



ARK DIGITAL

27
L

ILMO. SR. PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE ITAPECURU-MIRIM, ESTADO DO MARANHÃO.

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 014/2021 – CPL/PMIM

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 148/2021

MLR VIANA LOBO-ME, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ sob o N.º 21.047.078/0001-31, com sede na Rua Marcelino Champagnat /Mitra, N.º 16, Edif. Cristal, Sala-901, Jardim Renascença, neste ato representado pelo seu representante legal a Sr.ª. Maria Lahanna Rodrigues Viana Lobo, inscrito no CPF sob o número 607.224.563-36 e RG n.º 041268252010-6, vem, com o devido acato, a presença de Vossa Senhoria tempestivamente, conforme permitido no § 2º, do art. 41, da Lei n.º 8666/93, e na Lei 10.520/2002, em tempo hábil, à presença de Vossa Senhoria a fim de **IMPUGNAR** os termos do Edital em referência, que adiante especifica o que faz na conformidade seguinte:

DO DIREITO E DA TEMPESTIVIDADE

Conforme aplicação ART. 41, §2º da Lei 8.666/93, que dispõe acerca do direito de impugnar os termos do edital de licitação, perante a Administração, que diz:

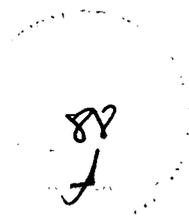
Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.
§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994)

Preliminarmente é de assinalar que a presente impugnação é tempestiva, tendo em vista que a data marcada para a abertura da sessão pública deste Pregão é em 21 de outubro de 2021 e a impugnação proposta por nossa Empresa é no dia 18 de outubro de 2021 sendo a impugnação protocolizada no prazo e meios previstos na legislação vigente e no instrumento convocatório, sito no Item 5 - Da impugnação e pedido de esclarecimentos sobre o Edital, que dizem:

5.2. Até 3 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, na forma eletrônica, qualquer pessoa,



ARK DIGITAL



física ou jurídica, poderá impugnar o ato convocatório deste pregão, mediante petição a ser enviada PREFERENCIALMENTE em FORMATO DOC, EXCLUSIVAMENTE para o endereço eletrônico www.itapecurumirim.ma.gov.br e www.licitaitapecurumirim.com.br.

5.2.1. Caberá ao Pregoeiro decidir sobre a impugnação no prazo de até 02 (dois) dias úteis contados da data de recebimento do pedido de impugnação.

DAS RAZOES E FATOS DA IMPUGNACAO AO EDITAL:

Na legislação nacional vigente quanto a contratações pelo poder público devem seguir vários princípios os quais podemos citar os que estão previstos no artigo 37 da Constituição Federal, o mesmo que instituiu a regra da obrigatoriedade da licitação. A CF prevê que as licitações devem obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade ou igualdade, moralidade ou probidade administrativa, publicidade e eficiência.

Trazendo à baila os dispositivos pedidos no instrumento convocatório, discorramos a seguir.

1. FORMA DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

A forma para impugnação do Edital foi indicada de forma diversa a prevista em lei. Veja-se que o item 5.2 do instrumento convocatória diz que

“Até 3 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, na forma eletrônica, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá impugnar o ato convocatório deste pregão, mediante petição a ser enviada PREFERENCIALMENTE em FORMATO DOC, EXCLUSIVAMENTE para o endereço eletrônico www.itapecurumirim.ma.gov.br e www.licitaitapecurumirim.com.br...”.

O Edital menciona que as impugnações poderão ser enviadas para um endereço eletrônico, entretanto, indicam uma página de internet, que obviamente não se confunde com endereço eletrônico, ou mais conhecido como e-mail. Isso: www.itapecurumirim.ma.gov.br, ou isso: www.licitaitapecurumirim.com.br não são endereços de e-mail, mas sim endereços de páginas de internet. Em nenhum item do Edital é indicado qualquer endereço eletrônico, o que novamente afronta a lei de regência. Lembramos que qualquer cidadão pode realizar o pedido de esclarecimento ao edital, e a forma como está sendo imposta, restringe tal ação. Sobre o caso lembramos entendimento do TCU:

