

São Paulo, 11 de julho de 2019.

Ao

Ministério da Economia

Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital

Secretaria Geral – Central de Compras – Coordenação-Geral de Licitações

Senhora Pregoeira Gilnara Pinto Pereira

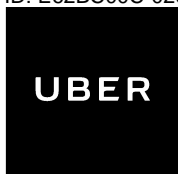
Via Correio Eletrônico: central.licitacao@planejamento.gov.br

Ref.: Pregão Eletrônico – Ministério da Economia n.º 4/2019

Processo Administrativo n.º 05110.003783/2018-97

Prezados Senhores,

UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/ME sob o n.º 17.895.646/0001-87, com sede em São Paulo - SP, na Avenida Juscelino Kubitschek, n.º 1909, 12º, 14º e 15º andares, salas 121, 141 e 151, vem respeitosamente à presença de V.Sas., na forma do item 22.5. do Edital, apresentar pedido de **esclarecimentos sobre o Edital do Pregão Eletrônico n.º 4/2019 (“Edital”)**, do Ministério da Economia, nos termos que se seguem.



1. RESSALVA NECESSÁRIA: O MODELO DE NEGÓCIOS DA UBER

Inicialmente, cabe tratar das premissas fundamentais sobre o modo de atuação da UBER, que refletem o modo de atuação de grande parte das operadoras de transporte remunerado privado individual de passageiros. Tais premissas devem ser tomadas em consideração para viabilizar a sua participação no presente certame e justificam as considerações expostas no presente documento.

O primeiro ponto fundamental consiste em que a UBER é uma empresa de tecnologia que não presta serviços de transporte, mas sim de intermediação. Sua atuação consiste em viabilizar a aproximação entre prestadores de serviços de transporte (“motoristas parceiros”) e tomadores desses serviços (“usuários”). Os motoristas parceiros são prestadores de serviço de transporte individual privado, atuando de maneira independente e autônoma, e contratam por conta própria os serviços de intermediação digital prestados pela UBER. Como consequência, a UBER não possui motoristas nem frota de veículos próprios.

O segundo ponto fundamental consiste no cálculo do valor pago pelo usuário. De modo a viabilizar a intermediação entre motoristas e usuários, a UBER apresenta um modelo de preço dinâmico que pode variar de modo a equilibrar a oferta e a demanda no momento da prestação, da forma mais eficiente possível. Essa particularidade no tocante à formação do preço já é amplamente conhecida no Brasil. Mais ainda, é amplamente aceita pelos usuários, que conseguem perceber de imediato, no momento de cada consulta ao aplicativo da UBER, se o preço apresentado está adequado com o trajeto pretendido no momento da solicitação do serviço.



2. COMPATIBILIDADE ENTRE O PREÇO POR QUILOMETRO E A TARIFA DINÂMICA

O Edital (item 1.4) e o Termo de Referência (item 6.1) parecem definir que o critério de julgamento da licitação consiste no menor preço por quilômetro rodado. De acordo com o item 1.4, *“O quantitativo global estimado é de 5.104.115 (cinco milhões, cento e quatro mil e cento e quinze) quilômetros na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, considerado o preço de referência de R\$ 3,21 (três reais e vinte e um centavos) por quilômetro, para um período de 12 (doze) meses”*.

No entanto, o Termo de Referência admite a adoção do modelo de preço dinâmico, baseado na demanda e na oferta do serviço no momento de solicitação da corrida: *“Serão admitidas quaisquer soluções que não utilizem como medição o preço fixo por quilômetro rodado, como é o caso de tarifa dinâmica, por exemplo, bem como serão admitidas quaisquer formas de composição do preço, inclusive com bandeirada, consumo mínimo, hora parada, tarifa horária, tarifa quilométrica, tarifa fixa por corrida e outros”* (item 6.4.2).

A despeito de supostamente admitir o serviço de tarifa dinâmica, o item 6.4.1 do Termo de Referência preconiza que *“O valor de cada corrida, a ser faturado ao final do mês, deverá ser igual ou inferior (nos casos de utilização de tarifa dinâmica) à quantidade de quilômetros rodados multiplicado pelo preço contratado por quilômetro”*. Ainda nessa direção, aponta-se o item 6.4.3.1 do Termo de Referência.

Acaba-se, nesse sentido, por se vislumbrar uma contradição entre os dispositivos em questão, pois, se de um lado há admissão de tarifa dinâmica, o item 6.4.1 do Termo de Referência faz menção a um preço fixo e estático.



Cumprе ressaltar que a tarifa dinâmica faz parte do modelo de negócios de grande parte das empresas que oferecem o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros e, assim, para não haver restrição do caráter competitivo do certame, o Termo de Referência deve ser revisto de modo a expressamente admitir sua adoção pela CONTRATADA.

