

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAITINGA/CE

Rubi 18/08/22
ROSANA
HOR 9:48

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Concorrência Pública nº. 2022.07.006-CP

COPA ENGENHARIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.200.917/0001-65, com sede à Av. José Moraes de Almeida, nº. 1.300, Coaçu, CEP: 61.760-000, Eusébio/CE, vem, tempestivamente, perante este Ilustrado Órgão, por intermédio de seu representante legal que ao final assina, **IMPUGNAR O EDITAL** referente à **CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 2022.07.006-CP da PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAITINGA/CE**, pelo que expõe, para ao final requerer, o seguinte:

1. DOS FATOS

Como é cediço, a Prefeitura Municipal de Itaitinga/CE publicou, por meio da sua Comissão de Licitação, o edital da Concorrência Pública nº. 2022.07.006-CP, que tem por objeto a contratação de empresa para manutenção e recuperação de pavimentação asfáltica, no Município de Itaitinga/CE, tudo conforme especificações que constam no Projeto Básico/Termo de Referência deste edital.

Ocorre que a impugnante, ao analisar as exigências feitas no instrumento convocatório, percebeu neste a existência de vícios que afrontam os princípios que regem os atos administrativos, conforme se demonstrará a seguir.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. DA IMPOSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Antes de mais nada, cabe trazer à tona trecho dos requisitos de participação aos quais as empresas licitantes devem preencher para que possam concorrer ao presente certame:

3. DA PARTICIPAÇÃO

(...)

3.3. Também não poderão participar:

Consórcios de empresas, quaisquer que sejam suas formas de constituição;

Como se vê do trecho supratranscrito, o instrumento convocatório expressamente **proíbe** a participação de **empresas reunidas em Consórcio**. No entanto, parece-nos impossível a mencionada vedação.

Poder-se-ia dizer, a uma primeira vista, que a cláusula do edital a qual veda a participação dos consórcios encontra-se albergada no limite de legalidade estabelecido pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93; artigo este que cria a possibilidade de a Administração Pública, **consideradas as peculiaridades do objeto licitado**, quando da produção da lei do certame, excluir a participação dos consórcios.

Faz-se mister, no entanto, salientar que a legalidade da supracitada cláusula editalícia é apenas **aparente**, *não resistindo a uma análise mais profunda*, na qual cabe estudar o objeto da competição, bem como a real situação em que será executada a obra relativa à mesma.

É cediço que, atualmente, vem sendo considerada dentro do poder discricionário da Administração a aceitação, ou não, da participação de empresas em consórcio nos certames. É de se considerar, no entanto, que tal discricionariedade não se encontra livre de lastros, podendo, e devendo, ser exercido sobre tais decisões discricionárias certo controle, com o intuito de evitar prejuízos à própria Administração Pública e, principalmente, aos administrados.

Vale citar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. **Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo.** Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, **é preciso atentar para o caso concreto.** Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discricção.”*

(MELLO, Celso A B de. Curso de Direito Administrativo, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 374)

No que diz respeito, especificamente, ao caso em apreço, qual seja a aceitação da participação de consórcios no certame, Marçal Justen Filho, abordando a discricionariedade, estabelece o seguinte entendimento:

“O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcio é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto. Como toda a decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos.”

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 465)

Percebe-se, assim, que, apesar de dentro do círculo de discricionariedade, caberá controle à lei do certame que, desconsiderando a realidade do mercado e do objeto, como é o presente caso, excluir, injustificadamente, da participação na competição os consórcios.

Chega-se, facilmente, à conclusão de que os consórcios acarretarão inúmeras vantagens ao certame, estimulando e garantindo os princípios tão caros ao perfeito desenrolar do processo licitatório.

Tendo-se em mente os essenciais benefícios acima abordados, é forçoso notar que, ainda que a escolha pela participação dos consórcios esteja ligada ao âmbito de discricionariedade da Administração, demonstra-se imperativo garantir a adequação de tais atos da Administração Pública ao caso concreto em questão, por meio de rígido controle, garantindo-se a escolha da melhor opção.

Contudo, como se pode facilmente perceber, **não existe qualquer motivação ou justificativa válida para não se permitir a participação das empresas em consórcio na licitação.**

Inclusive, sobre a participação em consórcio, o próprio art. 33 da Lei nº 8.666/93 dispõe pela possibilidade de utilização de tal modalidade, cabendo à Administração realizar a devida motivação para a não utilização deste regime.

Portanto, constitui condição essencial para a vedação à participação de empresas em consórcio a apresentação de justificativa *técnica e econômica robusta*, que demonstre de forma cabal o motivo que levou à referida proibição. Sem essa justificativa válida, destaque-se, estar-se-á incorrendo em manifesta irregularidade, dando ensejo à nulidade de todo o procedimento licitatório (desde a sua instauração até a fase externa).

É nesse sentido que se vem asseverando a necessidade de justificação e motivação, por parte da autoridade administrativa, quando se trata da exclusão da participação dos consórcios em licitações.

Vejamos o entendimento estabelecido na jurisprudência do TCU – Tribunal de Contas da União:

*“REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CAUTELAR. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM LICITAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO, RECUPERAÇÃO E ALARGAMENTO DE PONTES RODOVIÁRIAS NA BR 429/RO. ACATAMENTO DAS JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS PELO DNIT. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS E ECONÔMICAS MAIS ROBUSTAS QUANDO DA INADMISSÃO DE CONSÓRCIO DE EMPRESA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA À AUTARQUIA.
[...]*

*9.3. dar ciência ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit da necessidade de, em futuros procedimentos licitatórios, **apresentar justificativas técnicas e econômicas robustas para a inadmissão de consórcio de empresas, de forma a afastar quaisquer questionamentos acerca da decisão adotada.**”*

(TCU, Acórdão 2.831/2012-Plenário, Relator: Min. Ana Arraes)

“A decisão pela vedação de participação de consórcio de empresas em licitação é discricionária, porém deve ser devidamente motivada no processo administrativo.”