Acórdão 1165/2010 - Plenário ... a) ofensa aos princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da



impessoalidade, da ampla defesa e do contraditório, às disposições dos arts. 3º e 4º e seu parágrafo único da Lei 8.666/1993 e às disposições dos arts. 5º e 7º e ao § 1º do art. 18 do Decreto 5.450/2005, tendo em conta que a empresa Walmetra Projetos e Construção Ltda. entregou pessoalmente a ele, em 25/11/2008, uma impugnação tempestiva ao edital do Pregão Eletrônico 41/2008/COGRL/MF e nenhuma resposta obteve dele, relativamente à impugnação entregue naquela data, apesar da obrigação legal de o pregoeiro responder às impugnações no prazo de vinte e quatro horas (grifo nosso);

A Administração não pode impor ônus financeiros aos licitantes para que apresentem suas impugnações, e na prática ao exigir que as impugnações sejam realizadas através de página de internet, que para ter acesso se deve realizar o pagamento da ordem de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), afrontam a lei, e maculam o devido processo legal. A legalidade da administração possuir sua plataforma própria, não exclui a obrigação de dar acesso aos licitantes. A forma que se impõe, decreta um ônus que torna inviável a impugnação e esclarecimento. Sobre isso podemos citar mais um entendimento do Tribunal:

O Tribunal de Contas da União parece concordar com essa posição: "(...) não se defende aqui a tese de que o meio eletrônico seja o único modo de veiculação de impugnações e esclarecimentos, haja vista que tal meio pode coexistir perfeitamente com a forma tradicional. Doutrina abalizada entende que o regulamento em foco não estabelece regras formais sobre o modo de encaminhamento da impugnação e que o direito de petição do particular poderá ser exercido por qualquer via, não obrigatoriamente apenas pela Internet, não podendo a Administração se recusar a receber impugnação formulada por escrito de forma tempestiva (...)". (TCU, Acórdão nº 2.632/2008 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, julgado em 19.11.2008.)

2. SERVIÇO DE ADVOCACIA.

O instrumento convocatório indica como objeto da futura contratação de **sociedade advocatícia** para prestação de **serviços técnicos especializados** de assessoria e consultoria jurídica na área de licitações e contratos administrativos, envolvendo **apoio administrativo** na preparação, organização, análise, orientação e acompanhamento de processos de contratações públicas. Atenemos para as expressões destacadas.

A primeira situação que merece adequação diz respeito a exigir uma sociedade advocatícia em serviços que envolvem apoio administrativo; isso porque no exercício das atividades típicas de advogado não podem exercer atividades típicas de empresário, como acontece nas sociedades comerciais, estando essa situação prevista



no art. 16 do Estatuto da Advocacia. As sociedades de advogados são uniprofissionais e, por isso, devem ser consideradas sociedades simples, não empresárias. a lei vigente não permite atribuir à sociedade de advogados ou à sociedade individual de advocacia, razão social que denote características mercantis ou um nome de fantasia, a teor da proibição prevista no Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/1994). Vejamos:

Art. 16. Não são admitidas a registro nem podem funcionar todas as espécies de sociedades de advogados que apresentem forma ou características de sociedade empresária, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam como sócio ou titular de sociedade unipessoal de advocacia pessoa não inscrita como advogado ou totalmente proibida de advogar.

Apesar da sociedade advocatícia ter entre suas finalidades o lucro, estes devem advir do exercício de serviços técnicos especializados no ramo do Direito, o que obviamente não encampa o conceito de “apoio administrativo”; em outras palavras as sociedades advocatícias somente podem ter como objeto de seu contrato social, o exercício da advocacia e atividades ligadas a isso.

As Sociedades de Advogados, no exercício de suas atividades somente podem praticar os atos indispensáveis às suas finalidades, assim compreendidos, dentre outros, os de sua administração regular, a celebração de contratos em geral para representação, consultoria, assessoria e defesa de clientes por intermédio de advogados de seus quadros (art. 6º do Provimento nº 112/2006 da Ordem dos Advogados do Brasil).

