

A COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CRISTINA-mg

IMPUGNAÇÃO REFERENTE AO PREGÃO ELETRÔNICO 001/21

Trata-se de impugnação ao edital Pregão Presencial 005/2021, referente ao item 13.6, alínea V, veja-se:

- a) Certidão de Registro de Inscrição de Regularidade de Pessoa Jurídica (licitante) no Conselho de Engenharia e Agronomia (CREA) e/ou Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU) da região a que tiverem vinculados, válido na abertura da licitação;
- b) Laudo de Ergonomia e biomecânica dos equipamentos assinado – com reconhecimento de firma em cartório competente – por profissionais de Educação Física e Fisioterapia devidamente credenciados nos respectivos conselhos de classe, acompanhado das respectivas carteiras de identidade profissional;
- c) Comprovar vínculo com Profissional de Educação Física ou Fisioterapia e Engenheiro Mecânico, indicados como responsáveis técnicos, na data prevista para entrega da proposta, podendo ser através do contrato social, cópia autenticada em cartório competente das páginas da CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social pertinentes ao registro do funcionário, ou, contrato de prestação de serviço autônomo com firmas das partes reconhecidas por cartório competente.

Conforme demonstraremos adiante, o rol de exigências para comprovação de capacidade técnica, ao invés de ater-se à simplesmente assegurar que a contratação realizada pela administração pública se dará para com empresa apta e qualificada à realização do objeto licitado, ao contrário funciona tão somente como elemento limitador da competitividade, gerador de improbidade ao responsável passível de denúncia aos órgãos de controle e notoriamente direciona o certame a determinado nicho de empresas.

Na lição do mestre Hely Lopes¹, o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 88 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. E, intimamente ligado ao princípio da impessoalidade encontra-se o da igualdade, insculpido no preâmbulo da Carta Política de 1988, determinando a competição entre os licitantes de forma igualitária, sendo que à Administração Pública cabe tratar todos os administrados de forma a impedir favoritismos.

Considerando as licitações, esse princípio obriga à Administração Pública tratar todos os licitantes de forma isonômica, preservando as diferenças existentes em cada um deles, de modo a garantir-se plenamente o cumprimento fiel ao princípio da competitividade.

Aliás, esta é a própria essência da licitação, porque só podemos promover o certame onde houver competição. É uma questão de lógica pois, com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível como obrigatória.

Temos aqui, sem maiores delongas ou sem nos debruçarmos sobre maior número de princípios fundamentais norteadores do processo licitatório, que na essência do certame devem estar preservadas a **competitividade**, a **isonomia** e a **impessoalidade**.

Explica-se, o ato de introduzir determinadas exigências ao certame é do tipo vinculado para o gestor público, não pode este simplesmente ao seu prazer introduzir elementos que possam beneficiar determinadas empresas e restringir a competição das demais.

Ocorre que, ao elaborar-se o *rol* de requisitos de qualificação técnica, ao contrário dos princípios descritos anteriormente, de forma ímproba o autor do ato convocatório pautou-se em desenhar um caleidoscópio de exigências que notoriamente causam detrimento irreparável da competitividade, ao frustrar toda uma classe de empresas aptas no mercado ao desenvolvimento pleno do objeto licitado, mas que fatalmente não se encaixarão na moldura sutilmente construída.

Referidas exigências nos parecem na verdade muito mais ser o desenho específico de alguma organização já conhecida do redator dos itens ora impugnados do que o dimensionamento sério e impessoal do porte e características necessárias para que uma organização preste serviços ao licitante.

Não em apenas um ou outro item, mas toda uma coleção destes estão notoriamente desconexos aos preceitos legais, conforme demonstraremos nos próximos parágrafos.