Nesse cenário, a UBER entende que a interpretação que melhor concilia os interesses da Contratante e das Licitantes é a de que o preço indicado na proposta vencedora consista em um teto considerado para o pagamento a ser faturado ao final de cada mês – e não individualmente considerado em cada viagem realizada. Dessa forma, o preço por quilômetro indicado na proposta poderá variar – seja por conta de promoções da licitante, seja por conta da tarifa dinâmica -, mas o pagamento faturado ao final do mês deverá observar o valor máximo mensal decorrente da proposta. Este valor máximo mensal consiste no quantitativo global de quilômetros estimado no Edital multiplicado pelo preço por quilômetro da proposta, e posteriormente dividido por 12 (doze).

Em síntese, a precificação por quilômetro na proposta vencedora deve ser utilizada para calcular o teto do faturamento ao final do mês, e não um teto para cada viagem individualmente considerada, sob pena de se ignorar a tarifa dinâmica, prática inerente ao modelo de negócio de muitas das licitantes. Nesse sentido, cumprе verificar o seguinte precedente do TCU:

“Outra solução que poderia flexibilizar a participação de empresas que operam com tarifas diferenciadas por corrida (tarifa dinâmica) seria a que foi adotada pela Prefeitura de São Paulo no pregão 2/2017 (peça 36) (...). Nesse certame, utilizou-se como critério de julgamento o menor preço por quilômetro, facultando-se a adoção de quaisquer formas de composição de preços (bandeirada, tarifa horária, tarifa quilométrica, tarifa fixa por corrida e outros), **desde que o valor total das corridas, ao final de**

The logo for Uber, consisting of the word "UBER" in white, uppercase, sans-serif font, centered within a solid black square.

cada mês, fosse igual ou inferior ao valor mensal equivalente à cobrança de cada corrida pelo preço médio por quilômetro da proposta de preços (peça 36, p. 27)” (TCU, Acórdão 1.873/2018, Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo).

Por essa razão, a UBER solicita esclarecimento a respeito da compatibilidade entre a cobrança dos serviços de corrida realizados com tarifa dinâmica e as disposições do Termo de Referência, de modo a verificar se a interpretação acima proposta está de acordo com o entendimento da Contratante. Em seguida, sugere-se a alteração da redação dos itens supramencionados para evitar divergências interpretativas.

3. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA: EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL E DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS E GARANTIA: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO POSICIONAMENTO DO TCU

O item 8.8.2 do Edital trata da “Qualificação Econômico-Financeira” e determina que, dentre outros documentos, os licitantes deverão apresentar “*balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta*”.

Veja-se, ainda, que o item 13.1 do Edital determina que “*A contratada deverá apresentar, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do Contrato, comprovante de prestação de garantia, com vigência mínima de 90 (noventa) dias após a vigência do contrato, no valor equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do Contrato, podendo*



UBER

optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária". Essa é uma garantia de execução do contrato que, como se verá adiante, faz-se relevante para que o Edital esteja em conformidade com a Súmula 275 do TCU.

Fato é que essa dupla exigência - de apresentação de demonstrações financeiras e outorga de garantia - não pode subsistir no Edital em questão, pois, como se passa a demonstrar, o direito somente admite que o edital requeira das licitantes 01 (uma) dentre as exigências de qualificação econômico-financeira previstas de forma genérica na legislação. Vejamos.

O art. 31 da Lei nº 8.666/1993 dispõe:

"Art. 31. A documentação relativa à **qualificação econômico-financeira** limitar-se-á a:

I - **balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa**, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - **certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor** da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1o do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1o A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, **vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade**. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2o A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, **poderá estabelecer**, no instrumento convocatório da

The logo for Uber, consisting of the word "UBER" in white, uppercase, sans-serif font, centered within a solid black square.

licitação, **a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1o do art. 56 desta Lei,** como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

§ 3o **O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta,** na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4o Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5o **A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação**”.

De acordo com entendimento pacificado e sumulado do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre o tema, **a Administração Pública tem que escolher um dentre os critérios legalmente previstos, não podendo exigí-los de forma cumulativa:**

TCU. Súmula nº 275 – Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa,** capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

O presente Edital, no entanto, ao exigir cumulativamente (i) a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações financeiras (item 8.8.2) e, ainda, (ii) a

The logo consists of the word "UBER" in white, uppercase, sans-serif font, centered within a solid black square.

garantia de execução do contrato (item 13.1) termina por violar o art. 31 da Lei nº 8.666/93. Realmente, se a licitante vencedora já está obrigada a fornecer garantia de fiel execução de suas obrigações, nos termos do Edital e conforme facultado pelo art. 31, §2, da Lei nº 8.666/93, torna-se arbitrária a exigência de apresentação de comprovação documental adicional para atestação de sua qualificação econômico-financeira.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça ("STJ") já esclareceu em acórdão que a exigência de apresentação de balanço patrimonial e demonstrações financeiras não é uma exigência que deva necessariamente constar de editais de licitação:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI 8666/93. NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. **A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (art. 31, inc. I), para fins de habilitação.**

2. "In casu", a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital.