Resta-nos óbvio que assessoria jurídica e consultoria jurídica são atividades ligadas ao exercício da advocacia, entretanto, se a contratação pretendida pela Prefeitura envolve o apoio administrativo – que não é atividade exclusiva do ramo do Direito, não se deve exigir que seja feita por sociedade advocatícia, o que afrontaria dispositivo previsto em lei.

Para finalizar tal ponto, observe que a preparação, organização, análise, orientação e acompanhamento de processos de contratações públicas pode ser realizada por outras áreas de conhecimento, como aliás, é muito comum de acontecer, motivo pelo qual exigir que participem da licitação apenas sociedades de advogados, significa restringir a ampla participação de interessadas.

3. UTILIZAR A MODALIDADE PREGÃO PARA SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADO

A realização de processo licitatório com o objetivo de contratação de serviços advocatícios é uma discussão que deve ser desenredada com todos os cuidados possíveis, haja vista que se trata de uma atividade peculiar distanciando-se dos parâmetros usuais impostos para o processo de licitação.

Para abordar o tema, é fundamental transcrever as normas legais de regência estampadas no ordenamento jurídico vigente, ou seja, aquelas que disciplinam e regulam a contratação dos serviços pretendidos pela administração pública e o pregão. Neste viés, prima facie, constata-se a determinação do art. 37, inciso XXI da Constituição da República Federativa do Brasil 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:

(...)

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.

Para os fins desta Lei, **consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:** I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - **assessorias ou consultorias técnicas** e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico. (art. 13 da Lei nº 8.666/93).

Visto isso, corroboramos o entendimento de que o objeto pretendido no presente certame se trata de serviço técnico profissional especializado, uma vez que se destina a assessoria e consultoria técnica, e por isso não deveria guardar relação de exclusividade de desempenho por sociedade de advogados. Observemos, pois, que a contratação objeto da presente licitação não se trata de um serviço comum, tendo em vista que se trata de serviço técnico especializado.

É de sabença que a utilização do processo licitatório, como decorrência do princípio de igualdade, tem escopo de permitir à Administração Pública, direta ou indireta, a obtenção da proposta mais vantajosa em respeito ao interesse público e a busca do desenvolvimento nacional sustentável. Dentre as modalidades de licitação, por força da Lei nº 10.520/2002, constituiu-se a espécie licitatória do pregão, dotada de características próprias e diferenciadas, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes, potenciais contratados, dispõem do ônus de formular disputas de propostas sucessivas e confrontantes, com a posterior verificação dos requisitos de aceitabilidade da proposta apenas em relação ao licitante vencedor. Outra peculiaridade é o tipo de licitação que deverá ser sempre de menor preço. Importa ressaltar a disposição do art. 1º da Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.



Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. (grifos nossos)

Nesse contexto, é temeroso que se realize o procedimento licitatório pela modalidade Pregão, posto que a Lei nº 10.520/2002 em seu art. 1º disciplinou que esse se destina a contratação de serviços comuns, assim entendidos aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. E como visto, a pretensão do presente certame é contratar serviço técnico especializado, e não serviço comum.

Não apenas por previsão legal existe vedação, mas mencionamos também os sérios riscos e inconvenientes que licitar contratação de serviço técnico especializado por Pregão pode ocasionar, como lances em valores ou percentuais absolutamente inviáveis para sua execução, oferecendo possibilidade de “empresas aventureiras” disputarem o certame apenas como forma de negociar os resultados, uma vez que a habilitação é realizada como fase seguinte.

Vejamos o que diz o Tribunal de Contas da União acerca das licitações em que se pretende contratar serviços técnicos especializados:

Acórdão nº 601/2011 – Plenário [...] 2. O cerne da discussão reside na natureza dos serviços técnicos licitados pela Companhia Docas do Pará (CDP), mediante o Pregão Eletrônico nº 78/2010, consistentes na **elaboração de estudos e projetos para: “(i) construção de nova portaria; (ii) centro administrativo; (iii) urbanização das vias; (iv) rampa rodoflúvia; (v) terminal de múltiplo uso 2 (TMU 2); e (vi) serviços de inspeção, análise e projeto executivo de recuperação/reforço/ampliação estrutural do Pier 100 (TMU 1), no Porto de Santarém/PA.**

3. A representante defende que a modalidade licitatória escolhida (pregão) não seria adequada para a contratação em tela, por abarcar serviços de engenharia de elevado nível de complexidade técnica, que não se enquadrariam na categoria de ‘serviços comuns’. Para ela, à luz do disposto no art. 46 da Lei nº 8.666/93, a licitação deveria ser do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, incompatíveis com o rito do pregão.



