encerramento do Contrato, tais como: emissão, administração e operação da apólice e endossos, recebimento dos prêmios de seguro, pagamento integral das indenizações dos sinistros.

7.1.4 Ambas seguradoras deverão comprovar o cumprimento de todas as exigências previstas neste Edital e em seus anexos, inclusive as condições de habilitação exigidas, com exceção àquelas exigidas no item 5 deste Edital, que deverão ser atendidas apenas pela seguradora líder.”

- Edital CELESC S/A - EDITAL Pregão Eletrônico nº 22/00960:

Vide item 2 do Termo de Referência anexo ao edital, abaixo reproduzido:

“2.2.1. Será admitida a participação de seguradoras em regime de cosseguro, devendo a Proposta de Preços ser única, neste caso, ser apresentada pela Líder. 2.2.2. Qualquer seguradora somente pode participar da licitação em uma única Proposta de Preços, seja de forma individual, seja sob o regime de cosseguro. 2.2.3. A constituição do cosseguro deve ser

efetivada por compromisso público ou particular, assumido em conjunto pela Líder e por cada uma das cosseguradoras, com a declaração expressa de que tal compromisso valerá para todos os termos e fases da licitação e, no caso de Proposta de Preço vencedora, para a(s) apólice(s) emitidas pela Líder. 2.2.4. A empresa líder do cosseguro será responsável por todo o contato técnico e administrativo perante a CELESC, em especial quanto à emissão da apólice de seguros e regulação, liquidação de sinistros, comunicação, pagamentos e recebimentos. 2.2.5. O compromisso público ou particular de cosseguro, deve ser entregue pela seguradora líder no momento de assinatura do contrato. 2.2.6. O pagamento do valor da indenização, no caso de cosseguro, deverá ser integralmente efetuado pela seguradora líder, independentemente da parte devida pela outra cosseguradora.

- Edital CEMIG - Pregão Eletrônico nº 500-H16936 envolvendo o mesmo objeto em questão, ou seja, do seguro D&O,

11. COSSEGURO

11.1. No cumprimento do objeto da presente licitação, a CONTRATADA poderá distribuir em cosseguro parte do objeto desta contratação, conforme condições estabelecidas na Cláusula “Do Cosseguro” constante da Minuta de Contrato, anexo desse Edital.

Como se observa, os editais permitem que a participação de seguradoras em regime de cosseguro, eis que ampliam a participação de seguradoras e, conseqüentemente, atendem ao objetivo do processo licitatório, que é a obtenção da proposta mais vantajosa à administração pública.

Contudo, no certame em questão, restou vedada a participação de seguradoras em regime de cosseguro.

Ocorre que, ao afastar a participação de seguradoras em cosseguro, o instrumento convocatório e respectivo Termo de Referência violam o princípio da obtenção da competitividade, pois prevê vedação descabida capaz de restringir o caráter competitivo do certame, afastando seguradoras que eventualmente poderiam oferecer preços mais vantajosos à administração, em afronta ao disposto no artigo 31 da Lei 13.303/2016, abaixo reproduzido:

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Como é cediço, um dos princípios norteadores do procedimento licitatório é o da competitividade, o qual tem por objetivo alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Portanto, não se permite que sejam exigidas ou vedadas medidas que comprometam o caráter competitivo do certame.

Assim, para que a PPSA alcance o melhor contrato, é necessário que o edital e anexos promovam uma ampliação razoável do acesso ao processo licitatório.