3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. **Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93.** (REsp 402711/SP, Rel. Ministro



JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 19/08/2002, p. 145)

E, em sentido semelhante, determinou:

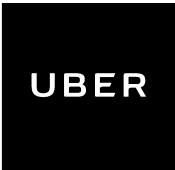
O art. 31, §2º da Lei de Licitações determina que a Administração eleja um dos três requisitos, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado.

(RESP 822.337/MSm Rel Min. Francisco Falcão, julgado em 16/05/2006, DJ 01/06/2006)

Sendo assim, face às diversas possibilidades previstas em lei, a Administração Pública deverá adotar critérios compatíveis com o objeto, valor e prazo do contrato, sem que se restrinja de forma desnecessária o caráter competitivo da licitação nem se viole o direito ao segredo empresarial e ao sigilo de informações financeiras das licitantes. Trata-se de medida exigida, inclusive, pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que regem a atuação da Administração Pública Federal nos termos do art. 2º da Lei nº 9.784/99 e exigem que, na promoção do interesse público, o poder público adote sempre a medida menos restritiva a direitos dos administrados:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Nesse sentido, a exigência de garantia parece ser a forma que melhor assegura a competitividade do certame, ao mesmo tempo em que permite a participação de empresas que não são legalmente obrigadas a produzir (caso das micro e pequenas empresas optantes pelo Simples) ou a dar publicidade aos seus balanços patrimoniais e demonstrações financeiras (caso das sociedades que não sejam caracterizadas



como de grande porte nos termos da Lei n.º 11.638/2007, as quais não precisam arquivar esses documentos no registro do comércio).¹ Por isso mesmo, a jurisprudência já admitiu o afastamento da exigência de apresentação de balanço patrimonial e demonstrações financeiras de micro e pequenas empresas optantes pelo Simples, reconhecendo que, se a legislação tributária dispensa esse documento, não pode a Administração Pública exigí-lo em procedimento licitatório. Vejamos:

“MANDADO DE SEGURANÇA – Licitação – Modalidade de Concorrência – Impetrante que foi inabilitada por não cumprir determinação do edital próprio, relativa à apresentação de balanço patrimonial e demonstrativo contábil do último exercício social – Ilegalidade – Impetrante que é microempresa optante do “SIMPLES” que, a teor do disposto na Lei 9.317/96, dispensa a obrigatoriedade de apresentação de balanço patrimonial e demonstrativos contábeis – Ordem concedida” (TJSP, Apelação nº 0052681-11.2004.8.26.0000, 3 Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. em 18.03.2008).

“MANDADO DE SEGURANÇA – Licitação – Renovação de cadastro para viabilizar participação em procedimentos licitatórios – Admissibilidade – Empresa de pequeno porte – Dispensada legalmente da representação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis – Lei nº 9.317/96 (regime tributário de micros e pequenas empresas) e artigo 179, da CF. – Ordem confirmada – Recurso não provido” (TJSP, Apelação nº 9192057-24.2002.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Soares Lima, j. em 15.05.2008)

¹ Deliberação da Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) n. 02, de 25 de março de 2015: “Art. 1º. As sociedades empresárias e cooperativas consideradas de grande porte, nos termos da Lei nº 11.638/2007, deverão publicar o Balanço Anual e as Demonstrações Financeiras do último exercício, em jornal de grande circulação no local da sede da sociedade e no Diário Oficial do Estado. Art. 2º. Será dispensada a apresentação da publicação acima indicada nos casos em que a sociedade requerer o arquivamento da ata de aprovação do Balanço Anual e das Demonstrações Financeiras, acompanhada de “declaração” de que não se trata de sociedade de grande porte nos termos da Lei nº 11.638/2007, firmada pelo Administrador, conjuntamente com contabilista, devidamente habilitado”. No mesmo sentido, dispõe o enunciado nº 49 da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (Jucerja): Ressalvado o disposto no Enunciado nº 39 sobre limitadas de grande porte, a ata da reunião ou assembleia de sócios das limitadas, na qual se aprovam as contas dos administradores e se delibera sobre o Balanço patrimonial, pode deixar de anexar os respectivos demonstrativos contábeis desde que, em declaração apartada ou no texto da ata, o administrador afirme, sob as penas da lei e conjuntamente com contador, que não se trata de sociedade limitada de grande porte, nos termos da Lei nº 11.638/2007”.