4. Segundo a unidade técnica, apesar de o 'Termo de Referência' anexado ao edital (peça 2, p. 17-34) indicar normas (NBR 6118, NBR 6122, NBR 9782, NBR 8800, NBR 8681 ou outra que viesse a ser aceita pela 'FISCALIZAÇÃO'), especificações técnicas e regras que a empresa contratada deveria considerar quando da execução dos aludidos serviços, não seria possível classificá-los como comuns.

5. Em razão das características desses serviços, cuja prestação requer intensa atividade intelectual, com razoável grau de subjetivismo, mormente em relação à elaboração dos 'projetos conceituais' – 'anteprojetos, a partir dos quais a CDP decidirá pela aprovação ou não dos arranjos gerais, orçamentos e etc.' –, a escolha do pregão teria sido inadequada.

6. Não obstante concordar com a conclusão a que chegou a unidade instrutiva, julgo oportuno aduzir as considerações que se seguem.

Mesmo nos anos seguintes o Plenário do Tribunal de Contas da União, deixou patente o entendimento, sendo essa jurisprudência pacífica da Corte.

Neste sentido elucida Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, "*Ressalvados alguns detalhes pertinentes ao uso de uma linguagem mais técnica, a norma é clara ao dispor sobre a restrição: só para bens e serviços comuns é facultado o uso do pregão; para os demais, não-comuns, o uso do pregão está implicitamente vedado*".

Complementa-se a ideia com o ensinamento de Jessé Torres Pereira Júnior que entende que "*comuns*" são os bens de aquisição rotineira e habitual, cujas características encontrem no mercado padrões usuais de especificação e envolvendo critérios de julgamento rigorosamente objetivos." Ocorre que os serviços de advocacia e consultoria jurídica primeiramente não se qualificam como serviços comuns, ordinários, passíveis de licitação na modalidade pregão em razão da complexidade e especificidade que lhes são inerentes e a um serviço de maior amplitude, de natureza incerta, intelectual e peculiar.

A advocacia encarta-se como serviço de alta especialização e de técnica, além de trazer consigo o caráter de irrestrita confiança que deve nortear o relacionamento dela decorrente.

Marçal Justen Filho lembra "*o pregão foi concebido como um procedimento licitatório em que existe essencialmente competição sobre preço e em que não se instauram (por serem desnecessárias) disputas sobre capacitação do sujeito para executar o objeto nem sobre a qualidade do produto ofertado.*" Posteriormente, continua explicando que "*a licitação de menor preço será adequada para os casos em que a variação da qualidade técnica da prestação (além de um limite mínimo aceitável) for irrelevante para a satisfação das necessidades estatais*"



Na mesma diretriz, como lembra Alice Gonzales Borges, "*O exercício ético da advocacia não se compadece com a competição entre seus profissionais, nos moldes das normas de licitação, cuja própria essência reside justamente na competição. Muito apropriadamente, o Código de Ética recomenda, no oferecimento do serviço de advogado, moderação, discrição e sobriedade (arts. 28 e 29).*"

À vista do exposto, infere-se que o advogado tem deveres éticos (Código de Ética e Disciplina da OAB) e legais (Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia) que devem ser estrita e rigorosamente obedecidos no exercício da profissão.

Importa erigir a prescrição do art. 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB:

Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável.

A contratação de serviços jurídicos especializados, por estar regido pela Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto dos Advogados), não pode ser realizada na modalidade pregão, por constituir óbice intransponível o contido no Estatuto e no Código de Ética da Advocacia, e por equivalência impossibilitar profissionais de submeterem-se a este verdadeiro leilão da verba honorária a que fazem jus pelo desempenho de suas atividades.

