

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE
LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE FLOR DO SERTÃO-SC.

Edital Tomada de Preço 07/2019

Processo nº. 1605/2019

EFICCAZ CONSTRUÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 23.301.767/0001-56, com sede na Rua João Pessoa, 295, bairro São José, Pinhalzinho-SC, por seu representante legal credenciado, vem respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, para questionar as exigências indevidamente fixadas no Instrumento Convocatório, e para tanto, se faz necessário a apresentação da presente **IMPUGNAÇÃO**, requerendo ao final a devida adequação a lei de regência.

A presente impugnação buscar afastar do procedimento licitatório a exigência discriminatória que extrapola o disposto no estatuto que disciplina as licitações no âmbito da Administração Pública (Lei n.º 8.666/93, e suas alterações posteriores).

O processo licitatório ora impugnado é o de nº. 1605/2019, modalidade tomada de preços 07/2019, no qual o MUNICÍPIO DE FLOR DO SERTÃO busca a Contratação de empresa para execução de "EMPREITADA GLOBAL COM FORNECIMENTO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO DE CICLOVIA, ILUMINAÇÃO PÚBLICA E CALÇADA PÚBLICA NAS MARGENS DA SC 161 – TRECHO I AO XII E PORTICO DE ACESSO AO MUNICÍPIO DE FLOR DO SERTÃO", conforme especificações fixadas nos Anexos ao Edital.

A Impugnante, empresa especializada na prestação de serviços que ora se pretende contratar, detentora de comprovada experiência na área do objeto, tem total interesse de participar do presente processo de licitação, e por certo é uma candidata real à adjudicação do certame, sendo assim, objetivando a execução do contrato com notável excelência e satisfação, se faz necessária uma análise detalhada de todas as exigências postas no Edital de Licitação.

No caso em tela, ver-se-á que as exigências editalícias, extrapolam a Lei das Licitações.

Para o saudoso e insigne HELY LOPES MEIRELLES, "***o princípio da legalidade é o princípio basilar de toda Administração Pública. Significa que toda atividade administrativa está sujeita aos mandamentos da lei e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de invalidade***". (In Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, 12ª Edição/1999, p 34).

No mesmo sentido afirma o ilustre MARÇAL JUSTEN FILHO:

"No procedimento licitatório, desenvolve-se atividade vinculada.

Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa. A lei define as condições de atuação estabelecendo a ordenação (sequência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas". (In Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, São Paulo, 1999, p. 65).

O legislador pátrio, com sapiência instituiu dentre os princípios constitucionais, o da legalidade (art. 37, caput), estatuinto a vinculação ao princípio da legalidade também nas contratações públicas, determinando observância à lei de regência, que é a de n.º 8.666/93.

Assim, o aludido diploma legal, no art. 3º, estabelece como princípio fundamental também das licitações públicas, o da legalidade. Pela eficácia, nada pode fazer o Administrador Público, em tema de contratações, que contrarie a Lei n.º 8.666/93 e, em última instância, a Constituição Federal.

No preâmbulo do referido Edital de Licitação, está estampada a regência legal da Lei 8.666/93, e, em relação a qual, deverá o edital sofrer alterações de modo, ao mencionado dispositivo legal, se adequar, com ele se suprir, mas nunca de forma a restringir ou limitar as suas prescrições.

Nesse sentido, as cláusulas do ato convocatório devem ser interpretadas sempre em conjunto com a lei de regência, suporte da conduta do Administrador Público, nos termos da Constituição Federal.

É cediço que o processo licitatório está subordinado a princípios jurídicos rígidos, como o da isonomia, da executoriedade das leis sem discricionariedade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da publicidade.

Ao que se extrai do bojo do instrumento editalício, que não pode coexistir numa licitação pública, são exigências descabidas, ilegais e absurdas, ou mesmo que direcionam o certame para determinada empresa, ao requerer documentos extraordinários e que dificultem a participação de outras empresas que são igualmente capacitadas a executar os serviços objeto do presente certame, e isso, à toda evidência, é o caso em tela.

É consabido que o instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na escolha dos contratantes e a isonomia entre eles, a priori, significa tratamento igual para situações iguais e, por isso, as exigências constantes do edital são endereçadas a todos, indistintamente, que se disponham a concorrer ao objeto licitado.

Sob esse prisma, pode-se concluir que essa ou aquela exigência, quando legal, não cria desigualdade alguma entre os interessados, mas apenas decorre do poder da Administração Pública escolher e contratar o licitante que melhor atenda aos seus interesses, no entanto, as exigências contidas no edital, mais precisamente no **“item 6, subitem 6.4.3”** extrapola a lei específica e infringem princípios constitucionais e, em assim sendo, não pode ser considerada válida.

