

AO ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE ALFENAS/MG

Pregão Eletrônico nº 064/2022

Processo nº 221/2022

DIRCEU ELBER GOMES SILVA, brasileiro, solteiro, advogado, inscrito no CPF sob o nº 081.401.126-82 e com ID MG 16.106-825, com endereço à Rua Santa Marta, 432, Sagrada Família, Belo Horizonte/MG, CEP 31030-090, com endereço de e-mail: dirceuelber@gmail.com, vem, com base no item 26 do Edital do Pregão Eletrônico nº 064/2022 e do artigo 41, §1º da Lei 8.666/93, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, com base nos fundamentos a seguir:

1. DA TEMPESTIVIDADE

A princípio, tem-se que o Edital possibilita o manejo de impugnação até às 18h do dia 13 de janeiro de 2023.

Data e hora de início das propostas:	<u>18h do dia 04/01/2023 (horário de Brasília).</u>
Data e hora limite para impugnação:	<u>18h do dia 13/01/2023 (horário de Brasília).</u>
Data e hora final das propostas:	<u>11h do dia 18/01/2023 (horário de Brasília).</u>
Data de abertura das propostas – sessão pública:	<u>14h do dia 18/01/2023 (horário de Brasília).</u>
Local:	<u>www.portaldecompraspublicas.com.br</u>
Modo de disputa	Aberto

Assim, é notória a tempestividade desta impugnação.

2. DO PROCESSO LICITATÓRIO

Trata-se pregão eletrônico nº 064/2022, impulsionado pela Prefeitura Municipal de Alfenas/MG através do processo licitatório nº 221/2022, cujo objeto é a contratação de empresa para realização do transporte escolar destinado aos alunos da rede pública de ensino.

No item 4.3.6 previu-se que empresas reunidas em consórcio são proibidas de integrar a disputa, disposição só permitida em havendo expressa justificativa técnica.

Já sobre a qualificação técnica, a despeito da necessidade de atos privativos de administrador, o instrumento não exigiu que os licitantes tenham em seus quadros ao menos um profissional habilitado pelo CRA.

Além disso, nota-se que a indicação da dotação orçamentária se baseia no exercício financeiro de 2022, que já caducou.

Certo é que as anomalias aventadas acima maculam o processo licitatório, incorrendo o edital em franca violação à jurisprudência dos Tribunais pátrios, de modo a impedir o seu prosseguimento regular.

Assim, exercendo sua garantia veiculada pelo artigo 41, §1º da Lei 8.666/93, o impugnante contesta os termos do edital, que deverá ser anulado pela Administração Pública, em seu legítimo e exercício de autotutela.

3. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

3.1 – Da Restrição à Competitividade – Injustificada Vedação às Empresas Reunidas em Consórcio

A princípio, no instrumento convocatório em análise, verificou-se que foi vedada a participação de empresas reunidas em consórcio,

vide item 4.3.6 (pág. 3 do edital). Contudo, contrariando a legislação, a Administração Pública omitiu-se em assinalar a justificativa para tal decisão.

“(…) **4.3. NÃO PODERÃO PARTICIPAR DESTA LICITAÇÃO OS INTERESSADOS:**

(…)

4.3.6. Entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio;

(…)”

Quanto ao tema, o artigo 33 da Lei 8.666/93 cuidou de atribuir à Administração a prerrogativa de admitir (ou não) os consórcios, dispondo o seguinte, dentre outras coisas:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; (…)

Ocorre que tal discricionariedade deve vir fundamentada solidamente, posto que o administrador não pode conduzir o procedimento licitatório como melhor lhe convém, sob pena de se transgredir os princípios licitatórios basilares (Lei nº 8.666/1993), *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Desta inteligência se exprime a ideia de que o caráter restritivo dos atos administrativos deve ser explanado de modo legal e justificado,

seja por regra geral ou, sobretudo, no contexto da licitação, em que se procura evitar prejuízos à competitividade.

Veja-se, então, o disposto no inciso I, do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, aplicado por analogia, a respeito dos atos da Administração que impliquem em negar, limitar ou afetar direitos e interesses.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
I - Neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; (...)

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União possui consagrado entendimento de que a vedação à participação de empresas em consórcio no certame deverá ser justificada, sob pena de indesejada restrição ao postulado da competitividade.

TCU - ACÓRDÃO 11196/2011

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

(...)

9.4.1. a vedação, sem justificativa razoável, da participação de empresas em consórcio nas licitações restringe a competitividade do certame e contraria o art. 3º da Lei 8.666/93;

(...)

Relator: Ministro Augusto Sherman. Data da sessão: 22/11/2011.

Já o Tribunal de Contas de Minas Gerais, embora admita como regra a vedação à participação de Consórcios, flexibiliza tal compreensão quando a licitação for de grande monta, tal como se lê abaixo:

“(...) Dessarte, a sistemática que ora se propõe como fator condicionante da limitação ao poder discricionário da Administração Pública pode ser assim sistematizada: (1) naquelas licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta, a vedação impõe-se como regra, posto que os consórcios, em tese, restringem a competitividade e lado outro, **(2) nos certames de grande vulto e complexidade, o raciocínio se inverte e a regra geral passa a ser a permissão dos consórcios.** (...)”. (**Grifamos**).

Acórdão Agravo nº 977514. Trecho do voto do Conselheiro José Alves Viana. Julgado em 29/09/2016.

Indo além, apenas para demonstrar ser este o entendimento vigente no pensamento jurídico mais avançado, cita-se o teor da Nova Lei de Licitações (apesar da inaplicabilidade da aludida norma neste procedimento).

