

À

PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAPIRACA

Ref.: EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 052/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20797/2023

LUCAS DE MENEZES BOLZAN, advogado, OAB/RS 115.687, vem à presença de Vossa Senhoria, apresentar a presente IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, pelos fatos e motivos que passa a expor:

TEMPESTIVIDADE E LEGITIMIDADE

Nos termos do disposto no item 5 do Edital e art. 42 da Lei de Licitações, toda e qualquer licitante pode impugnar o presente instrumento convocatório em até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura do certame.

Portanto, considerando que o impugnante contempla o objeto licitado, demonstrada a legitimidade e tempestividade da presente impugnação.

FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

Os princípios que regem as licitações públicas vêm insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 3º da Lei nº. 8.666/93, com destaque à supremacia do interesse público na BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.

No caso em análise, para que tal objetivo seja alcançado, imperioso superar algumas restrições e ilegalidades que maculam o certame, conforme passa a demonstrar.

O certame ora impugnado tem por escopo o seguinte objeto:

A presente licitação tem por objetivo Aquisição de prêmios (carro, motocicletas, aparelhos telefônicos, notebooks e TVs) que serão destinados ao programa IPTU premiado, através da Lei nº 3.484 de 26 de outubro de 2021.

Com as seguintes descrições no item 02:

Motocicleta, zero quilômetro, ano e modelo igual ou superior a 2023/2024, motor 4 tempos, cilindrada mínima de 149cc, arrefecimento a ar, combustível gasolina ou flex, com capacidade do tanque mínimo de 14,6 litros, transmissão 5 marchas, injeção eletrônica, partida elétrica. Assistência técnica local e em rede nacional, com garantia total pelo período mínimo de 12 meses. Cor: vermelha.

De plano, verifica-se que a dispensa de licitação, não encontra-se em termos para sua realização, vez que o edital publicado fere os princípios de isonomia, da razoabilidade, da maior concorrência, contido no artigo 37, XXI, bem como da razoabilidade, previstos na Constituição Federal, bem como ao artigo 5º e 9º, da Lei n. 10.133/22, o qual se pede vênha para transcrever:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim

como as disposições do [Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 \(Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro\)](#).

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restringam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

III - opor resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei.

Com efeito, de algumas exigências, detém o condão de restringir o caráter competitivo do certame. Ora, como se vê as simples exigências acima já é o quanto basta para decretar-se a nulidade absoluta, do item a ser licitado, uma vez que o edital publicado

ferre os princípios da ampla competitividade, na isonomia de tratamento, além de ser flagrantemente ilegal, pois fere também o direito positivo imposto através da Lei n. 10.133/22 - afronta ao princípio da igualdade, senão vejamos:

Analisando entre as cinco maiores marcas do Brasil:

- **HONDA**
- **YAMAHA**
- **SUZUKI HAOJUE**
- **SHINERAY**
- **DAFRA**

OCORRE QUE, O EDITAL EXIGE MOTOS COM INJEÇÃO ELETRÔNICA. PORTANTO, AS ÚNICAS MARCAS QUE POSSUI INJEÇÃO ELETRÔNICA SÃO A HONDA E YAMAHA, PARA AMPLA CONCORRÊNCIA O CORRETO SERIA EXIGIR INJEÇÃO ELETRÔNICA OU CARBURADOR, VISTO QUE ALGUMAS MARCAS TRABALHAM SOMENTE COM CARBURADOR.

DESCRIÇÃO	HONDA	YAMAHA	SUZUKI HOAJUE	SHINERAY	DAFRA
ALIMENTAÇÃO: INJEÇÃO ELETRÔNICA.	injeção eletrônica	injeção eletrônica	CARBURADOR	CARBURADOR	CARBURADOR

DA EXIGENCIA DE CLÁUSULA RESTRITIVA SEM A DEVIDA INDICAÇÃO DE MOTIVAÇÃO E JUSTIFICATIVA.

EDITAL: capacidade do tanque mínimo de 14,6 litros

Existem motocicletas com capacidade de tanque de 10L até 15L.

Mantendo está exigência certamente está restringindo a participação de outras marcas.

Qual é o motivo de exigir está capacidade mínima?

Restringir a competitividade!

O princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão. A motivação é uma exigência do Estado de Direito, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito a uma decisão fundada, motivada, com explicitação dos motivos. Sem a explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sindicá-lo, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido, por isso, é essencial que se apontem os fatos, as inferências feitas e os fundamentos da decisão. A falta de motivação no ato discricionário abre a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou, mesmo, a impossibilidade de efetivo controle judicial, pois, pela motivação, é possível aferir a verdadeira intenção do agente.

Ressaltamos que a motivação deve ser com base em estudos e elementos técnicos, e não inventada da cabeça do pregoeiro.

A Constituição Federal não admite que as licitações contenham cláusulas restritivas à participação dos interessados:

art. 37, XXI: Constituição Federal de 1988 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) XI - 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. (Regulamento)

Esta disposição é repetida no art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.663/93: Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993.