Assim dispõe o dispositivo editalício em comento:

*“6.4.3 Capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para a entrega da proposta, profissionais de nível superior responsável pela empresa (engenheiro civil ou equivalente). **O vínculo dos profissionais com a empresa deverá ser comprovado através de registro profissional na carteira de trabalho acompanhada da cópia autenticada do registro do profissional no livro de registro de empregados da empresa. Este profissional será o responsável técnico pela obra. Na hipótese do sócio ser também o responsável técnico pela empresa, deverá ser comprovado através do contrato social ou alteração contratual”.***

O item acima descrito obriga as empresas interessadas em participar a registrar seus engenheiros em carteira de trabalho, criando um vínculo desnecessário e altamente oneroso, visto que os profissionais podem trabalhar para mais de uma empresa, bastando para isso um contrato de prestação de serviços, documento este que é, inclusive, único requisito exigido pelo CREA.

Ainda, a exigência de requisitos pontuais em processos licitatórios não devem ser utilizados, pois fere os princípios e finalidade da licitação, que visa a ampla concorrência para assim ter o município o contrato mais vantajoso.

Tais limitações se dão por força da lei e dos entendimentos dos Tribunais de Contas, os quais no permitimos transcrever, iniciando-se pelo artigo 37, da Constituição Federal.

O inciso XXI, do artigo 37, dispõe: *Artigo 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 pagamentos, **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. Grifou-se.

Tal artigo incorpora **um princípio de natureza restritiva para a CLASSIFICAÇÃO**, só pode o processo de licitação exigir documentos que comprovem a qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, isto é, que signifiquem certeza de que o contrato será bem e fielmente cumprido, e essa certeza, a recorrente traz, bastando observar-se o histórico de sua atuação.

No mesmo sentido o conceituado **Hely Lopes Meirelles**, afirma categoricamente que, além da relacionada comprovação da idoneidade jurídica, técnica e financeira dos concorrentes, nenhuma outra documentação deverá ser exigida na fase de CLASSIFICAÇÃO, *“pois que o legislador empregou deliberadamente o advérbio **“exclusivamente”**, para impedir que a Administração, por excesso de cautela ou vício burocrático, condicione a CLASSIFICAÇÃO dos licitantes à apresentação de documentos inúteis e dispendiosos”*.

E se não forem suficientes as alegações acima para assegurar a reforma do presente edital, ainda poder-se-ia dizer que deve ser respeitada a limitação de exigências, como já dito anteriormente, em garantia aos princípios norteadores da Administração Pública, entre eles, o PRINCÍPIO da RAZOABILIDADE, da COMPETITIVIDADE, da LIVRE CONCORRÊNCIA e da SELETIVIDADE, entre outros

Investe-se a presente impugnação contra o item 6.4.3 do edital, conforme destacado a seguir.

Assim, **impõe-se a alteração do edital, exigindo-se a apenas comprovação de que a empresa possui vínculo contratual com profissional com nível superior da área da engenharia civil ou equivalente, podendo ser comprovado com contrato de prestação de serviços entre a empresa e o profissional.**

Note-se que a natureza estritamente exaustiva do artigo 30 da Lei nº 8.666/93, dando azo à Administração Pública, pois, somente poderá exigir os documentos expressamente ali elencados; nenhum a mais. Além disso, talvez já prevendo a tendência de sempre aumentar o número de exigências, na Constituição de 1988 o constituinte fez constar dispositivo expresso sobre o assunto, inserto no inciso XXI do art. 37, ditando quais as exigências relativas à qualificação técnica, portanto, não podem extrapolar aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As exigências excessivas servem tão-somente para comprometer a garantia constitucional de igualdade de condições a todos os concorrentes.

Anota-se que a verificação da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira, conforme consta do Art. 30 da Lei nº 8.666/93 tem por

objetivo unicamente assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que podem mais se prestar para comprometer a observância do princípio constitucional da isonomia, resvalando seus efeitos sempre na direção de um possível negócio menos vantajoso para a Administração Pública, considerando **ser a causa principal da diminuição do número de concorrentes, além da possibilidade de esconder um eventual viés de direcionamento.**

Por tudo isso, devem ser evitadas exigências excessivas. Reputa-se, portanto, a regra legal é exigir tão somente aquilo que consta no artigo 30 da Lei n.º 8.666/93 para a qualificação técnica.