Por todos os motivos acima explanados, resta evidente que a vedação de participação das seguradoras em regime de cosseguro restringe e frustra o caráter competitivo do certame e que desrespeitam os princípios básicos do art. 31 da Lei 13.303/2016, sendo imperiosa a exclusão/supressão da vedação prevista no item 4.4.1.2 do edital e na parte final do item 4.14.1 do Termo de Referência anexo ao edital em questão.

b) DO ALCANCE DA PENALIDADE PREVISTA NO ITEM 16.1 DO EDITAL

O item 16.1 do edital prevê a aplicação de penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF, conforme abaixo reproduzido:

16. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

16.1. Ficará impedido de licitar e de contratar com a União e será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até 2 (dois) anos, sem prejuízo das multas previstas neste Edital, no instrumento contratual e das demais cominações legais, garantido o direito à ampla defesa, o licitante que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta:

16.1.1. Não assinar o contrato;

16.1.2. Não entregar a documentação exigida neste Edital;

16.1.3. Apresentar documentação falsa;

16.1.4. Causar o atraso na execução do objeto;

16.1.5. Não mantiver a proposta;

16.1.6. Falhar na execução do contrato;

16.1.7. Fraudar a execução do contrato;

16.1.8. Comportar-se de modo inidôneo;

16.1.9. Declarar informações falsas; e

16.1.10. Cometer fraude fiscal.

Como se observa, o item 16.1 do edital amplia a aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a UNIÃO e descredenciamento do SICAF, quando deveria se restringir à entidade contratante, no caso PPSA.

A ora Impugnante julga conveniente primeiramente esclarecer que apresentou pedido de esclarecimentos questionando o alcance da penalidade prevista no item 16.1 do edital, para que fique claro que seria restrita a PPSA. Contudo, como o prazo para impugnação é o mesmo do pedido de esclarecimentos, a ora Impugnante apresenta, desde já, as razões pelas quais este tópico da presente impugnação também deve ser acolhido, caso a resposta ao questionamento apresentado pela ora Impugnante seja negativa.

Na presente contratação, aplicam-se tão somente as penalidades previstas no artigo 83 da Lei nº 13.303 de 2016, o qual assim estabelece:

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Nesse sentido também estabelece o art. 129 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PPSA, abaixo reproduzido:

Art. 129 – Pela inexecução total ou parcial do Contrato a PPSA, por meio de decisão motivada da DUR em conjunto com o Fiscal do Contrato, poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - Multa, na forma prevista no Edital ou no Contrato;

III - suspensão temporária de participação em Licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Como se observa, tanto o art. 83, inciso III, da Lei nº 13.303/2016 como o art. 129 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PPSA tratam da aplicação da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 anos, e não perante a União, como constou no item 16.1 do edital.

Impende-se esclarecer que o item 8.1, III, do Termo de Referência e a Cláusula 11.1.3 da Minuta do Contrato preveem a aplicação da penalidade de “suspensão temporária do direito de participar de licitações e de contratar com a PPSA, por prazo não superior a 2 (dois) anos”, estando, portanto, em conformidade com artigo 83 da Lei nº 13.303 de 2016 e com o art. 129 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PPSA.

Contudo, já o item 16.1 do edital ora impugnado prevê a aplicação da penalidade de impedimento de licitar e de contratar com a União, quando deveria se restringir à pessoa jurídica sancionadora e, ainda, prevê o descredenciamento no SICAF.

Ao que parece, a penalidade prevista no item 16.1 do edital encontra-se fundamentada no art. 49 do Decreto Federal nº 10.024/19, pois as hipóteses de incidência previstas nos subitens 16.1.1 a 16.1.10 são as mesmas que as elencadas no art. 49 do referido decreto.

Ocorre que o Decreto Federal nº 10.024/19 perdeu sua eficácia em 30 de dezembro de 2023, eis que o referido decreto foi publicado para regulamentar a Lei nº 10.520/02, conforme se verifica do seu preâmbulo:

DECRETO Nº 10.024, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, caput, incisos II, IV e VI, alínea “a”, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,

Assim, com base no artigo 193, “b”, da Lei nº 14.133 de 2021 (nova lei de licitações), em 30/12/23 a Lei nº 10.520/02 foi revogada, conforme abaixo reproduzido:

Art. 193. Revogam-se:

(...)

II - em 30 de dezembro de 2023:

(...)

b) a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002;

Diante da revogação expressa da Lei nº 10.520/02, o decreto que a regulamentou (Decreto nº 10.024/19) perdeu seu fundamento legal, deixando de produzir efeitos.