Dessa forma, verifica-se que a exigência de apresentação de balanço patrimonial e demonstrações financeiras mostra-se, em muitos casos, contrária à legislação que rege relevante parcela das empresas brasileiras, razão pela qual Marçal Justen Filho defende que os editais deveriam facultar ao particular a escolha de uma das três formas previstas no art. 31, § 2º, para comprovar a sua qualificação:

“A alternativa não tem sido explorada na realidade prática, mas nada impede que o seja. O interessado poderia, inclusive, impugnar a cláusula editalícia que não previsse a possibilidade da aplicação da alternatividade. Não se contraponha o argumento de que a Administração disporia de discricionariedade para escolher a via que bem lhe aprouvesse para apurar objetivamente a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Esse raciocínio não pode sobreviver a uma questão também objetiva: qual é o melhor, para a Administração, entre a situação de o licitante ser titular de um certo patrimônio líquido ou de apresentar um seguro-garantia no mesmo valor? A resposta é evidente: o mais satisfatório é o seguro-garantia, inclusive porque a evolução dos fatos pode conduzir à redução do patrimônio líquido do sujeito (...).”²

Em todo caso, fato é que a Lei nº 8.666/93 não traz uma exigência absoluta de apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis. Tendo em vista as previsões legais que protegem, por exemplo, as empresas optantes pelo Simples, a exigência de natureza econômico-financeira que melhor resguarda a mais ampla participação de licitantes é o requerimento de apresentação de garantia do adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

Também sob a ótica concorrencial chega-se ao mesmo entendimento. O Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) dispõe que o acesso aos autos, documentos, objetos, dados e informações que forem

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 764-765.



relacionados à situação econômico-financeira da empresa podem ser de acesso restrito, reconhecendo o caráter confidencial e estratégico de que podem vir a se revestir balanços patrimoniais e demonstrações financeiras. Nos termos do RICADE, aprovado pela Resolução nº 22/2019:

Art. 51. Conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido, em virtude de sigilo decorrente de lei ou por constituir informação relativa à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto nº 7.724/12), o acesso restrito de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a:

I - escrituração mercantil;

II - situação econômico-financeira de empresa;

(...)

VI - faturamento do interessado;

(...)

IX - último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento ver caráter público;

X - valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras;

(...)

Dessa forma e à luz de todo o acima exposto, dada a necessidade de se preservar a competitividade do certame e preservar direitos legítimos de empresas que não têm obrigação de produzir balanços patrimoniais e demonstrações financeiras ou de proceder à sua divulgação ao público, solicita-se que a CONTRATANTE adote a medida com conteúdo menos restritivo no que tange a requisitos de habilitação econômico-financeira, esclarecendo que a previsão da necessidade de outorga de garantia de fiel execução do contrato por parte do licitante vencedor, estabelecida no item 13 do Edital e seus subitens, dispensa a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações financeiras.



4. O CONCEITO DE “GESTÃO EM TEMPO REAL”

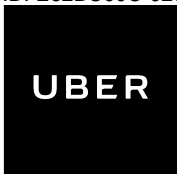
O item 5.1 do Termo de Referência dispõe que *“O serviço deve ser executado observando-se as regras e condições estabelecidas neste TR, de forma ininterrupta durante 24 (vinte e quatro) horas por dia, inclusive sábados, domingos e feriados, com disponibilização pela CONTRATADA de solução tecnológica para a operação e a gestão em tempo real, por meio de aplicação web e aplicativo mobile.”*.

Assim, solicita-se esclarecimento sobre o que se entende por “gestão em tempo real”, de modo a permitir que as licitantes verifiquem se seus serviços satisfazem esta exigência.

5. PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITOS AUTORAIS

No Termo de Referência, o item 11.21.1 dispõe que será assegurado à contratante *“o direito de propriedade intelectual dos produtos desenvolvidos, inclusive sobre as eventuais adequações e atualizações que vierem a ser realizadas, logo após o recebimento de cada parcela, de forma permanente, permitindo à contratante distribuir, alterar e utilizar os mesmos sem limitações;”*. Por sua vez, o item 11.21.2 prevê que *“Os direitos autorais da solução, do projeto, de suas especificações técnicas, da documentação produzida e congêneres, e de todos os demais produtos gerados na execução do contrato, inclusive aqueles produzidos por terceiros subcontratados, ficando proibida a sua utilização sem que exista autorização expressa da Contratante, sob pena de multa, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.”*.

Segundo o Termo de Referência, essa exigência alegadamente se basearia no subitem 6.1, ‘a’ e ‘b’ do Anexo II – F da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 25/05/2017, que tem a seguinte redação:



ANEXO VII-F MODELO DE MINUTA DE CONTRATO

Conforme o art. 35 desta Instrução Normativa, devem ser utilizados preferencialmente os modelos de minutas padronizados de atos convocatórios e contratos da Advocacia-Geral União, observadas as seguintes regras complementares.