(TCU, Acórdão 3.654/2012-Segunda Câmara, Relator: Min. Marcos Bemquerer)

“O impedimento de participação de consórcios de empresas em licitações públicas requer a fundamentação do ato, à luz do princípio da motivação.”

(TCU, Acórdão 1.305/2013-Plenário, Relator: Min. Valmir Campelo)

“A vedação da participação em licitações de empresas em consórcio deve ser justificada, sob pena de restrição à competitividade.”

(TCU, Acórdão 11.196/2011-Segunda Câmara, Relator: Min. Augusto Sherman)

“A permissão ou proibição de participação de empresas em consórcio deverá ser sempre justificada pelo Poder Público, de modo a evitar restrição à competitividade do certame.”

(TCU, Acórdão 963/2011-Segunda Câmara, Relator: Min. Augusto Sherman)

“Cabe ao administrador a opção de permitir ou não a associação de licitantes em consórcio, devendo justificar técnica e economicamente a decisão.”

(TCU, Acórdão 2.303/2015-Plenário, Relator: Min. José Mucio Monteiro)

“A Administração pode optar por permitir ou não a participação de consórcios em licitações públicas, devendo a decisão ser motivada, o que é especialmente importante se a opção for vedar a participação, que, em regra, restringe a competitividade do certame.”

(TCU, Acórdão 2.447/2014-Plenário, Relator: Min. Aroldo Cedraz)

“A aceitação de empresas em consórcio na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei nº 8.666/93, requerendo-se, porém, que a sua vedação seja sempre justificada.”

(TCU, Acórdão 1.678/2006-Plenário, Relator: Min. Augusto Nardes)

“[...] caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei nº 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação.”

(TCU, Acórdão 1.316/2010-Primeira Câmara, Relator: Min. Augusto Nardes)

Pelo que se verifica da ampla jurisprudência colacionada, o TCU é unânime ao entender que a participação de consórcio de empresas amplia a competitividade da licitação, sendo compatível com o princípio primordial da vantajosidade. Sendo

assim, qualquer decisão em sentido contrário, para vedar a participação de consórcios, demandaria uma justificativa técnica no processo administrativo da licitação.

No presente caso, em que o edital expressamente vedou a participação dos consórcios de empresas, faz-se claramente necessária a perfeita justificação e motivação de tal decisão, devendo, ainda, ser demonstrada a realização do estudo do mercado das empresas participantes, bem como do objeto do certame, o que não foi feito, razão pela qual a referida cláusula é visivelmente ilegal.

Portanto, uma vez que o edital não apresenta qualquer justificativa para a impossibilidade de participação de empresas em consórcio, tendo em vista a amplitude do objeto a ser contratado, resta claro que este está em desacordo com os diplomas legais e, sobretudo, com a jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União.

No caso em apreço, diante das especificidades do objeto a ser contratado, que possui enorme complexidade *técnica e econômica*, **é de causar estranheza a vedação injustificada da participação de empresas reunidas em consórcio**, na medida que, em nosso sentir, pouquíssimas empresas conseguirão participar sozinhas do certame.

Diante do exposto, **não se afigura razoável excluir pessoas jurídicas capazes, técnica e economicamente, de ofertar a proposta mais vantajosa à Administração, por impossibilidade de realização de consórcio com outra pessoa jurídica**. Portanto, deve ser reformada a referida cláusula editalícia, no sentido de autorizar a participação de empresas que atuem em consórcio na presente Licitação.

2.2. DA EXIGÊNCIA DESNECESSÁRIA DE ENGENHEIRO MECÂNICO – DA REGULAMENTAÇÃO DO CONFEA

Ademais, Nobre Presidente, é necessário chamarmos a atenção para o fato de que o edital incluiu requisitos de habilitação manifestamente **desnecessários**, os quais somente irão afastar a participação de empresas potencialmente interessadas em executar os serviços que compõem o objeto do certame.

No item 4, é apresentada a lista de documentos de habilitação que devem ser juntados no bojo do presente procedimento licitatório. Nesse sentido, o item 4.4 apresenta aqueles necessários à comprovação da qualificação técnica e capacitação profissional das licitantes.

Especificamente no item 4.4.1, são feitas exigências a título de *capacitação técnico-profissional*, que pregam o seguinte:

4.4. RELATIVA À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL

4.4.1. Certidão de Registro/Regularidade da pessoa jurídica expedida pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA, em que conste no quadro de responsável técnico pelo menos um técnico profissional de nível superior habilitado na área de engenharia civil e engenharia mecânica.

Conforme se atesta do item acima, o edital exige que a empresa tenha em seu quadro de responsável técnico pelo menos um técnico profissional de nível superior habilitado na área de engenheiro civil e ainda um na área de engenharia mecânica.

Ocorre que, com a devida *venia*, a exigência de que o técnico profissional indicado por cada licitante seja, obrigatoriamente, habilitado na área de engenharia mecânica é manifestamente desnecessária para a execução dos serviços a serem prestados no contrato que se pretende firmar. Ora, tendo em vista o objeto do certame, as atividades serão exercidas e coordenadas por um engenheiro civil, que é o profissional competente para gerir esse tipo de atividade.

Portanto, é totalmente desnecessário se exigir das licitantes a comprovação referente ao cargo de engenheiro mecânico. Dessa forma, é cristalino que esta exigência contida no item 4.4.1 do edital indevidamente restringe a competitividade do certame.

