

Florianópolis/SC, 24 de março de 2024.

Ao

**SERVIÇO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTO AUTARQUIA MUNICIPAL –
PIRACICABA – SP - SEMAE
PREGOEIRO**

Ref.: *PROCESSO LICITATÓRIO No 525864/2023*

PREGÃO ELETRÔNICO No 027/2024

LUCAS DE MENEZES BOLZAN, advogado, OAB/RS 115.687 e OAB/SC 69.814, vem à presença de Vossa Senhoria, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos fatos e motivos que passa a expor:

O certame ora impugnado tem por escopo o seguinte objeto:

1.1. A presente licitação tem como objeto a contratação de empresa para O FORNECIMENTO DE VEÍCULOS DE LINHA LEVE, conforme especificações e quantitativos previstos nos Termos de Referências (Anexo II e III), visando atender às demandas desta Autarquia.

Com as seguintes descrições:

Aquisição de 09 (nove) motocicletas novas tipo on/off – Road, estilo Trail, (Zero km) Novo, ano/modelo 2024.

Item	Descrição	Observação
01	Ano de fabricação	2024
02	Zero quilômetro/Nova	
03	Cor	Branca (predominante)
04	Lugares	2
	Motor:	
05	4 tempos	
06	Tanque de combustível, capacidade mínima	12 (doze) litros
07	Cilindrada mínima	149 cc
08	Potência mínima	12 cv
09	Combustível	Flex (gasolina e etanol)
10	Arrefecimento	Ar
11	Sistema de injeção	Eletrônica
	Pneus e Rodas	
12	Dianteiro mínimo	Aro 19"
13	Traseiro mínimo	Aro 17"
14	Transmissão	05 (cinco) velocidades
	Sistema Elétrico	
15	Partida	Elétrica
16	Bateria	12v amperagem compatível com a motocicleta, selada e livre de manutenção.
	Suspensão	
17	Traseira	Tipo mono amortecida
18	Dianteira	Tipo garfo telescópico
19	Pára-lama	Dianteiro alto
	Freios	

20	Dianteiro e traseiro	Com sistema de frenagem combinada das rodas CBS ou sistema antitravamento das rodas ABS, conforme Resolução CONTRAN nº 509/2014 e 606/2016.
	Acessórios	
21	Dispositivo contra linha de pipa	
22	Retrovisores	Lado direito e esquerdo
23	Bauleto	No mínimo 45 (quarenta e cinco) litros, revestido de polipropileno, com chaves instalado na motocicleta
24	Protetor de pernas "mata-cachorro"	
25	As motocicletas deverão ser equipadas com todos os acessórios/ equipamentos necessários para atender as legislações vigentes	

A Administração Pública está adstrita a preceitos constitucionais que garantem a lisura higidez de seus atos, consoante rol trazido ao art. 37 da Constituição Federal de 1988 e do art. 5º da Lei nº. 14.133/21, no qual se encontram os preceitos basilares como a legalidade e a eficiência de seus atos.

Ocorre que o edital em tela traz consigo existências de algumas omissões que precisam ser esclarecidas, visando a cima de tudo, e em estrita observância aos princípios norteadores das licitações, resguardando o regular prosseguimento do procedimento licitatório.

Lembre-se que, ao impugnar o edital não significa uma afronta ao órgão licitante, como muitos órgãos públicos lamentavelmente entendem, mas sim uma forma de inteiração entre a Administração Pública e seus fornecedores.