O gestor público, ao trazer ao instrumento convocatório o balizamento do perfil das empresas participantes, deve tão somente **limitar-se a garantir a execução do objeto**, e não atingir tal ponto que se esteja na verdade criando um edital “sob medida” tão somente para poucas empresas que possuam características específicas em sua composição, estrutura e histórico de atividades, mas que, em absoluto, referidas características não se constituam em elementos de estrita necessidade para cumprimento do objeto, mas sim de vaidade ou direcionamento ao perfil/entidade desejados.

O instrumento convocatório em pauta se atém em rotular um número demasiado extenso de itens de qualificação, e os aprofunda de modo que já não se está mais buscando o cumprimento do objeto licitado, mas sim a contratação de licitante almejada, o que caracteriza notório direcionamento.

Entende a Corte de Contas que **não cabe à Administração exigir o vínculo celetista**, pois ele pode ser um prestador de serviços que esteja disponível para executar serviços em favor da empresa. Ademais, impõe-se ao licitante um ônus muito grande sem que ele sequer saiba se será efetivamente contratado, o que pode restringir a competição do certame. Nesse sentido, decidiu também o TCU:

*“Determinação à FIOCRUZ para que, nos certames, **abstenha-se de exigir que as empresas licitantes tenham, em seu quadro permanente, determinados profissionais**, POIS A JURISPRUDÊNCIA DO TCU É PACÍFICA NO SENTIDO DE RECONHECER QUE O FUNCIONÁRIO APONTADO A ATENDER ÀS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL POSSA SER VINCULADO À EMPRESA POR MEIO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, celebrado de acordo com a legislação civil comum, sem, necessariamente, possuir vínculo trabalhista com a empresa licitante, cf. Acórdãos nºs 2.297/2005-P, 361/2006-P, 291/2007-P, 597/2007-P, 1.110/2007-P, 1.901/2007-P e 2.382/2008-P.” [Grifo nosso]*

A exigência de responsáveis técnicos e de atestados em conselho de engenharia e agronomia ou em conselho de arquitetura, em licitação que tem por objeto a produção e instalação de equipamento, por não se tratar de serviço de engenharia, ainda que tenha sido assim qualificado em resolução do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura. A referida instrução ressaltou a natureza estritamente exaustiva dos artigos 30 e 31 da Lei 8.666/93, ou seja, a Administração somente poderá exigir os documentos expressamente ali elencados; nenhum a mais. Além disso, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição de 1988, as exigências relativas à qualificação técnica e econômica não podem extrapolar aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Exigir peremptoriamente a certificação como requisito de habilitação equivaleria a tornar compulsória uma alternativa meramente facultativa: nenhuma lei condiciona o exercício de alguma atividade à obtenção de atestado de fosfatização. Portanto, obtém a certificação quem o desejar (e preencher os requisitos pertinentes, é óbvio).

O artigo 27 da Lei n. 8.666/93, para habilitação nas licitações, exige dos interessados exclusivamente a documentação relativa à: I- habilitação jurídica; II- qualificação técnica; III- qualificação econômico-financeira; IV- regularidade fiscal e trabalhista; e V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Neste sentido, manifesta-se o TCE-MG: EMENTA: CONSULTA – PRODABEL S/A – LICITAÇÃO – AQUISIÇÃO DE PONTOS DE FUNÇÃO – CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO – DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – ROL DE DOCUMENTAÇÃO – NÃO INCLUSÃO DAS CERTIFICAÇÕES CMMI E MPS-BR – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 27 A 29, 30, INCISOS I E IV, E 31, DA LEI 8.666/93 – PRECEDENTE DO TCU – SÚMULA 117 DO TCEMG – IMPOSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA NO PROCESSO DE HABILITAÇÃO. Considerando que o disposto no artigo 27 da Lei n. 8.666/93, para habilitação nas licitações, exige dos interessados exclusivamente a documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal; e que o artigo 30 da mencionada lei estabelece que a documentação relativa à qualificação técnica restringe-se aos documentos previstos nos incisos I a IV do mesmo artigo, não permitindo, portanto, a inclusão de outras hipóteses. **Conforme se percebe, os documentos exigidos nos itens 10 e seguintes do instrumento editalício do pregão em pauta não consta na relação prevista no artigo 30 da lei 8.666/93, não podendo, portanto, ser exigido para fins de habilitação em procedimento licitatório.**