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) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restringam 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Então, por disposição constitucional e legal, as únicas exigências que a administração pode fazer dos interessados em licitar são aquelas indispensáveis ao cumprimento do contrato, sob pena de violação do princípio da competitividade. Diante do princípio lembrado e da ordem Constitucional, cabe a administração, fundamentar a conveniência e a relevância pública da exigência de moto freio a disco ABS nas duas rodas e motor flex (gasolina/álcool), para a efetiva prestação junto a população e de seu caráter indispensável.

Apresentar o nexo de causalidade entre o critério técnico exigido e/ou pontuável e o benefício em termos de favorecimento ao alcance do objetivo da contratação, que devem estar claramente demonstrados e fundamentados no processo.

Vale ressaltar alguns entendimentos do Tribunal de Contas da União quanto ao direcionamento em licitações:

“Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto pretendido para um determinado processo de licitação.” - conforme entendimento do TCU no Acórdão 641/2004 – Plenário.”

É DEVER DO RESPONSÁVEL POR CONDUZIR LICITAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO, A PARTIR DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL APONTANDO A EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS À COMPETITIVIDADE DO CERTAME, REALIZAR A REVISÃO CRITERIOSA DESSAS CLÁUSULAS, AINDA QUE A IMPUGNAÇÃO NÃO SEJA CONHECIDA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA. - CONFORME ENTENDIMENTO DO TCU NO ACÓRDÃO 1414/2023 – PLENÁRIO.”

A presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório, exigências técnicas feitas em extrapolação ao disposto no estatuto que disciplina o instituto das licitações, com intuito inclusive, de evitar que ocorra restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores, obstando a BUSCA DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA.

Sob esse enfoque, oportuno destacar que o direcionamento em certames licitatórios é assunto diuturnamente tratado pelo Tribunal de Contas da União, que em sua função maior de fiscalizador da atividade administrativa, já decidiu reiteradas vezes a respeito do assunto. Nesse sentido, vale trazer à baila um de seus julgados sobre a matéria, vejamos:

“(…) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o fumus boni iuris nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento à empresa Politec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 (oito milhões, seiscentos e setenta mil reais).”
(Decisão 819/2000 – Plenário)

“Assim, em suma, observamos que não foram suficientemente ilididos os questionamentos em tela, podendo-se concluir pela responsabilidade da presidente (como de todos os membros) da CLP, por agir de forma ao menos omissiva, permitindo que

houvesse o direcionamento, os sobrepreços e o favorecimento questionados. Por isso, sujeita-se a responsável à multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, na proporção, opinamos, de 15% (RI-TCU, art. 220, inc. III).”(ACÓRDÃO Nº 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105- 20/00-P)

Nesse mesmo diapasão, encontramos mais uma vez a manifestação de Marçal Justen Filho:

“(…) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição. Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnico operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 7ª edição, p.337).

Aliás, os Tribunais 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 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. 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. 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.

E ainda, vale ressaltar o Acórdão recente do Tribunal de Contas de Goiás que APLICOU MULTA A GERENTE DE GESTÃO DE COMPRAS E A DIRETORA DE GESTÃO CORPORATIVA POR FALHAS na fase de

planejamento da licitação, vejamos trechos da fundamentação que levou a decisão do Acórdão TCE/GO nº 879/2023:

“[...]

f.2. os estudos técnicos preliminares não traduzem mera formalidade, mas instrumento de planejamento e gestão de gasto público, e deve ser elaborado de forma a refletir, o melhor possível, as necessidades da companhia, e deve utilizar de dados reais e atualizados empresa;

f.3. em pesquisa de preços, o objeto discriminado nos contratos utilizados como parâmetro devem guardar a maior correlação possível com a composição do objeto pretendido, sob pena de desvirtuação da finalidade do procedimento, risco de contratação antieconômica e responsabilização de quem lhe der causa. Para objetos restritos e/ou com detalhamento específico, eventual inexistência da correlação indicada deve vir adequadamente justificada nos autos da contratação;

g.1. realize estudos técnicos preliminares adequados e detalhados, de forma que reste evidenciado não apenas o interesse público envolvido, mas igualmente o levantamento das soluções ofertadas pelo mercado, e a JUSTIFICATIVA ADEQUADA E SUFICIENTEMENTE MOTIVADA quanto a escolha da solução entre as disponíveis e a sua economicidade relativa;

[...]”

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS, Acórdão Nº: 879/2023, Processo nº 202000047002765/309-06.

Resta evidente que o Edital merece revisão a fim de se evitar a restrição ao caráter competitivo no caso em tela, com a alteração das exigências que restringem injustificadamente a competitividade do certame, através de uma clara e evidente falta de isonomia. Ao fazer, e o pior, manter, um EDITAL DIRECIONADO e VICIADO poderá estar servindo a fins escusos do mercado.

Dito isto, sugerimos uma especificação ampla e coerente para que todos os licitantes possam concorrer com igualdade:

- CAPACIDADE DO TANQUE MÍNIMO DE 10 LITROS;
- INJEÇÃO ELETRÔNICA OU CARBURADOR

Diante do exposto, requer sejam apreciadas as razões ora expostas, esperando que, ao final as presentes recomendações sejam acolhidas.

Além disso, requer, a imediata suspensão do presente certame para analisar e corrigir o instrumento convocatório, republicando com as devidas correções.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

PALHOÇA, 16 de novembro de 2023.

LUCAS DE MENEZES BOLZAN

OAB/RS 115.687