De plano, verifica-se que o pregão eletrônico, 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. 14.133/21, o qual se pede vênua 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 exigência, 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 fere 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. 14.133/21 - afronta ao princípio da igualdade, senão vejamos:

- Combustível Gasolina e etanol: Existem diversas marcas de motocicletas no mercado, porém, apenas duas marcas são Flex, mantendo esta exigência **estará direcionando a licitação para apenas estas duas marcas;**

DESCRIÇÃO	HONDA	YAMAHA	SUZUKI HAOJUE	SHINERAY	DFRA	OBS
Flex (gasolina e etanol)	FLEX	FLEX	GASOLINA	GASOLINA	GASOLINA	DIRECIONADO PARA HONDA E YAMAHA

ATENDE AO EDITAL - NÃO ATENDE AO EDITAL

De acordo com o a descrição acima, constata-se que as únicas motocicleta a atender todos os requisitos exigidos é àquela fabricada pela **HONDA E YAMAHA**, sendo o edital ora hostilizado deveras ostensivo ao redirecionamento da licitação.

EDITAL DIRECIONADO PARA AQUISIÇÃO DA MARCA YAMAHA OU YAMAHA

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

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 relembrado e da ordem Constitucional, cabe a administração, fundamentar a conveniência e a relevância pública das exigências que restringem a ampla concorrência, para a efetiva prestação junto a população e de seu caráter indispensável.

Apresentar o nexos 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.

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, *in verbis*:

“(...) 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, o sobrepreço 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% (RITCU, art. 220, inc. III).”(ACÓRDÃO Nº 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105-20/00-P)”

Quanto à ação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, no caso de possível direcionamento, colacionamos decisão nº 153/98, in verbis:

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 3. Considerando os indícios descritos de direcionamento da aludida licitação; e que tal procedimento licitatório não se conformaria à atual política de contenção de gastos impostos à Administração Pública, solicita que este Tribunal se digne a: a) liminarmente,

determinar ao Ministério da Justiça a suspensão do mencionado procedimento licitatório, uma vez que a matéria indica a abertura de propostas para o dia 11 do mês corrente; b) determinar, com fulcro no art. 41, inciso II, também da Lei n° 8.443/92, a realização de inspeção no Ministério da Justiça, com vistas ao cumprimento dos misteres supraassinalados e, se for o caso, identificar os responsáveis pelos atos eventualmente irregulares. 5. Em resposta à diligência desta Secretaria, por meio do ofício n° 68/SE/MJ, de 03/02/98 (fls. 12), o MJ prestou as seguintes informações: a) os atos referentes ao processo licitatório da Tomada de Preços n° 12/97 foram suspensos por intermédio da Portaria do Gabinete do Ministro/MJ n° 1.215, de 02/12/97 (fls.14); b) a mesma Portaria desconstituiu a Comissão Permanente de Licitação, dispensando os seus membros; c) Comissão de Avaliação, constituída mediante Portaria do Gabinete do Ministro/MJ, de 18/12/97, (fls. 16) para analisar a matéria, concluiu pela existência de irregularidades na licitação que comprometeriam todo o procedimento até então praticado, ante a inobservância do disposto no art. 3°, inciso I, da Lei 8.666/93 (fls.22)”

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por: a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência; b) elaboração imprecisa de editais e c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Dando respaldo a esse poder de cautela, o art. 82 ordena que, os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de

licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, "sujeitam-se à **responsabilidade civil e criminal**".

Acrescente-se, por adequado, que restrições indevidas e preferências injustificáveis podem ser enquadradas criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

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.

Caso permaneça sendo omissos quanto a possibilidade de buscar a ampla concorrência denunciarmos a outras autoridades (Tribunal de Contas e Ministério Público).

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:

COMBUSTÍVEL: **GASOLINA E/OU ETANOL.**

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

Além disso, requer, a imediata adequações no Termo de Referência seja de forma a se recuperar a característica essencial da disputa, sem os graves indícios de direcionamento do certame.

E por fim, caso não seja assegurado a ampla concorrência no presente certame, estaremos remetendo para apreciação do Tribunal de Contas e Judiciário com parecer do Ministério Público.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Documento assinado digitalmente
 LUCAS DE MENEZES BOLZAN
Data: 24/03/2024 09:38:26-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

LUCAS DE MENEZES BOLZAN

OAB/RS 115.867

OAB/SC 69.814