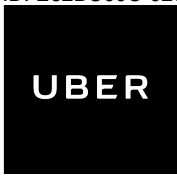
6.1. Cláusula que contemple, **a depender da natureza do serviço**, os seguintes direitos à contratante:

a) o direito de propriedade intelectual dos produtos desenvolvidos, inclusive sobre as eventuais adequações e atualizações que vierem a ser realizadas, logo após o recebimento de cada parcela, de forma permanente, permitindo à contratante distribuir, alterar e utilizar estes sem limitações;

b) os direitos autorais da solução, do projeto, de suas especificações técnicas, da documentação produzida e congêneres, e de todos os demais produtos gerados na execução do contrato, inclusive aqueles produzidos por terceiros subcontratados, ficando proibida a sua utilização sem que exista autorização expressa da contratante, sob pena de multa, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis”.

Veja-se, portanto, que a Instrução Normativa referida é clara ao mencionar que as disposições do modelo de minuta-padrão de contrato elaborada pelo Ministério do Planejamento sobre propriedade intelectual somente serão aplicáveis “a depender da natureza do serviço”. No presente caso, o objeto, como visto, é a “*contratação de transporte terrestre ou agenciamento/intermediação de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviço dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal – APF, por demanda e no âmbito da Região Metropolitana do Rio de Janeiro*”.

Aß



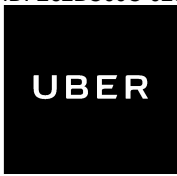
Não há, portanto, qualquer produção de propriedade intelectual custeada pela Administração Pública por força do contrato que será firmado que sustente a exigência de transferência de direitos de propriedade intelectual. É de se destacar ainda que o mercado de atuação da licitante compete eminentemente por meio de inovação, tecnologia e propriedade intelectual.

Portanto, a exigência de transferência da propriedade intelectual no contexto da contratação pretendida pela Administração Pública termina por violar o art. 5º, XXIX, da Constituição Federal, segundo o qual *“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”*.

Dessa forma, solicita-se a exclusão dos itens 11.21, 11.21.1 e 11.21.2 por serem incompatíveis com o objeto da contratação ora realizada, que se trata de mera prestação de serviços de intermediação ou contratação de serviços de transporte (a depender do caso), o que nada tem a ver com a produção de propriedade intelectual que deva ser transferida à Administração Pública.

6. O PERFIL DO ADMINISTRADOR E SUAS FUNCIONALIDADES

O item 5.4.1 do Termo de Referência dispõe que *“A critério da CONTRATANTE, o cadastramento dos dados dos órgãos e entidades, unidades administrativas e gestores e usuários deve ser realizado pela CONTRATADA, mediante fornecimento de arquivo eletrônico com os dados a serem incluídos ou alterados”*. Em seguida, o item 5.4.2 prevê que *“No caso de inativação de órgãos, entidades ou unidades*



administrativas, após comunicado da CONTRATANTE todos os usuários e gestores vinculados deverão ter o acesso à solução tecnológica bloqueado”.

Em diversos momentos, o Termo de Referência estabelece uma autonomia do administrador para gestão dos perfis. Portanto, sugere-se a adequação do texto para dispor que as atividades previstas nos itens 5.4.1 e 5.4.2 deverão ser feitas pelos administradores e não pela contratada.

7. EXIGÊNCIA DO CADASTRO NO SICAF

O item 4.1 do Edital estabelece que só poderão participar do Pregão os interessados cadastrados no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF. Contudo, em momento posterior, o mesmo Edital trata da participação de fornecedores que não estejam cadastrados no SICAF (item 8.5).

Cumpra salientar que o TCU já apresentou posicionamento no sentido de que o cadastro no SICAF não é obrigatório e, portanto, não pode ser uma condição necessária à habilitação dos licitantes interessados. Veja-se:

“19. Depreende-se dos dispositivos transcritos que, em um procedimento licitatório pertinente à aquisição de bens e serviços, inclusive de obras, como é o caso, o gestor público tem o dever de facultar ao licitante a possibilidade de sua habilitação no certame ser aferida por meio do Sicaf. Indo além, por dedução lógica, ao permitirem que a licitante decline dessa faculdade, esses mesmos dispositivos reconhecem que o registro no referido Sicaf não é condição necessária para que a empresa seja habilitada em processo licitatório.” (TCU, Acórdão 199/2016, Min. Relator Marcos Bemquerer)



Assim, solicita-se a alteração da redação do item 4.1 de modo a deixar claro que o cadastro no SICAF é uma opção do licitante, e não uma obrigação.