4. OBRIGATORIEDADE DE CRC EM PREGÃO

Entre os documentos de habilitação jurídica foi exigida a apresentação de Certificado de Registro Cadastral no item 13.7.a, o que já foi objeto de centenas de decisões judiciais, construções doutrinárias e jurisprudências acerca da ilegalidade de exigência de tal documento nos editais de Pregão, admitindo-se, porém nas modalidades Tomada de Preços.

O §2º do art. 22 da 8.666/93 estabelece a tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Destarte, somente poderão participar os cadastrados e os que apresentarem toda a documentação exigida – artigo 27 a 31 da Lei 8666/93 – até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

Com desenvoltura, o jurista Marçal Justen Filho leciona:

“Por isso, a melhor interpretação é a de que os interessados em participar deverão apresentar, até três dias antes da data prevista para entrega das propostas, toda a documentação necessária à obtenção do cadastramento” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 264)

Outrossim, ressalva Diógenes Gasparini:



“Da tomada de preços só podem participar as pessoas previamente inscritas no registro cadastral e as que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (art. 22, §2º). Dois, portanto, são os grupos que podem participar dessa modalidade de licitação. O primeiro, o dos já cadastrados, portadores de Certificados de Registro Cadastral em vigor, (cadastramento normal), e o dos não cadastrados mas que atendam a todas as condições de cadastramento e demonstre nesse prazo o interesse de participar da tomada de preço aberta (cadastramento especial). Não obstante a diversidade da formalidade e da época do cadastramento, os integrantes dos dois grupos deverão estar cadastrados, daí nossa definição, só mencionar interessados cadastrados.

5. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

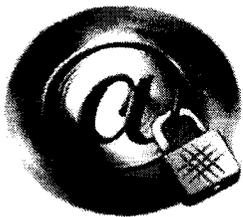
As exigências de qualificação técnica afetam a ampla participação de interessados, mesmo que se admitisse apenas as sociedades advocatícias, pois exige que estas tenham atestados de capacidade técnica em Direito Municipal, Direito Administrativo, Licitações e Contratos (?!?!?! – Não existe tal área entre os diversos ramos do Direito).

O item 13.26 diz que admite, ainda, para fins de comprovação de qualificação técnica a apresentação de documento que comprove o exercício de cargo de Procurador Municipal, Pregoeiro e Presidente de CPL, porém, não restou claro se está se referindo a sócios, responsável técnico ou mesmo contratado da sociedade advocatícia.

Então, segundo edital, a licitante para participar do certame deve ser sociedade advocatícia, e para ser devidamente habilitada deve possuir um atestado de capacidade técnica com referência a ter realizado atividades nas áreas de Direito Municipal, Direito Administrativo ou em Licitações e Contratos. E mais, o seu responsável técnico deve ter sido Procurador Municipal, Pregoeiro ou Presidente de CPL.

O perfil da futura contratada está devidamente estabelecido, e bem mais que isso, face ao nível e cumulação de exigências, não é demais dizer que está devidamente direcionado, posto que o universo de participantes com tais características é bastante diminuto. Por isso a lei garante a ampla participação entre as empresas que possuam aptidão técnica para prestar o serviço desejado, justamente para evitar o caráter restritivo das regras.

Conforme o § 1º do art. 3º da Lei 8666/93, “É vedado aos agentes públicos: 1 - 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



ARK DIGITAL

96
A

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.”

Uma vez confirmada eventual indício de restrição ou direcionamento, necessário haver revisão do edital, para que seja adequado a previsão legal, o que se espera ver confirmado pela CPL. De outra forma, os prejuízos poderão se materializar não apenas para os interessados, mas para a própria Administração, considerando que atrasos em decorrência de processos judiciais criam embaraços para a efetiva contratação.

Com tais argumentos, concluímos que o presente certame, uma vez que envolve apoio administrativo, não pode limitar a participação a apenas sociedades advocatícias, já que estas podem desempenhar apenas atividades ligadas a advocacia. Ainda, por se pretender contratar serviços técnicos especializados, não se deve utilizar a modalidade Pregão destinada apenas a contratação de serviços comuns.