Portanto, não se mostram mais aplicáveis as disposições previstas no Decreto Federal nº 10.024/19, e portanto, não se aplica a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União prevista no seu artigo 49:

Art. 49. Ficará impedido de licitar e de contratar com a União e será descredenciado no Sicaf, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais, garantido o direito à ampla defesa, o licitante que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta:

I - não assinar o contrato ou a ata de registro de preços;

- II - não entregar a documentação exigida no edital;
- III - apresentar documentação falsa;
- IV - causar o atraso na execução do objeto;
- V - não manter a proposta;
- VI - falhar na execução do contrato;
- VII - fraudar a execução do contrato;
- VIII - comportar-se de modo inidôneo;
- IX - declarar informações falsas; e
- X - cometer fraude fiscal.

Por tal razão, o âmbito de incidência da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no item 16.1 do edital deveria estar restrita à pessoa jurídica sancionadora, ou seja, perante a PPSA, e não em relação a União, somado ao fato de que também não poderia determinar o descredenciamento no SICAF.

Assim, mostra-se imperioso que o item 16.1 do edital seja retificado para substituir o âmbito de incidência da penalidade, passando de “União” para “entidade sancionadora” ou PPSA, bem como que o trecho “e será descredenciado no SICAF” seja suprimido/excluído, de forma a adequá-lo às sanções previstas no artigo 83, III, da Lei 13.303/02 e ao art. 129 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PPSA.

Diante do exposto, impugna-se o disposto no item 16.1 do edital, requerendo que seja retificado o âmbito de incidência para a entidade sancionadora, ou seja, substituindo-se o termo “com a União” por “com a PPSA”, bem como que seja suprimido/excluído o trecho “e será descredenciado no SICAF”. Ademais, requer que seja excluído da parte final do item 18.9 do edital a aplicação subsidiária do Decreto nº 10.024/2019.

III – DO PEDIDO

Por todo o exposto, serve a presente para impugnar o edital relativo ao Pregão Eletrônico PE.PPSA.004/2024, requerendo que seja excluída a vedação prevista no item 4.4.1.2 do edital e na parte final do item 4.14.1 do Termo de Referência anexo ao edital ora impugnado, com a inclusão expressa de admissão desta operação no presente certame.

Por fim, requer que o item 16.1 do edital seja retificado, substituindo-se o termo “com a União” por “com a PPSA”, bem como que seja suprimido/excluído o trecho “e será descredenciado no SICAF”. Ademais, requer que seja excluído da parte final do item 18.9 do edital a aplicação subsidiária do Decreto nº 10.024/2019.

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 05 de abril de 2024.

Taís Castello Frosini

SOMPO SEGUROS S.A.

=====

RESPOSTA DA PPSA

=====

PARA: SOMPO SEGUROS S/A.

CNPJ sob o Nº 61.383.493/0001-80

Rio de Janeiro, 09 de abril de 2024

Prezados Senhores,

1. Acusamos o recebimento da Impugnação interposta por V. Sas. ao Pregão Eletrônico PE.PPSA.004/2024 às 14:16 (HH:MM) do dia 05 de abril de 2024, portanto tempestivamente, e, pela presente, apresentamos a nossa resposta, segundo o que adiante se expõe.

2. Em síntese, V. Sas. requerem o conhecimento desta Impugnação, acolhendo-a para que sejam sanadas as irregularidades presentes no edital de licitação de Pregão Eletrônico nº 004/2024, conforme descrito nos itens abaixo:

- a) Excluir a exigência ilegal do edital no seu item do Termo de Referência 4.4.1.2. “Não será admitida a participação de seguradoras em regime de cosseguro;” para que as seguradoras possam participar com o regime de cosseguro; e
- b) Que o item 16.1 do edital seja retificado, substituindo-se o termo “com a União” por “com a PPSA”, bem como que seja suprimido/excluído o trecho “e será descredenciado no SICAF”. Ademais, requer que seja excluído da parte final do item 18.9 do edital a aplicação subsidiária do Decreto nº 10.024/2019.