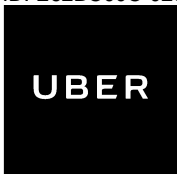
8. LIMITES AOS VALORES GASTOS

O item 5.5 do Termo de Referência determina que “*Os valores dos limites de despesa com o serviço dos ÓRGÃOS e ENTIDADES devem ser aportados somente pelo GESTOR do CONTRATANTE, a qualquer momento, podendo incluir, alterar ou excluir valores, conforme especificado no Anexo B deste TR, com o respectivo registro do log na solução tecnológica*”. Sobre o dispositivo, a UBER entende que essas atividades serão realizadas até o limite de crédito registrado no sistema, pois o valor limite dependerá da estimativa que tiver sido feita para cada órgão.

Assim, o gestor poderá incluir, alterar ou excluir os valores até o limite de crédito e também poderá requerer o aumento desse crédito para a UBER. Solicita-se a confirmação deste entendimento.

9. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA DA UBER

O item 5.11 do Termo de Referência prevê que é obrigação da contratada zelar pelo cumprimento das normas do CONTRAN, pelo atendimento dos clientes com presteza e polidez (subitem “a”), pelo uso de trajés adequados pelos motoristas (subitem “b”), e pela manutenção do veículo em boas condições de segurança, funcionamento e higiene (subitem “c”). No entanto, o Edital admite a contratação de serviços de intermediação de transporte terrestre e, nesses serviços, não é possível exigir da intermediadora a fiscalização sobre as atividades dos motoristas parceiros, que não são seus empregados.



Por essa razão, solicita-se a reformulação do item 5.11, para que somente seja exigível quando a contratada for prestadora de serviços de transporte terrestre, mas não quando a contratada for empresa intermediadora de serviços de transporte terrestre.

10. ACESSO A INFORMAÇÕES DA PLATAFORMA

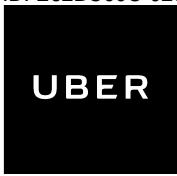
Os itens 11.36 e 11.36.1 do Termo de Referência dispõem:

“11.36 Possibilitar à CONTRATANTE acesso de consulta, a qualquer tempo, à réplica do banco de dados referentes ao contrato, para análise do log de eventos, ou disponibilizar versão da base de dados de mídia própria à CONTRATANTE, ou ainda franquear acesso por intermédio de conexão remota pela rede de dados, com metodologia e protocolo a ser definido pela CONTRATANTE.

11.36.1 O acesso/disponibilização em questão também poderão ser atendidos por intermédio de soluções de WEBSERVICE ou API de dados que viabilizem o consumo de todas as informações de base para gestão e transparência sobre os dados”.

De acordo com o item 11.36, a metodologia e protocolo para disponibilização do banco de dados referente ao CONTRATO ainda será elaborada pela CONTRATANTE. Ocorre que essa metodologia é essencial para que licitantes possam ter efetivo conhecimento sobre se têm ou não condições de atender às exigências da Administração Pública.

Nesse sentido, pede-se à CONTRATANTE esclarecer que a exigência em questão se limita à extração de um relatório objetivo, a partir do banco de dados da CONTRATADA, que permita à CONTRATANTE ter uma lista com os registros das viagens realizadas pelos usuários da CONTRATANTE com número de identificação



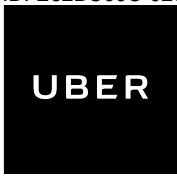
do solicitante, par de origem/destino, data e hora da solicitação e a respectiva quantidade de quilômetros rodados.

11. RESPONSABILIDADE DAS INTERMEDIADORAS DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE

A. RESPONSABILIDADE PELOS ATOS DOS MOTORISTAS PARCEIROS

De acordo com o item 11 do Termo de Referência, são obrigações da contratada: *“Responsabilizar-se por todas as despesas com materiais, mão de obra, transportes, equipamentos, máquinas, seguros, taxas, tributos, incidências fiscais, trabalhistas e previdenciárias, salários, custos diretos e indiretos, encargos sociais e contribuições de qualquer natureza ou espécie, necessários à perfeita execução do contrato”* (item 11.26), *“Responsabilizar-se pela defesa, inclusive por custos, despesas e honorários advocatícios, bem como pelo cumprimento das decisões judiciais em ações judiciais eventualmente propostas por seus prepostos, empregados, cooperados, credenciados ou parceiros envolvendo a CONTRATANTE, isentando-a de quaisquer responsabilidades e/ou ônus diretos ou indiretamente decorrentes”* (item 11.31) e *“Responsabilizar-se, inclusive civil e criminalmente, por eventuais danos causados à CONTRATANTE, aos seus servidores e empregados ou a terceiros, independentemente de culpa ou dolo, inclusive respondendo pelos danos causados pelos seus prepostos, empregados, cooperados, credenciados ou parceiros na execução do serviço.”* (item 11.32).