Mais, entre os requisitos de habilitação deve ser excluída a exigência de Certificado de Registro Cadastral para as licitantes interessadas. E a qualificação técnica claramente extrapola os limites legais, afastando-se do conceito do que seja ampla participação dos interessados, em evidentes indícios de direcionamento, sendo necessária para conformação nos termos do que previsto no art. 27 a 31.

O edital versa sobre os profissionais que deverão estar vinculados a participante. Pede-se profissionais como 01 contador, 01 advogado, 01 auxiliar. Vejamos, A assessoria tem por objetivo o auxílio suplementar, haja visto que pretende auxiliar especificamente o setor de licitação quanto as contratações. A exigência de tantos profissionais multisetoriais restringem de forma gritante a competição, haja vista que as empresas especializadas nessa área, não possuirão tal, ou onerará de forma agressiva os pretensos participantes.

Tal exigência coloca em dúvida a capacitação dos profissionais destas áreas, contratadas pela Prefeitura, no quadro de servidores do município, e tal ferirá também a SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES, centralizando assim, todas as fases da contratação em um único agente externo, tornando assim, todos os futuros procedimentos licitatórios ilegais.

Por princípio da segregação de funções entende-se como mecanismo de controle interno da Administração Pública, materializado por meio da separação de funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização exercida nas atividades administrativas, conceito este extraído do Manual do Ordenador de Despesas, elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, cujas premissas conceituais foram extraídas do Manual de Auditoria do TCU – Portaria nº 63/96, de 27/02/96.

Este conceito de segregação de funções é extraído ainda do manual SIAF nº 020315, em seu item 8.1.1, que nestes termos dispõe: “A segregação de funções consiste em princípio básico de controle interno administrativo que separa, por servidores distintos, as funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilidade”. No Acórdão nº 5.615/2008, a 2º Câmara do Tribunal de Contas da União salientou que o princípio da segregação de funções “consiste na separação de funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações, evitando o acúmulo de funções por parte de um mesmo servidor”.

O que vemos aqui é ainda pior, segregação disfarçada em uma contratação de pessoa jurídica, ou terceirização de mão de obra, de forma maquiada. Tais exigências ferem também o princípio da impessoalidade.



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

Considerando as licitações, esse princípio obriga à Administração Pública tratar todos os licitantes de forma isonômica, preservando as diferenças existentes em cada um deles, de modo a garantir-se plenamente o cumprimento fiel ao princípio da competitividade. Aliás, esta é a própria essência da licitação, porque só podemos promover o certame onde houver competição. É uma questão de lógica pois, com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível como obrigatória. Temos aqui, sem maiores delongas ou sem nos debruçarmos sobre maior número de princípios fundamentais norteadores do processo licitatório, que na essência do certame devem estar preservadas a competitividade, a isonomia e a impessoalidade.

Ocorre que, ao elaborar-se o rol de requisitos de qualificação técnica, ao contrário dos princípios descritos anteriormente, de forma improba o autor do ato convocatório pautou-se em desenhar um caleidoscópio de exigências que notoriamente causam detrimento irreparável da competitividade, ao frustrar toda uma classe de empresas aptas no mercado ao desenvolvimento pleno do objeto licitado, mas que fatalmente não se encaixarão na moldura sutilmente construída. Referidas exigências nos parecem na verdade muito mais ser o desenho específico de alguma organização já conhecida do redator dos itens ora impugnados do que o dimensionamento sério e impessoal do porte e características necessárias para que uma organização preste serviços ao licitante.

Tão prejudicial quanto os quesitos apontados até este momento são os demais relativos ao detalhamento excessivo e de caráter restritivo/direcionador da capacidade técnica e de equipe decretadas. Explicasse, o ato de introduzir determinadas exigências ao certame é do tipo vinculado para o gestor público, não pode este simplesmente ao seu prazer introduzir elementos que possam beneficiar determinadas empresas e restringir a competição das demais.