3. A impugnação foi submetida a análise da Conjur, que se manifestou nos seguintes termos:

Item a) Em que pese a Administração estar submetida ao princípio da legalidade, estando, portanto, a atuação do agente público vinculado à lei, há casos em que existe espaço de deliberação e atuação permitido pela própria lei, onde o agente público, diante do caso concreto, tem certa liberdade de decisão, estando diante do chamado poder discricionário da Administração.

Nesse sentido é o ensinamento de Couto e Silva:

“Ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta.” (COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 51-67, 1990).

Nesse mesmo sentido são os ensinamentos do ilustre Hely Lopes Meirelles:

“O ato administrativo discricionário é o que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade e escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 97, 2011).

A liberdade de escolha da Administração Pública durante as licitações é mais evidente durante a preparação do edital, na fase interna do processo. Após a publicação do edital, a Administração fica obrigada a seguir as diretrizes estabelecidas nele, sendo vinculada aos termos e condições ali descritos.

Um dos primeiros momentos em que essa liberdade administrativa é percebida na fase interna da licitação é quando a Administração determina o objeto a ser contratado e, também, **as cláusulas a serem incluídas no edital.**

Nota-se, pelo exposto, que a vedação à participação de seguradoras em regime de co-seguro encontra-se no campo da discricionariedade administrativa, tendo em vista que não há nenhuma norma legal que obrigue a sua aceitação. Ressalta-se, inclusive, que a Lei Complementar nº 126/07, elenca outros meios de distribuição dos riscos por parte das seguradoras que não foram vedados no edital, como, por exemplo, o resseguro.

O TCU, ao julgar caso similar ao da presente impugnação, se posicionou no seguinte sentido:

“(…)Em primeiro lugar, assiste razão à Eletrobras ao afirmar que não há norma que obrigue uma contratante a aceitar a pulverização de riscos mediante co-seguro. A Lei Complementar 126/2007, que dispõe sobre a política de resseguro e as operações de co-seguro, estabelece, basicamente, três instrumentos de distribuição de riscos, quais sejam o resseguro, a retrocessão e o co-seguro.

Considerando o elevado LMG fixado na licitação (R\$ 400 milhões), é importante que as seguradoras possam distribuir riscos, sob pena de não acudirem interessadas no certame. Contudo, a determinação dos meios para se atingir tal fim faz parte da discricionariedade do gestor.

Analogamente, permite-se comparar o co-seguro com o consórcio previsto no art. 33 da Lei 8.666/1993, que é de aceitação facultativa pela Administração. Sobre a comparação, vale citar a Decisão 192/1998 – TCU – Plenário, a saber:

Cumprе ressaltar que a incoerência do Edital da Concorrência n. 004/96, por si só, não caracteriza fato ilegal quando confrontado com o art. 33 da Lei nº 8.666/93, pois a Dataprev, no uso de sua discricionariedade, poderia simplesmente não permitir a participação de empresas em consórcio e exigir como de fato o fez de todas as empresas licitantes o preenchimento de todos os requisitos de habilitação elencados no Edital. Entretanto, uma vez admitida no Edital a participação de seguradoras em regime de co-seguro, deve-se confrontar tal permissão não com o art. 33 da Lei nº 8.666/93...

Além disso, permitir a participação de empresas em co-seguro não significa, necessariamente, maior competitividade. Com efeito, o BNDES, ao contratar seguradora para emissão de apólice de seguro D&O, por meio do Pregão Eletrônico 35/2012, permitiu a participação de licitantes em regime de co-seguro (www.bndes.gov.br). Na ocasião, de acordo com a ata do pregão disponível no sistema Comprasnet, apenas a seguradora Itaú Seguros S.A. apresentou proposta, em regime de co-seguro com outras três seguradoras.

Com razão a Eletrobras, então, quanto a não obrigatoriedade de aceitação de seguradoras em regime de co-seguro.