É que, como mencionado acima, os serviços que compõem o objeto do certame são especialidade de um engenheiro civil, não havendo qualquer necessidade de a empresa ter em seus quadros um profissional habilitado em engenharia mecânica, conforme exigido pelo edital.

Neste sentido, vejamos o que dispõe a legislação aplicável, que regulamenta as atividades dos engenheiros civis:

DECRETO Nº 23.569 DE 11 DE DEZEMBRO DE 1933

"Art. 28. São da competência do engenheiro civil:

(...)

c) o estudo, projeto, direção, fiscalização e construção das estradas de rodagem e de ferro;

(...)

Art. 29. Os engenheiros civis diplomados segundo a lei vigente deverão ter:

(...)

c) aprovação na cadeira de "Pontes e grandes estruturas metálicas e em concreto armado", para exercerem as funções de Engenheiro de Secções Técnicas, encarregadas de projetar e executar obras de arte, nas estradas de ferro e de rodagem;

(...)

Parágrafo único. Somente engenheiros civis poderão exercer as funções a que se referem as alíneas a, b e c deste artigo."

RESOLUÇÃO Nº 218, DE 29 DE JUNHO DE 1973

"Art. 1º - Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da Engenharia, Arquitetura e Agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades:

Atividade 01 - Supervisão, coordenação e orientação técnica;

Atividade 02 - Estudo, planejamento, projeto e especificação;

Atividade 03 - Estudo de viabilidade técnico-econômica;

Atividade 04 - Assistência, assessoria e consultoria;

Atividade 05 - Direção de obra e serviço técnico;

Atividade 06 - Vistoria, perícia, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico;

Atividade 07 - Desempenho de cargo e função técnica;

Atividade 08 - Ensino, pesquisa, análise, experimentação, ensaio e divulgação técnica; extensão;

Atividade 09 - Elaboração de orçamento;

Atividade 10 - Padronização, mensuração e controle de qualidade;

Atividade 11 - Execução de obra e serviço técnico;

Atividade 12 - Fiscalização de obra e serviço técnico;

Atividade 13 - Produção técnica e especializada;

Atividade 14 - Condução de trabalho técnico;

Atividade 15 - Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção;

Atividade 16 - Execução de instalação, montagem e reparo;

Atividade 17 - Operação e manutenção de equipamento e instalação;

Atividade 18 - Execução de desenho técnico.

(...)

Art. 7º - Compete ao ENGENHEIRO CIVIL ou ao ENGENHEIRO DE FORTIFICAÇÃO e CONSTRUÇÃO:

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a edificações, estradas, pistas de rolamentos e aeroportos; sistema de transportes, de abastecimento de água e de saneamento; portos, rios, canais, barragens e diques; drenagem e irrigação; pontes e grandes estruturas; seus serviços afins e correlatos.

(...)

Art. 12 - Compete ao ENGENHEIRO MECÂNICO ou ao ENGENHEIRO MECÂNICO E DE AUTOMÓVEIS ou ao ENGENHEIRO MECÂNICO E DE ARMAMENTO ou ao

ENGENHEIRO DE AUTOMÓVEIS ou ao ENGENHEIRO INDUSTRIAL MODALIDADE MECÂNICA:

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a processos mecânicos, máquinas em geral; instalações industriais e mecânicas; equipamentos mecânicos e eletromecânicos; veículos automotores; sistemas de produção de transmissão e de utilização do calor; sistemas de refrigeração e de ar condicionado; seus serviços afins e correlatos.

Assim, as empresas que não possuem em seu quadro permanente os profissionais de nível superior no cargo de engenheiro mecânico não conseguirão atender às disposições do edital, mesmo tendo plenas condições de executar os serviços, através de um engenheiro civil.

Nobre Julgador, o objeto do presente certame é a atividade de manutenção e recuperação de pavimentação asfáltica, o que pode ser exercido por um engenheiro civil como responsável técnico, nos termos da regulamentação do CONFEA, razão pela qual se exigir também a presença de um engenheiro mecânico vai apenas restringir a competitividade de forma totalmente desnecessária.

Fundamental destacar que o Tribunal de Contas do Estado do Ceará – TCE possui entendimento sedimentado quanto ao assunto proferido em licitações similares realizadas por outros Municípios do Estado. Com efeito, em licitação promovida pelo Município de Jaguaruana, na qual se exigia a presença de um engenheiro agrônomo e de um engenheiro civil no quadro das licitantes, entendeu o TCE/CE que, em razão do serviço licitado poder ser exercido somente por um engenheiro civil como responsável técnico, tal cláusula era desnecessária e restritiva, ao passo que deveria ser excluída do edital a exigência acerca do engenheiro agrônomo, senão vejamos trecho do DESPACHO SINGULAR Nº 02896/2021, no âmbito do PROCESSO Nº 08441/2021-3:

“19. Antes de adentrar na demonstração das competências dos profissionais afetos ao tema, é necessário recorrer à Lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, especificamente em seu Art. 3º, inciso I, através do qual ficou consignado que o SANEAMENTO BÁSICO é o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

20. Por sua vez, de acordo com a alínea c do citado dispositivo, os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos são constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de

coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana.

21. As definições trazidas nos parágrafos 19 e 20 acima, se fazem necessárias porque, como veremos nos dispositivos legais apresentados adiante neste Certificado, as atividades de saneamento são listadas várias vezes como competência profissional dos Engenheiros Civis.

22. Outro ponto que merece destaque já no início desta análise, é referente ao argumento apresentado pela Comissão de Licitação de que as profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo são afins. De fato, são, pois logo em seu Art. 1º, a Lei 5.194/1966 assinala que essas profissões são caracterizadas pelas realizações de interesse social e humano que importem na realização de empreendimentos.