Em matéria de licitação, não há como ignorar que o legislador constituinte impôs restrições à própria elaboração legislativa, tornando constitucional a disciplina sobre a matéria, vem daí o inciso XXI do artigo 37 da CF, no sentido de estabelecer ressalvas ao disciplinamento legislativo ordinário, estabelecendo limites às exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, tanto da entidade pública como dos concorrentes. Tal direcionamento, no aspecto da comprovação da habilitação técnica, não teve a intenção de restringir o universo dos participantes, mas sim assegurar um mínimo de garantia, no que diz respeito ao adimplemento dos contratos.

Mas essa exigência não deve ser excessiva, tampouco discriminatória a ponto de impedir a competitividade do certame, pela requisição de documentos desnecessários, mas que serão atendidos por poucos ou apenas um licitante. Isto é colocado pela Lei n.º 8.666/93:

'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 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;'

Marçal Justen Filho confirma este nosso entendimento:

'A Lei n.º 8.666/93 disciplinou de modo minucioso a matéria da qualificação técnica. Um dos caracteres mais marcantes da Lei n.º 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumentos de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. O objetivo é eliminar distorções ocorridas no sistema anterior, em que os requisitos de qualificação técnica acabavam por inviabilizar o acesso de muitas empresas à

licitação.

Isso não significa substituir uma distorção por outra. A legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou meramente formais.

Destarte, administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento. Especialmente em virtude da regra constitucional (art. 37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública. A regra é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas, inadequadas ou discriminatórias.

Ao analisar também o artigo 30 da Lei 8666/93, **Marçal Justem Filho**, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, página 196, chegou a seguinte conclusão:

“Exigências proibidas: Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (art. 30, parágrafo 5º). Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei 8666 como aquelas não expressamente por ela permitidas.”

É também de expressivo valor a lição do Ministro HOMERO SANTOS: **“Não basta que haja processo de licitação. O importante é que as contratações públicas de obras, serviços, compras, alienações, concessões, locações e demais negócios jurídicos sejam efetuados com absoluto respeito às normas que regem a coisa pública, como garantia que toda sociedade deseja no sentido de que a Lei, o interesse público e a probidade administrativa prevaleçam nessas relações administrativas”** (in Licitação: Instrumento de Moralidade Administrativa, Seminário ECT, Maceió/AL, DOU de 31/12/91).

Ao verificar o conteúdo da norma do art.41 da Lei 8666/93 o Magistrado **Jessé Torres Pereira Júnior** teceu o seguinte comentário:

“para que o edital vincule legitimamente a Administração e os licitantes necessários é que todas suas cláusulas e condições conformem-se aos princípios regentes da matéria e à lei, seguindo-se que o edital não é peça intangível, ao inteiro alvedrio da Administração.”
(Comentários À Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Jessé Torres Pereira Júnior)

Ao depararmos com o magistério de **Hely Lopes Meirelles**, “in” Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, destacamos o seguinte:

“No direito público, o que há de menor relevância é a

vontade do administrador. Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos, não tem eficácia administrativa no direito e na lei. Não é a chancela da autoridade que valida o ato e o torna obrigatório. É a legalidade a pedra de toque de todo Ato Administrativo.” (14ª Ed., pág.174) “O poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização...”(13ª Ed., pág. 89)

Novamente invocando o TCU, já se posicionou no julgado que corrobora o alegado:

“A obrigatoriedade de contratação de profissionais para execução do objeto antes de sua adjudicação causa ônus desnecessário e restringe a competitividade do certame licitatório. Nesse sentido há reiteradas decisões, como os Acórdãos 597/2007 e 103/2009, ambos do Plenário, os quais aduzem que para a comprovação da capacidade técnico-operacional de que trata a Lei 8.666/1993 em seu artigo 30, §1º, inciso I, é desnecessário que o profissional possua vínculo empregatício por meio de carteira de trabalho assinada, sendo a existência de contrato de prestação de serviços regido pela legislação civil meio suficiente de se suprir a exigência do artigo retrocitado. [...] Acórdão 1842/2013-Plenário

A jurisprudência do Tribunal também é pacífica no sentido de ser **ilegal a exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico com a empresa licitante**, pois impõe um ônus desnecessário aos concorrentes, na medida em que são obrigados a contratar, ou a manter em seu quadro, profissionais apenas para participar da licitação (acórdãos 103/2009 e 1.808/2011, do Plenário, entre outros) .