Percebe-se, claramente, que as certificações nacionais, para obtê-los, a empresa deveria demonstrar a adequação de seus procedimentos de fabricação aos padrões estabelecidos na norma, o que garantiria, ao menos em tese, “que os produtos oriundos dessa empresa tenham sempre as mesmas características”. Todavia, ainda, “isso não garante que eles tenham qualidade superior aos de uma empresa que não seja certificada”. Restritiva, portanto, a exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações, pois “afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto”

O Tribunal de Contas têm jurisprudência uníssona no sentido de que as exigências do edital devem estar voltadas à seleção da proposta mais vantajosa, sem, no entanto, restringir injustificadamente a competitividade: “o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame. A verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. No entanto, o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame. Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou

desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos.” TCU - AC-0423- 11/07-P Sessão: 21/03/07 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO - <https://contas.tcu.gov.br>, acesso em 01 março de 2010.

Para corroborar, veja-se entendimento:

A exigência de demonstração de qualidade do produto deve ser sempre ampliativa e não impor ônus desnecessário ao licitante.” – TCE/SP - TC-361/002/11

Segundo entendimento do TCU, as exigências do edital que envolva a apresentação de certificados técnicos não pode ter como consequência a desclassificação ou a inabilitação dos licitantes.

O processo de licitação pública deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes. Inclusive o art. 3º da Lei 8.666/93, dispõe expressamente que a licitação visa garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, *in verbis*: Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifo nosso) Também o STJ já decidiu que: As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo a administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior numero de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa. (MS 5.606/DF, rel.min. José Delgado) (grifo nosso)

Quanto à relevância da atuação da Administração de acordo com os princípios administrativos leciona o Ilustre Professor José Augusto Delgado: A doutrina contemporânea tem se preocupado, de modo ascendente, no destaque da importância dos princípios como veículo dimensionador da compreensão e da aplicação do direito (...)São em síntese, os princípios “preposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado” (DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo: interpretação e aplicação. Revista dos Tribunais, v.83, n. 701, p.34-44, mar. 1994. P. 1-2) (grifo nosso) No mesmo sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Melo: Princípio, já averbamos alhures, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondolhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra. (MELO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo, RT, p. 230) (grifo nosso) Destarte, o descumprimento a um princípio basilar do Direito afronta o sistema jurídico brasileiro. Outrossim, cabe referir que quando o Edital conter falhas ou for inadequado ao interesse público, este deverá ser corrigido, através de itens ou condições, redação ou até mesmo, ser elaborado novo edital. Portanto, mantendo este edital, com determinações que direcionam o objeto do edital para determinada empresa, impedindo a concorrência, afronta-se nitidamente o Princípio da Justa Competição entre os licitantes.

Em resumo, não deve ser tolerada a inclusão, no edital, de exigências de capacitação técnica que não guardem correspondência com o regramento próprio da

atividade demanda, sob pena de criar restrição arbitrária e indevida à participação de potenciais interessados

Assim, aos licitantes cabem impugnar exigências desarrazoadas.

“O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum. Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e também a observância do princípio constitucional da isonomia. Acórdão 1631/2007. Plenário (Sumário)”

Considerações Finais

Vemos portanto que as exigências de capacidade técnica realizadas são inconsistentes e afrontam a legislação pertinente, não se coadunam aos julgados existentes, desequilibram a competitividade, restringem participação e direcionam o certame, devendo portanto ser reconstruídas imediatamente.

DO PEDIDO

Em face do exposto, requer-se seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, com efeito para: declarar-se nulo os itens atacados; determinar-se a republicação do Edital, livre dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

Montes Claros, 31 de março de 2021

DIOGO DE ARAUJO MENDES
CNPJ: 36.111.462/0001-23