23. Porém, ao reconhecer que existe especificidade dentro cada uma das citadas profissões, a própria Lei 5.194/1966, que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, conferiu ao Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia CONFEA, o poder de regulamentar o exercício profissional da engenharia, da arquitetura e da agronomia, in verbis:

[...]

24. Relativo às Normas editadas pelo CONFEA acerca das competências profissionais, destaca-se a Resolução nº 218/1973, responsável por discriminar atividades das diferentes modalidades profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que após enumerar 18 atividades comuns aos profissionais, Art. 1º, listou as atividades específicas aos Engenheiros Agrônomos, Art. 5º, bem como as atividades específicas aos Engenheiros Civis, Art. 7º, transcritos logo abaixo:

[...]

25. Como se vê acima, existe previsão no desempenho de atividades, dentre outras, de saneamento para o Engenheiro Civil, enquanto que o Art. 5º da citada Resolução não prevê qualquer atividade sobre o tema, que esteja reservado ao Engenheiro Agrônomo.

[...]

32. Ressalta-se, portanto, dois aspectos neste momento da análise: o primeiro, é a existência de vários dispositivos normativos que registram as atividades que compõem os serviços de saneamento, dentre os quais podem ser destacados a coleta, o transporte e a destinação final dos

resíduos sólidos, inseridas no rol de competências do Engenheiro Civil; a segunda, é o registro de que, embora tenha sido realizada exaustiva pesquisa aos normativos que regem a matéria, não foi localizado qualquer nexo entre as atividades objeto da licitação e aquelas que fazem parte das competências do profissional de Agronomia.

[...]

37. Portanto, no caso concreto ora analisado, opina-se que os termos editalícios, ao exigir que a contratada possua em seu quadro permanente profissionais de nível superior no cargo de engenheiro agrônomo, fere o Princípio de Competitividade e não se alcançará, indubitavelmente, a proposta mais vantajosa para a Prefeitura de Jaguaruana/CE, previsto no art. 3º, §1º, da Lei nº 8.666/93.

38. Em resumo telegráfico, a violação do caráter competitivo do certame constitui vício insanável que enseja a fixação de prazo para o exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame ou retificação do edital, em observância ao disposto no art. 49 da LOTCE c/c art. 49 da Lei nº 8.666/93."

Assim, tendo em vista tudo o que já restou anteriormente explanado, deve o instrumento convocatório ser alterado, extirpando de seu teor as malsinadas exigências, tudo com o intuito de incrementar a competitividade do certame.

2.3. DA FALTA DE MOTIVAÇÃO – DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE PROPRIEDADE DE EQUIPAMENTO JUNTO À LICENÇA DE OPERAÇÃO – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

De acordo com a Lei nº. 9.784/99, todos os atos administrativos devem, obrigatoriamente, ser motivados. Isso se dá porque a **motivação de tais atos vincula a atividade do administrador, sendo que se seus motivos forem inócuos ou irregulares, o mesmo destino terá os atos.**

É o que se pode depreender dos artigos 2º e 50 da mencionada legislação:

*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.*

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

[...]

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

§ 1º **A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.**

Veja-se, Ilustre Comissão Permanente de Licitação, que caso estas justificativas não sejam feitas, estar-se-á incorrendo em manifesta ilegalidade, posto que descumpre os termos da Lei nº. 9.784/99. Da mesma forma, caso estas justificativas sejam feitas, mas não correspondam à realidade, o ato prosseguirá sendo manifestamente ilegal, em razão da Teoria dos Motivos Determinantes.

Esta teoria, plenamente adotada pelos Tribunais Superiores, estabelece que os motivos que levaram o Administrador a proferir determinado ato passam a integrar o ato para todos os fins. Assim, se os motivos são nulos ou inexistentes, o mesmo destino terá o ato. Sobre o assunto, ressalte-se o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos “motivos de fato” falso, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto essa obrigação de enunciá-los, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.”

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 398)

Justamente neste sentido, é o entendimento reiterado e pacífico do STJ – Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e

substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade.

2. "Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido" (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).

[...]

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1280729/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 19/04/2012)

Pois bem.

Antes de mais nada, vejamos os itens 4.4.8 do edital relativo à qualificação técnica da presente Concorrência Pública:

4.4. RELATIVA À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL

(...)

4.4.8. **Declaração da licitante que dispõe de usina de asfalto com a devida licença de operação emitida pelo CONAMA, conforme Resolução nº 237 /1197, ou outro órgão ambiental equivalente.**

4.4.8.1. **A usina de asfalto deverá ter capacidade de produção igual ou superior a 60 (sessenta) toneladas, devendo estar equipada com balança de capacidade superior a 50 (cinquenta) toneladas, com sistema de impressão para pesagem de produtos asfálticos, e certificação de aferição da balança dentro do prazo de validade emitido por órgão oficial ou outro equivalente.**

Como se pode verificar dos supramencionados itens do presente procedimento licitatório relativos à comprovação da qualificação técnica, **o edital é expresso ao exigir que as licitantes não só apresentem declaração formal de que dispõem Usina de Asfalto com capacidade de produção igual ou superior a 60 toneladas, equipada com balança de capacidade superior a 50 toneladas e com sistema de impressão para pesagem de produtos asfálticos, como também apresentem Licença de Operação da Usina Asfáltica emitida pelo órgão ambiental competente e certificado de aferição da balança Usina de Asfalto dentro do período de validade.**

Acontece, Nobre Presidente, que as cláusulas citadas acima tornam a redação editalícia restritiva. Afinal, só possuem condição de atendê-las tempestivamente as empresas proprietárias de usinas de asfalto e as que alugarem de modo prévio as mesmas, excluindo totalmente diversas empresas com amplas capacidades de ofertar vantajosas propostas, porém, que não são proprietárias de usinas da referida categoria e que não possuem capacidade de locar previamente.