Lei 14.133/2021

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

Por isso, não havendo a devida justificativa de proibição de empresas em consórcio no edital, o certame eiva-se de nulidade insanável, por defeito no elemento da motivação administrativa.

3.2 – Da Necessidade de Profissional Credenciado pelo Conselho Regional de Administração.

Ademais, no que alude à qualificação técnica, não se nega que nos últimos anos a jurisprudência dos Tribunais de Contas vem consolidando a improcedência em se exigir registro no CRA das empresas licitantes, a teor do julgado abaixo colacionado.

(...) 3.1.9. Conforme mencionado, a jurisprudência do TCU vem se assentando no sentido de não ser exigível das empresas de locação de mão de obra o registro nos CRA para participação nas licitações da administração pública federal. **Somente nos casos em que a atividade fim das empresas licitantes esteja diretamente relacionada à do administrador é que a exigência de registro junto a Conselho Regional de Administração se mostraria pertinente** (...). (TCU. Acórdão 299/2016. Relator: Ministro Vital do Rêgo). (G.N)

Contudo, conforme se verifica no trecho sob destaque, a mencionada exigência é legítima e necessária quando as atividades principais do licitante coincidirem com as funções típicas do administrador, por sua vez estipuladas pela lei 4.769/195.

Neste aspecto, vê-se que as regras do edital permitiram ampla participação de empresas dos mais variados portes e naturezas diversas, para a prestação dos serviços de transporte público.

Mais adiante, no preenchimento dos itens, constata-se a previsão de aquisição de veículos com condutor. Trocando em miúdos, foi induzida a contratação de mão de obra, que justifica a presença do administrador, como o próprio Poder Judiciário vem reconhecendo na esfera federal.

(TRF1 – AC 0067551- 66.1999.4.01.0000/ PA, Rel. JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, Data de julgamento: 08/10/2012).

(...)

3. Porém, a empresa que terceiriza serviços de mão de obra, ainda que seja no ramo de segurança, vigilância, transporte de valores, asseio e conservação, **está obrigada a registrar-se no Conselho Regional de Administração**, uma vez que sua atividade básica é a administração e seleção de pessoal, atividades típicas e privativas do técnico de administração, na forma do art. 2º, b, da Lei 4.769/1965. (...) (GN).

Isso ocorre porque a contratação de mão de obra ocasiona a inevitável prática de funções típicas do administrador, tais como seleção de pessoal, planejamentos, pesquisas e outras previstas em lei.

Lei 4.769/1965

Art. 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, mediante:

(...)

b) **pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos; (Grifamos).**

Reside nessas razões e no volume/complexidade dos itens **(valor global de R\$63.372.000,00)** a necessária presença de licitante e profissional devidamente habilitados pelo Conselho competente, sem o que as prolixas gestão e execução da contratação se inviabilizam.

Dessa maneira, o robusto volume da contratação destoa da gestão contratual comum, exigindo uma singular competência dos licitantes vencedores, impondo-se a presença de profissional credenciado pelo Conselho Regional de Administração como requisito de qualificação técnica.

3.3 – Da Caducidade da Dotação Orçamentária

Finalmente, é notória a determinação legal (Lei nº 8.666/93) no sentido de que a toda licitação e contratação pública será dada uma previsão orçamentária.

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

Evidencia-se, assim, que a deflagração de um procedimento licitatório condiciona-se a comprovação de recursos orçamentários suficientes para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes.

No caso em apreço a dotação orçamentária do pregão eletrônico 064/2022 assentou-se no Exercício Financeiro de 2022. A ver:

4. CLÁUSULA QUARTA – DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA.

4.1. As despesas decorrentes desta contratação estão programadas em dotação orçamentária própria prevista no orçamento do Município, para o exercício de 2022, na classificação abaixo:

Classificação Institucional	Funcional Programática	Elemento da Despesa	N.º da Despesa
01.14.07	012.361.0013.2.126	3.3.90.39.00.00.00.00	443/2022
01.14.07	012.361.0013.2.126	3.3.90.39.00.00.00.00	444/2022
01.14.07	012.361.0013.2.126	3.3.90.39.00.00.00.00	445/2022
01.14.07	012.361.0013.2.126	3.3.90.39.00.00.00.00	446/2022
01.14.07	012.361.0013.2.126	3.3.90.39.00.00.00.00	447/2022

Ocorre que o aludido orçamento é caduco, nos termos da lei, não se prestando à funcionalidade exigida no citado § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93. O prosseguimento da licitação, neste estado, se põe contrário ao entendimento jurisprudencial:

“(…) A Lei nº 8.666/93 exige para a realização da licitação a existência de “previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas **no exercício financeiro em curso**, de acordo com o respectivo cronograma”, ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da administração ter o recurso disponível ou liberado), mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária. 5. Recurso especial provido. **(Grifamos)**. (REsp 1141021/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 30/08/2012).

Nota-se que o processo licitatório está em regular tramitação, mas ainda não passou pelas sessões públicas e não obteve propostas, pelo que ainda não houve relevante dispêndio de valores.

Assim, configura medida adequada a sua anulação para fins de adequação orçamentária prévia à contratação dos serviços, em atenção aos princípios constitucionais da legalidade e eficiência.

4. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se a procedência desta impugnação, para que seja anulado o certame em referência, em função das comprovadas ilegalidades, de forma a evitar prejuízos aos cofres públicos em decorrência de processo licitatório vicioso.

Termos em que pede deferimento.

Alfenas, 05 de janeiro de 2023.

DIRCEU ELBER GOMES SILVA

OAB/MG 194.706