(…)

9. Pesa a favor da Eletrobras, ainda, a conclusão no sentido de que não houve direcionamento do certame e de que assiste razão à Eletrobras quanto a não obrigatoriedade de aceitação de seguradoras em regime de co-seguro.(...) (TCU - Acórdão 116/2013 – Plenário)” (grifo nosso).

Cumprido destacar, contudo, que, segundo Juarez Freitas, considera-se que a atuação da Administração só será legítima se observados os princípios constitucionais, e a discricionariedade só pode ser utilizada quando houver justificativa que abarque boas razões de fato e de direito (Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2009, p.22).

Além dos princípios constitucionais, deverão ser respeitados os princípios trazidos no art. 5º da Lei 14.133/21, dos quais destacamos o princípio da competitividade.

Conclui-se, portanto, que a matéria ora impugnada está no campo da discricionariedade administrativa, podendo, em juízo de conveniência e justificado pela área técnica, ser provida a impugnação de modo a excluir a vedação de participação de seguradoras em regime de co-seguro, no intuito de ampliar a competitividade do certame.

Item b) Quanto à abrangência da penalidade prevista no item 16.1 do Edital do Pregão PE.PPSA. 004/2024, razão assiste à impugnante.

A Lei 14.133/2021 estabelece no seu art. 156 que:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. (...)

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.”

Ainda, a Lei nº 13.303/2016 prevê:

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

No mesmo sentido, é o estabelecido no RILC da PPSA, veja-se:

Art. 129 – Pela inexecução total ou parcial do Contrato a PPSA, por meio de decisão motivada da DUR em conjunto com o Fiscal do Contrato, poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - Multa, na forma prevista no Edital ou no Contrato;

III - suspensão temporária de participação em Licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

*Dessa forma, entendemos que a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar **deve se restringir apenas às contratações junto à PPSA**, conforme a Lei nº 13.303/2016 e o Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PPSA.*

*Quanto ao Decreto nº 10.024/2019, há entendimentos diversos sobre a sua revogação tácita de modo que ainda não há unicidade na doutrina e jurisprudência acerca do tema. Portanto, **não recomendamos a exclusão das referências feitas no Edital**.*

4. Ouvida a área jurídica da PPSA, apresentamos a seguir a análise das argumentações expostas no pedido de IMPUGNAÇÃO recebido:

a) Tendo em vista que o Limite de Garantia aumentou consideravelmente em relação ao edital do contrato atual, em fase de encerramento, a saber, de R\$ 20 milhões para R\$ 58 milhões, e que portanto, pode ser considerado como de grande risco, o que está previsto na legislação que nestes casos o contrato de cosseguro é amplamente utilizado, e com o objetivo de ampliar a competitividade do certame, permitindo uma maior participação de empresas e buscando a otimização de custos para a administração o entendimento de que a participação de empresas seguradoras em regime de cosseguro DEVA SER PERMITIDA no Edital.

b) A solicitação de retificação do item 16.1 do Edital, para abrangência somente à PPSA e não à União, É PERTINENTE; e

c) A exclusão da referência ao Decreto Lei 10.024/2019 no item 18.9 do Edital NÃO É PERTINENTE.

5. Desta maneira, entendemos que, de forma a anular a origem da irregularidade apontada pela impugnante ao presente pregão PE.PPSA.004/2024, e mantendo o interesse, a tempestividade e a legitimidade do certame, a PPSA decide por DAR-LHE PROVIMENTO e proceder com as alterações mencionadas no item 4, acima, no que couber, no Termo de Referência e no Edital através de emissão de SUPLEMENTO ao mesmo, inclusive no tocante ao adiamento da data da realização da sessão de lances do pregão, pelo prazo legal previsto, sua devida atualização no sistema comprasnet e no site da PPSA, mantendo inalteradas as demais disposições do instrumento convocatório.

Atenciosamente,

Samir Passos Awad
Diretor de Administração, Finanças
e Comercialização