Frise-se ainda que as referidas exigências foram inseridas arbitrariamente no bojo das regras a serem atendidas pelas empresas licitantes, haja vista que não foram devidamente justificadas, sendo manifestamente desnecessárias e restritivas.

Nesse sentido, vejamos o que dispõe a Lei Geral de Licitações:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

[...]

§5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Veja que a Lei de Licitações é extremamente clara ao vedar quaisquer outras exigências não previstas nesta Lei, que inibam a participação de empresas na licitação, o que é justamente o caso das disposições em comento.

Tal disposição decorre diretamente da Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Importa ressaltar que o intuito desta impugnante não é que a empresa contratada se abstenha de apresentar as referidas documentações, posto que são necessárias para a execução dos serviços licitados.

Em verdade, apenas nos debruçamos quanto às descabidas exigências serem feitas ainda na fase de habilitação da licitação, pois, de forma reiterada, tais exigências restringem o caráter competitivo do certame, limitando por completo os propensos interessados.

Tanto é que concordamos que seja exigido das licitantes durante a concorrência a declaração de que, em caso de restar vencedora da licitação, comprometem-se a disponibilizar uma Usina de Asfalto com capacidade de produção igual ou superior a 60 toneladas, equipada com balança de capacidade superior a 50 toneladas e com sistema de impressão para pesagem de produtos asfálticos e agregados, assim como sua Licença de Operação da Usina Asfáltica emitida pelo órgão ambiental competente e o certificado de aferição da balança da Usina de Asfalto dentro do período de validade, nas condições necessárias e requeridas pelo edital. Contudo, isso não pode de forma alguma ser feita de forma prévia, vez que não só limitaria a participação das empresas, como também iria de encontro à jurisprudência pátria.

Neste sentido, cabe trazer à tona o seguinte posicionamento do TCU:

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIACICA/ES. EDITAL TOMADA DE PREÇOS N. 025/2010. EXIGÊNCIA DE USINA DE ASFALTO NA FASE DE HABILITAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. DEMAIS IRREGULARIDADES CONTRÁRIAS À JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. DETERMINAÇÕES

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.3.1. abstenha-se de exigir, para a comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, o requisito de

propriedade e de localização prévia dos equipamentos a serem utilizados na obra, conforme disposto no § 6º do art. 30 da Lei n. 8.666/93, a exemplo de declaração formal de que dispõem de usina de asfalto com capacidade de produção igual ou superior a 60 ton/h, com licença de operação (LO) emitida pelo órgão ambiental competente já em vigor na data de entrega das propostas, e localizada num raio máximo de 60 Km de distância da sede do Município;

(TCU 02278520108, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 05/10/2010)

Veja que este Egrégio Tribunal é extremamente claro ao determinar que a Administração deve se abster de exigir das licitantes, a título de habilitação, declaração de propriedade dos equipamentos a serem utilizados na obra junto com a devida licença de operação (LO) emitida pelo órgão ambiental competente já em vigor na data de entrega das propostas. Na ocasião, cita até mesmo um exemplo cujas exigências são notavelmente similares as ora retratadas, o que só reforça o fato de que estas devem ser completamente afastadas ou, no mínimo, alteradas.

Neste mister, vejamos, ainda, outros posicionamentos do TCU, que se insurgem especialmente contra as exigências ora questionadas:

REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE ENGENHARIA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS. EXIGÊNCIA DE USINA DE ASFALTO NA FASE DE HABILITAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE ANULAÇÃO. [VOTO]

4. A alegada irregularidade, segundo a representer^aante, estaria na exigência ilegal de disponibilidade de usina de asfalto com localização prévia, ou, na falta de usina própria, de apresentação de Termo de Compromisso assinado com uma usina. 5. Verifico que essa questão já foi discutida por este Plenário, sendo que as decisões mais recentes apontaram para a ilegalidade dessa exigência (Acórdãos 1578/2005, 2656/2007 e 800/2008, todos de Plenário). 6. Pela perfeita adequação da matéria decidida no Acórdão nº 800/2008- Plenário à controvérsia tratada neste feito, reproduzo a seguir o sumário constante do referido decisum:

[...]

4. Restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declaração de terceiros detentores de usina, ainda mais quando é fixado limite máximo de distância para sua instalação.

[...]

9. A indevida restrição da competitividade em razão de exigência editalícia que desobedece ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 e nos arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, e 30, § 6º, da Lei de Licitações e Contratos, conduz à anulação do processo licitatório.

10. Não há como se buscar amparo na Lei nº 8.666/93 para se exigir dos licitantes a disponibilidade de usina de asfalto, ainda mais com localização prévia, nem, sequer, a exigência de termo de compromisso com usinas de terceiros.

[...]

[ACÓRDÃO]

9.2. considerar, no mérito, a representação procedente;

9.3. determinar à Prefeitura do Recife (Secretaria de Saneamento do Recife), com fundamento no art. 71, IX, da Constituição da República, c/c o art. 45, caput, da Lei nº 8.443/1992, que adote, no prazo de quinze dias, as providências necessárias à anulação do ato convocatório referente à Concorrência Pública [...], bem como dos eventuais atos dela decorrentes, em vista das indevidas exigências editalícias [...], que atentam contra o princípio da isonomia, da legalidade, da competitividade e da razoabilidade, insculpidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e nos arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, e 30, § 6º, da Lei de Licitações e Contratos;

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE ÁGUA, ESGOTO SANITÁRIO, DRENAGEM URBANA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. COMPROVAÇÃO DE PROPRIEDADE DE EQUIPAMENTOS E LOCALIZAÇÃO. [ACÓRDÃO]

9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Cuiabá/MT e à Companhia de Saneamento da Capital - Sanecap que, antes de iniciar nova licitação para a execução das obras em comento, adote as seguintes medidas: [...]