No entanto, quando a contratada for empresa de intermediação de serviços de transporte, a UBER entende que as obrigações acima descritas não se aplicam, uma vez que sua responsabilidade está limitada aos serviços prestados pela empresa e não alcança os serviços prestados pelos motoristas parceiros, que são os únicos e exclusivos responsáveis por suas ações.



Dessa forma, solicita-se a alteração dos itens acima de modo a excluir a responsabilidade das empresas de intermediação de serviços de transporte pelos atos dos motoristas parceiros.

B. RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Ainda, o item 11.32 do Termo de Referência determina que a CONTRATADA será criminalmente responsável pelos eventuais danos causados à CONTRATANTE, aos seus servidores e empregados ou a terceiros. No entanto, à luz do ordenamento jurídico pátrio, exceto nas hipóteses de crime ambiental, não se admite a responsabilização criminal de Pessoas Jurídicas. Tampouco existe responsabilidade criminal “independentemente de culpa ou dolo”, contrariamente ao que determina referido item. Portanto, solicita-se a exclusão da referência à possibilidade de responsabilização criminal da CONTRATADA.

12. DA GARANTIA PELOS SERVIÇOS PRESTADOS

Em seu item 13, o Edital trata da garantia da execução do serviço que deve ser prestada pela contratada. Em seguida, o item 13.2 determina que a garantia assegurará o pagamento de: (i) prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do Contrato; (ii) prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; e (iii) multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada.

Como exposto em momento anterior, a UBER é uma empresa prestadora do serviço de intermediação de transportes, de modo que não pode ser responsável pelos danos causados por seus motoristas parceiros.



Assim, a UBER solicita que seja esclarecido no texto do item 13.2 do Edital que, no caso de a CONTRATADA vir a ser uma empresa de agenciamento/intermediação de transportes terrestres, a Garantia a ser fornecida pela CONTRATADA não abrange atos ensejadores de responsabilidade civil, penal ou administrativa praticados pelos motoristas parceiros, de modo que a Garantia não será acionada nesses casos. No caso de se sagrar vencedora uma empresa de agenciamento ou intermediação, o objeto da contratação em tela será apenas o serviço de intermediação entre CONTRATANTE e motoristas parceiros, não se podendo exigir de empresas como a Uber garantia por atos ou omissões de motoristas parceiros.

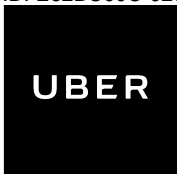
13. REALIZAÇÃO DE AUDITORIA

O item 1 do Anexo A do Termo de Referência determina, no ponto “i”, que a solução tecnológica da contratada deverá conter características que “*permitam auditoria para fins de garantia da disponibilidade e integridade das informações*”. Contudo, as informações da solução tecnológicas das empresas intermediadoras de serviço de transporte são confidenciais e fazem parte da gestão estratégica de cada uma das empresas, de modo que esses segredos industriais não devem ser objeto de auditorias por parte da CONTRATANTE.

Diante disso, a UBER entende que o item não autoriza a CONTRATANTE a realizar qualquer tipo de auditoria em seus sistemas, em razão do segredo industrial existente. Esse entendimento está correto?

14. FUNCIONALIDADES DA APLICAÇÃO WEB

O Anexo B do Termo de Referência trata das funcionalidades da aplicação WEB. Em seu item 1.5, o ponto “b” dispõe que “*As funcionalidades de cadastro*”



especificadas no subitem 1.1. deste anexo devem considerar o tamanho e formato dos dados utilizados nos sistemas eletrônicos da CONTRATADA, com registro na base de dados da solução tecnológica das inclusões e alterações realizadas". Sobre este ponto, a UBER solicita esclarecimento sobre a funcionalidade que se espera nesse item.

15. REGIÃO METROPOLITANA – ATENDIMENTO DO SERVIÇO

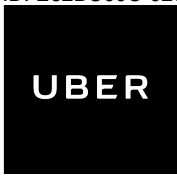
O item 1.1 do Edital estabelece que o objeto do certame é a *“Contratação de transporte terrestre ou agenciamento/intermediação de transporte terrestre dos servidores, empregados e colaboradores a serviço dos órgãos e entidades da Administração Pública – APF, por demanda e **no âmbito da Região Metropolitana do Rio de Janeiro**”*. Assim, de acordo com o edital, o serviço a ser ofertado deve abarcar toda a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Contudo, em direção oposta, o Termo de Referência, em seu item 11.39, afirma que a contratada *“**poderá** incluir em sua área de cobertura, como origem dos atendimentos, municípios componentes da Região Metropolitana do Rio de Janeiro em que eventualmente preste serviços”*.