O que se almeja, para garantir a capacidade de execução da futura contratada, é que os profissionais indicados possam efetivamente desempenhar os serviços. O vínculo do profissional qualificado não precisa, portanto, ser necessariamente trabalhista ou societário. É suficiente a existência de um contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum.

Na presente situação mitiga um pouco a irregularidade na exigência de vínculo empregatício o fato de se admitir, quando se tratar de profissional autônomo, a apresentação de contrato particular de trabalho, com a ressalva, porém, de o nome do profissional constar na certidão de registro e quitação da pessoa jurídica.

Ainda, no mesmo sentido: **“Configura restrição ao caráter competitivo da licitação a exigência, para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993) , da demonstração de**

vínculo societário ou empregatício, por meio de carteira de trabalho, do responsável técnico com a empresa licitante, sendo suficiente a comprovação da disponibilidade do profissional mediante contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil". (Acórdão 12879/2018-Primeira Câmara.)

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam *pertinentes* e *relevantes* ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a *ratio legis*, da mesma forma, é inquestionável que o dispositivo visa coibir a exigência infundada, dirigida exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, sem qualquer justificativa.

Não resta dúvida, que se faz necessário estabelecer de forma clara e cristalina as questões levantadas, sobre pena da administração onera indevidamente a contratação, ou inviabilizar a apresentação de proposta para os serviços ora licitados.

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 o 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.

Pelo que se vê, embora louvável, o zelo da administração não parece haver formulado solução adequada ao indisfarçável fim de impedir que o ato convocatório contenha cláusulas discriminatórias, que direcione a fase de habilitação preliminar rumo ao favorecimento de determinado licitante. Isso porque formula exigência de modo a proceder a exclusão antiisonômica de interessado ao certame. Resultado antagônico à finalidade da Licitação.

Dessa maneira, qualquer exigência discriminatória capaz de limitar o universo de competidores e desnecessária ao regular cumprimento do objeto licitado, como é aquelas ora questionadas, será ilegal, conforme veementemente combatem doutrina e jurisprudência.

O caráter competitivo constitui um princípio essencial de toda licitação; não haverá licitação se, por qualquer razão, faltar a essa a competição, ficando a seleção da proposta mais vantajosa seriamente comprometida.

Dessa forma, as exigências do item atacado violam o art. 30, § 1o., I e §§ 3o. e 5o. da Lei 8.666/93, pois extrapolam o limite legalmente aceitável e autorizado no que tange à comprovação da capacitação técnico-operacional.

O princípio da isonomia quanto aos licitantes é reflexo do princípio republicano, de que todos são iguais perante a lei. De modo específico, para a licitação, está indicado no art. 37, XXI, da CF. Em razão disso, vedam-se cláusulas ou condições que importem em distinções ou discriminatórias.

Em vista das considerações ora aduzidas, resta demonstrado, na esteira

de fartas doutrina e jurisprudência de nossos Tribunais, que o Edital impugnado tem sua legalidade profundamente comprometida, em vista das exigências editalícias apontadas, que não se coadunam com os princípios norteadores da licitação consignados no artigo 3º da Lei 8.666/93, em especial os princípios da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa.

CONCLUSÃO

Avista de todo exposto, roga para que seja alterado o edital impugnado com efetiva alteração dos itens 6.4.3 e 6.6.13, fazendo-se constar apenas a comprovação de ter a empresa licitante profissional capacitado em seu quadro, podendo este ser comprovado através de contrato particular de prestação de serviços de engenharia, nos termos da fundamentação apresentada.

Ademais, é imperioso ressaltar que a manutenção do instrumento convocatório impugnado viola os princípios basilares de todo certame, e cuja importância foi ressaltada no artigo 3º da Lei de Licitações.

Diante do exposto, é inquestionável que se proceda a devida correção do edital, suprimindo a irregularidade mencionada na presente impugnação devolvendo-se via de consequência, o prazo para apresentação das propostas, nos exatos termos da lei.

Finalmente, espera a impugnante que a Administração receba a impugnação do presente edital como contribuição para o aprimoramento do procedimento administrativo, já que tal mister é obrigação não só dos eventuais ocupantes de cargos e funções públicas como também de todos os administrados.

Termos em que aguarda Deferimento.

Pinhalzinho/SC, aos 07 de outubro de 2019.

EFICCAZ CONSTRUÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA
CNPJ: 23.301.767/0001-56


PAULO CÉZAR TRICHEZ
SÓCIO ADMINISTRADOR