9.2.3. quanto à elaboração do instrumento convocatório da licitação a ser promovida:

[...]

9.2.3.5. abstenha-se de exigir, para a comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, o requisito de propriedade dos equipamentos a serem utilizados na obra, a exemplo da usina de concreto e asfalto, bem como a prévia indicação de sua localização, conforme disposto no § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93;

[DECLARAÇÃO DE VOTO]

12. Há severos indícios de que a licitação em questão também teve sua competitividade gravemente prejudicada, em função

de exigências desarrazoadas, além daquela atinente à ausência de parcelamento do objeto: [...]

c) exigência de que, na fase de habilitação, a empresa comprovasse disponibilidade de usina de asfalto e de concreto em um raio de 120 Km do local das obras, o que inibe significativamente a competição, dado o restrito número de usinas previamente estabelecidas na cidade de Cuiabá, o que constitui ofensa ao § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93;

“8. Relativamente à exigência de qualificação ambiental na fase de habilitação, entendeu a unidade técnica ser procedente a reclamação da EBF Vaz, uma vez que **a licença de operação precisa ser apresentada apenas pela vencedora do certame e anteriormente à celebração do contrato**, em consonância com as disposições sobre qualificação técnica constantes do art. 30, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 e a jurisprudência desta Corte de Contas (Acórdãos nos. 125/2011-TCU-Plenário e 5.611/2009-TCU-2ª Câmara). Dos proponentes, pode ser requisitada somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de entregar a referida licença no momento oportuno. Esse entendimento também é adotado pela Administração Pública Federal, na forma da Instrução Normativa nº 2/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

(ACÓRDÃO Nº 2872/2014-TCU-PLENÁRIO; MINISTRO RELATOR: JOSÉ MÚCIO)

“Registro que recentemente, ao examinar questão semelhante a esta, o TCU manifestou-se no sentido de que a documentação probatória de qualificação ambiental, quando exigida na licitação, precisa ser apresentada apenas pela vencedora do certame, após a adjudicação do objeto e previamente à celebração do contrato. **Dos proponentes, pode ser requisitada somente declaração de disponibilidade da documentação ou de que a empresa reúne condições de entrega-la no momento oportuno.** Por sua pertinência, transcrevo trecho do voto condutor do Acórdão nº 2872/2014-Plenário: “a exigência a todos os licitantes, e não apenas ao vencedor após a fase de adjudicação e anteriormente à assinatura do contrato, de apresentação de licença de operação concedida pelo órgão ambiental, identificada na Concorrência Internacional nº 1/2013 (revogada), contraria as disposições sobre qualificação técnica constantes do art. 30, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 e a jurisprudência desta Corte de Contas”.

(ACÓRDÃO Nº 6047/2015-SEGUNDA CÂMARA; MINISTRO
RELATOR: RAIMUNDO CARREIRO)

“Faça constar no instrumento convocatório todas as especificações do objeto a ser licitado, de forma clara, concisa e objetiva, abstendo-se de incluir exigência que não esteja suficientemente especificada, nos exatos termos definidos pelo art. 9º, § 2º, do Decreto nº 5.450/2005, e pelo art. 14 da Lei nº 8.666/1993.”

(ACÓRDÃO 1237/2007 PRIMEIRA CÂMARA)

Assim, aplicando-se o entendimento do Tribunal de Contas da União ao presente caso, fica claro perceber que deve ser reformado o edital da Concorrência Pública nº 2022.07.006-CP, no sentido de excluir as exigências de que as licitantes comprovem sua qualificação técnica por meio da apresentação declaração formal de que dispõem Usina de Asfalto com capacidade de produção igual ou superior a 60 toneladas, equipada com balança de capacidade superior a 50 toneladas e com sistema de impressão para pesagem de produtos asfálticos, bem como da apresentação de Licença de Operação da Usina Asfáltica emitida pelo órgão ambiental competente e de certificado de aferição da balança dentro do período de validade.

Ora, não existe qualquer justificativa técnica para explicar a necessidade de apresentação dos ditos documentos ainda na fase de habilitação.

Desta forma, diante de tudo o que restou acima demonstrado, fica claro perceber que o edital da Concorrência Pública nº 2022.07.006-CP não se adequa à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, motivo pelo qual deve ser prontamente modificado.

2.4. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Ademais, é importante destacar que, por força da Súmula nº. 222 do TCU, as interpretações dadas pela Corte de Contas Federal às normas gerais de licitação **devem ser observadas por toda a Administração Pública. In verbis:**

“Súmula nº. 222 - As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Como se pode verificar do dispositivo transcrito acima, os Administradores Públicos não podem se esquivar de cumprir com as decisões do TCU mencionadas nesta peça. Importante ressaltar que a obediência à referida súmula decorre das

competências legais e constitucionais dadas ao TCU, motivo pelo qual é imperiosa a sua observância, sob pena de malferir ainda o Princípio da Legalidade.

Imperioso se demonstrar que o STJ possui entendimento de que **as decisões do TCU exaradas dentro de suas atribuições constitucionais possuem caráter impositivo e vinculante para a Administração**. A exemplo, veja-se a ementa do Recurso Especial nº 464.633, de relatoria do Ministro Félix Fischer:

*“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. ILEGALIDADE. REGISTRO. NEGATIVA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.
[...]*

III – A decisão do Tribunal de Contas que, dentro de suas atribuições constitucionais (art. 71, III, CF), julga ilegal a concessão de aposentadoria, negando-lhe o registro, possui caráter impositivo e vinculante para a Administração.