“Deliberação Tribunal de Contas da União: Evite estabelecer cláusula ou condição capazes de comprometer, restringir ou frustrar indevidamente o caráter competitivo do certame quando do estabelecimento dos requisitos de capacidade técnico-operacional, conforme art. 30 da Lei no 8.666/1993. Acórdão 890/2008 Plenário.”

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



ARK DIGITAL

98
A

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

Prevê o artigo 37 da Constituição Federal em seu inciso 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.”[Grifo nosso]

Constitucionalmente o gestor somente poderá prever exigências de qualificação técnica que sejam indispensáveis à plena garantia do objeto. Neste sentido o §1º junto ao artigo 3º da Lei Federal 8.666/93 complementa:

“§ 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.”
[Grifo nosso]

Criar exigência que não seja razoável para com o objeto será descabida e ilegal, recaindo em improbidade administrativa do responsável. Assim se posiciona o Tribunal de Contas da União:

“Tais exigências [de capacidade técnica], sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, DEVENDO TÃO-SOMENTE CONSTITUIR GARANTIA MÍNIMA SUFICIENTE DE QUE O FUTURO CONTRATADO DETÉM CAPACIDADE DE CUMPRIR COM AS OBRIGAÇÕES



CONTRATUAIS. Tais exigências devem ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado.(Acórdão nº 1942/2009)” [Grifo nosso]

O edital versa também sobre uma restrição geográfica, a qual não tem nenhum amparo para o serviço pretendido. Uma cláusula de restrição geográfica só é cabível se expressa sua justificativa no processo licitatório, ou seja, uma explicação das razões da obrigação da localização máxima de 140 km do ente público.

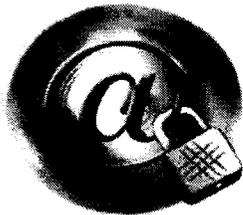
Vejamos manifestações quanto a este tipo de restrição pelo Tribunal de Contas da União (TCU):

TCU – Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara – “9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;”.

TCU – Decisão 369/1999 – Plenário – “8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;”

TCU- Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara – “Observe o § 1º, inciso I, do art. 3º da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes.”

TCU - Acórdão 1176/2021 Plenário - É irregular a exigência de que o contratado instale escritório em localidade específica, sem a devida demonstração de que tal medida seja imprescindível à adequada execução do objeto licitado, considerando os custos a serem suportados pelo contratado, sem avaliar a sua pertinência frente à materialidade da contratação e aos impactos no orçamento estimativo e na competitividade do certame, devido ao potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, afetar a 20 economicidade do contrato e ferir o princípio da isonomia, em ofensa ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.



ARK DIGITAL

100
A

O presente edital consegue, simultaneamente, contrariar a legislação vigente, a doutrina e a jurisprudência, extrapolando a necessidade de filtrar empresas de baixa qualificação técnica e avançando no sentido de cercear a plena competitividade do certame.

DISPOSIÇÕES FINAIS

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

Desta forma, pleiteamos junto ao presente processo licitatório que seja reeditado o instrumento convocatório, com alinhamento das exigências de qualificação estritamente ao necessário para pleno cumprimento do objeto licitado, para que se proceda o seguinte:

- I. Revogação do certame para adequar aos preceitos legais vigentes;
- II. Adequação do objeto licitado, ampliando a competição, tirando a restrição de participação a escritórios de advocacia;
- III. Exclusão da exigência de Certificado de Registro Cadastral como condição de habilitação da licitação;
- IV. Exclusão dos incontáveis responsáveis técnicos presentes na qualificação técnica, uma vez que tais restringem de forma ilegal o certame, além de ferir de forma indireta o princípio da segregação de funções, dentre outros princípios norteadores;
- V. Exclusão da obrigatoriedade de proximidade geográfica da empresa para a prefeitura;

Caso nosso pleito não seja atendido, procederemos com acionamento dos órgãos de controle superiores.

Sem mais, aguardamos DEFERIMENTO.

São Luis/MA, 18 de outubro de 2021.

Maria Lahanna R. Viana Lobo
Maria Lahanna Rodrigues Viana Lobo
Representante Legal
ARK DIGITAL-MLR VIANA LOBO-ME
21.047.078/0001-31
(098)98231-7050