Solicita-se esclarecimento sobre a aparente contradição entre os itens acima transcritos, de modo a deixar estreme de dúvidas se a prestação do serviço em toda a Região Metropolitana do Rio de Janeiro será exigência obrigatória ou não a ser observada pela CONTRATADA.

16. CONTATO DO MOTORISTA

O item 1.4 do Anexo B do Termo de Referência prevê diversos itens que deverão ser apresentados na solicitação do serviço. Dentre eles, o contato do



motorista. A UBER apresenta um link com o contato do motorista, mas não informa o número do contato, que permanece anônimo. Pede-se esclarecimento se isso é suficiente para atender ao item em referência.

17. Anexos B, C, F e G - Extensão das informações requeridas sobre Funcionalidades do Aplicativo Mobile e sua divulgação à Administração Pública

Nos anexos B, C, F e G, há exigência de um conjunto de informações que, se forem disponibilizadas pela CONTRATADA à CONTRATANTE, terminarão por violar direitos individuais relacionados à privacidade e à intimidade dos seus colaboradores. Dessa forma, solicitamos que seja esclarecido que as seguintes informações, apesar de eventualmente constarem como funcionalidade do aplicativo, não serão exigidas pela Administração Pública da licitante vencedora caso essa atue na modalidade de agenciamento/intermediação de transporte terrestre:

- nome do motorista designado para atendimento;
- placa e modelo do veículo designado para atendimento;
- data e hora da chegada do veículo ao endereço de origem;
- data e hora do início do atendimento;
- caso a corrida seja contestada, descrição do motivo da contestação e identificação do gestor ou usuário que realizar a contestação;
- data e hora do cancelamento do atendimento.

Veja-se que, no caso das soluções de agenciamento/intermediação, o objeto da contratação pública não é a prestação do serviço de transporte.

A Uber não tem autorização de seus motoristas parceiros para o fornecimento das informações acima a terceiros, uma vez que o serviço por eles prestado é de



transporte privado; essas informações são objeto da contratação entre motorista e usuário do serviço (pessoa transportada) e protegidas pelo direito à privacidade e à intimidade.

Dessa forma, os detalhes e o grau de detalhamento e a granularidade dessas informações não deveria constar como exigência editalícia, na medida em que não poderão servir de substrato para a Administração pública fiscalizar o contrato. Nesse aspecto, é preciso considerar que a exigência de informações excessivas e desnecessárias à fiscalização do objeto do contrato a ser firmado com a Administração Pública termina por restringir o caráter competitivo da licitação, por reduzir injustificadamente a quantidade de empresas aptas a participar do certame. Quanto maior a lista de exigências, menor a quantidade de empresas que são em tese aptas a atendê-la e, portanto, a participar da licitação. Termina-se por violar, assim, tanto o art. 37, XXI, da Constituição Federal, quanto o art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Com relação às razões para cancelamento ou contestação da corrida, essas são tanto informações comercialmente sensíveis quanto podem ter teor que venha a violar a privacidade e intimidade dos motoristas, ou mesmo dos usuários. Apesar de serem servidores públicos, a razão para contestação do atendimento poderá estar relacionada a algum aspecto de sua vida privada e que o contestante não deseje que se torne pública. Sem que tenha autorização expressa para esse fim, as empresas meramente intermediadoras não podem divulgar esses dados sob pena de correrem o risco de violar o art. 5º, X, da Constituição Federal.

Nesse sentido, pede-se à CONTRATANTE esclarecer qual será a lista de informações que deverão necessariamente constar dos aplicativos das licitantes e passíveis de serem exigidas pela Administração Pública, seja por relatório ou qualquer outro meio, na hipótese de a licitação ser mera agenciadora/intermediadora, e não



prestadora de serviço de transporte. Ao divulgar essa lista, requer-se que a CONTRATANTE se abstenha de exigir informações que não são necessárias à fiscalização do objeto da contratação, e cuja divulgação possa ferir o direito constitucional à intimidade e à privacidade dos motoristas parceiros (art. 5º, X, da Constituição Federal), o Marco Civil da Internet (em especial, o seu art. 7º, I), além da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que entrará em vigor durante o prazo de execução do CONTRATO.

* * *

Sendo esses os esclarecimentos que nos afiguram essenciais ao prosseguimento hígido do Pregão Eletrônico em referência, solicitamos que sejam respondidos antes do término do prazo estabelecido no Edital para sua impugnação, o que poderá, a depender do teor das informações prestadas, evitar a necessidade de futuras impugnações e consequente delonga na concretização de projeto tão relevante para o Ministério da Economia.

Atenciosamente,

Apoena Becker

UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.

Apoena E. S. Becker