IV – Não detendo a autoridade federal impetrada poderes para reformar decisão emanada do TCU, não é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental que se volta contra aquela decisão. Recurso não conhecido.”

(REsp 464.633/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2003, DJ 31/03/2003, p. 257)

Assim, é cediço ser atribuição constitucional do Tribunal de Contas da União julgar a correta aplicação de recursos públicos no País. *In verbis*, o texto constitucional:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

[...]

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.”

Reforçando o comando constitucional, a Lei nº 8.443/92 dispõe:

“Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

[...]

Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno:

[...]

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei;”

Assim sendo, resta claro o fato de que a Administração Pública deve estrita observância às determinações feitas pelo Tribunal de Contas da União, sob pena de incorrer em ilegalidades e, sobretudo, inconstitucionalidades no processo. Veja-se que, pelo Princípio da Legalidade, não há como se admitir o descumprimento às determinações do TCU.

Portanto, com base em tudo o que restou acima exposto, resta claro que o edital deve ser modificado, no sentido de anular os itens 3.3, 4.4.1 e 4.4.8 do edital ou, no mínimo, reformulá-los. Caso não o faça, ressalte-se, estar-se-á incorrendo em manifesto descumprimento não só à legislação vigente, como também ao entendimento pacificado do Tribunal de Contas da União, indo completamente de encontro ao Princípio da Legalidade.

Destaque-se que este princípio possui não só assento legal, sendo estabelecido na Lei nº. 8.666/93, como também possui expressa previsão constitucional. *In verbis*, diz o nosso ordenamento jurídico:

Lei nº. 8.666/93:

“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.”

Constituição Federal:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Sobre o referido princípio, ensina Odete Medauar:

“Para a Administração, o princípio da legalidade traduzia-se em submissão à lei. No conjunto dos poderes do Estado traduzia a relação entre poder legislativo e poder executivo, com a supremacia do primeiro; no âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira”

(MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992; grifamos)

Ou seja, para a Administração Pública, o princípio da legalidade não é a mera observância à legislação, mas sim uma verdadeira *submissão* aos ditames legais, sendo este princípio verdadeira baliza aos atos praticados pelos agentes estatais. Portanto, é dizer que **se uma ação ou obrigação é expressamente determinada pela legislação em vigor, não pode a Administração agir contrariando a Lei.**

É dizer, portanto, que **não existe liberdade para autoridade administrativa descumprir o que está previsto nos diplomas legais vigentes.** Dessa forma, se a legislação apresenta critérios específicos para a classificação de um serviço como parcela de maior relevância no bojo de procedimentos licitatórios, aqueles que não se enquadrarem neste critério não podem ser exigidos.

Em face disso, torna-se imperioso trazer novamente o entendimento da doutrina. Sobre o assunto, comenta Hely Lopes Meirelles:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.”

(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 82-83)

No mesmo sentido, é o entendimento de Petronio Braz:

“O princípio da legalidade subordina a eficácia de todo ato administrativo à vontade da lei. Contudo para que ocorra no ato administrativo um respeito aos procedimentos legais é necessário, além da força coercitiva da lei, a consciência do dever de obediência por parte de agente público.

O respeito ao princípio da legalidade nos atos administrativos deve ser observado internamente pela ação da própria administração, através de um controle de mérito que vise à correção dos próprios atos.”

(BRAZ, Petronio. Processo de Licitação. Editora Livraria de Direito, p. 39-40)

E assevera José Cretella Junior:

“Aplicado à Administração, o princípio da legalidade expressa a regra segundo a qual a Administração deve agir de acordo com o Direito, em todos os setores e, no caso presente, à licitação. O estado de direito, que se contrapõe ao estado de polícia, é caracterizado, precisamente, pela afirmação do princípio da legalidade.

Nas Licitações, o princípio da legalidade incide sobre o edital, a lei interna do procedimento concorrencial informando-o, ou seja, ditando a conduta da Administração e dos licitantes, do começo ao fim, ‘suportando a Administração a lei que editou’, ao mesmo tempo que ‘aderindo o licitante, ponto por ponto, às regras estabelecidas para o certame’. O princípio da legalidade preside à elaboração do edital que deverá ser absolutamente de acordo com as leis em vigor.”

(CRETELLA JUNIOR, José. Das Licitações Públicas. 8ª ed. Editora Forense, p. 131)

Dessa forma, por todo o exposto, de forma a coadunar com os princípios básicos das licitações, cumpre que os itens 3.3, 4.4.1 e 4.4.8 do edital da Concorrência nº. 2022.07.006-CP, sejam suprimidos das exigências a serem atendidas pelas licitantes, ante as suas respectivas ilegalidades.

2.5. DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA COMPETITIVIDADE E VANTAJOSIDADE

Douto Presidente, *data maxima venia*, não há como se admitir as supracitadas exigências no presente certame, **uma vez que indevidamente restringem a competitividade do procedimento licitatório**, posto que inserem obrigações excessivas, que não encontram o mínimo embasamento jurídico, e que em nada afetam a prestação do objeto do contrato a ser firmado.

Portanto, é inegável que tais exigências vão de encontro ao que preconiza a Lei nº. 8.666/93:

*“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.”*

Destaque-se que a Lei de Licitações **expressamente ainda veda cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo das licitações. In verbis:**

“Art. 3º [...].

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;”

Sobre o assunto, cumpre citar a jurisprudência do STJ:

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. (STJ, REsp nº 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.05.2003.)

Também no âmbito das cortes de contas a questão é recorrente. Tanto é assim que o TCU, aqui tomado como referência, já determinou à Administração que:

observe, no momento da abertura de novo procedimento licitatório, os dispositivos da Lei nº 8.666/1993 relativos aos princípios norteadores e ao caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, de modo a se evitar que exigências inadequadas se tornem instrumento de restrição indevida à liberdade de participação de possíveis interessados. (TCU, Acórdão nº 4.929/2008, 2ª Câmara.)

No que tange ao princípio da competitividade, torna-se imprescindível trazer ao lume o escólio do Douto José dos Santos Carvalho Filho. Veja-se:

“(...) princípio da competitividade, correlato ao princípio da igualdade. Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou

frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros. Encontramos o princípio no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto.”

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 223, 2007)

Com o objetivo de contratar a proposta mais vantajosa, cumpre ao Administrador incrementar a competitividade do torneio, possibilitando, assim, a participação do maior número de licitantes. A redução da competitividade certamente afeta a economicidade da contratação, prejudicando a escolha da melhor proposta, conforme já se manifestou o Tribunal de Justiça do Paraná, o qual decidiu:

“As formalidades do edital de convocação devem ser examinadas à luz da sua utilidade e finalidade a par do princípio da competitividade, que permeia todo o procedimento licitatório, pois o rigorismo excessivo, sem conteúdo substancial, pode restringir o número de concorrentes e prejudicar, por via de consequência, a escolha da melhor proposta.”

(TJPR - Ac. 31525 - Ag Instr 0453879-0 - 4ª CCv - Rel. Adalberto Jorge Xisto Pereira - DJPR 7664 de 25/07/2008)

Assim, resta evidenciado que a manutenção das exigências em tela ocasionará prejuízos à vantajosidade do certame, porquanto não só será indevidamente vedado o acesso de licitantes com amplas condições de ofertar a proposta mais vantajosa, como também completamente desnecessária frente ao objeto que se pretende contratar. Nesse sentido ensina Carlos Pinto Coelho Motta:

“Como é sabido e exaustivamente reiterado na legislação, o princípio constitucional da economicidade é a própria razão de ser do instituto da licitação, figurando com destaque no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e exigindo que o procedimento represente vantagem concreta da Administração na contratação do bem ou serviço. Destarte, o processo competitivo não tem validade intrínseca, constituindo apenas um instrumento de melhoria do gasto público. Quando, por qualquer motivo, deixa de ser vantajoso para o órgão ou entidade licitadora, perde seu núcleo instrumental e torna-se ineficaz. Cumpre, então, eliminar todo elemento que não favoreça o epílogo necessário do certame – ou seja, a contratação do objeto exato pelo melhor preço.”

(MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Apontamentos ao regulamento licitatório das microempresas e empresas de pequeno porte – Decreto nº. 6.204/2007. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. ed. 166. Brasília. Zênite. Dez/2007, p. 1179)

Repise-se a não mais poder que **as malsinadas exigências em nada afetarão a comprovação de aptidão das licitantes a executarem os serviços ora licitados.** Portanto, *data maxima venia*, a permanência dos itens 3.3, 4.4.1 e 4.4.8 no presente certame só servirão para burocratizar e impedir a participação das(os) empresas/consórcios interessadas(os), o que acabará por impossibilitar a Administração Pública de conseguir propostas verdadeiramente mais vantajosas.

Dessa forma, por todo o exposto, de forma a coadunar com os princípios básicos das licitações, cumpre que os itens 3.3, 4.4.1 e 4.4.8 do edital da Concorrência Pública nº 2022.07.006 da Prefeitura Municipal de Itaitinga/CE sejam anulados ou, no mínimo, alterados.

3. DO PEDIDO

Ex positis, a empresa ora impugnante requer que V. Sa. realize as modificações necessárias no edital da **CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 2022.07.006-CP da PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAITINGA/CE**, em virtude dos vícios acima elencados nesta peça. Por fim, realizadas as devidas correções, requer que seja reaberto o prazo estabelecido no início do procedimento licitatório.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Fortaleza, 02 de agosto de 2022.



COPA ENGENHARIA LTDA.
EDUARDO AGUIAR BENEVIDES
SÓCIO - CPF: 988 132.663-91

COPA ENGENHARIA LTDA
REPRESENTANTE LEGAL

CNH Digital

Departamento Nacional de Trânsito

		REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO			CE
VALIDA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL 1847869770					
		NOME EDUARDO AGUIAR BENEVIDES			
		DOC. IDENTIDADE/ORG. EMISSOR/AUF 9030009584 SSP CE			
		CPF 889.132.683-91	DATA NASCIMENTO 12/04/1982		
		FILIAÇÃO CARLOS EDUARDO BENEVIDES ME TO ANNIE AGUIAR BENEVIDES			
		PERMISSÃO A	ACC B	CAT. HAB. B	
Nº REGISTRO 62251000799		VALIDADE 26/02/2025	1ª HABILITAÇÃO 12/05/2006		
OBSERVAÇÕES					
LOCAL FORTALEZA, CE		DATA EMISSÃO 23/02/2020			
ASSINADO DIGITALMENTE DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO		29060050104 CE173194211			
CNHN		CEARÁ			
DENATRAN		CONTRAN			
1847869770					

QR-CODE



Documento assinado com certificado digital em conformidade com a Medida Provisória nº 2200-2/2001. Sua validade poderá ser confirmada por meio do programa Assinador Serpro.

As orientações para instalar o Assinador Serpro e realizar a validação do documento digital estão disponíveis em: < <http://www.serpro.gov.br/assinador-digital> >, opção Validar Assinatura.

SERPRO / DENATRAN