

Ao Ilustríssimo Senhor Pregoeiro da Prefeitura Municipal de Petrópolis

Ref: Edital de Pregão Presencial n.º 50/2017

interpor, com lastro no Art. 41 da Lei n.º 8.666, de 1993,
o presente pedido de

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Ao Edital de Pregão Presencial n.º 50/2017, **pelo que se requer o sobrestamento da sessão marcada para o dia 13.04.2018**, designando-se nova data, ante os substratos fáticos e jurídicos que ora passa a aduzir.

16/04/2018
16.406
16.406

I. Do objeto da Impugnação

Trata-se de Impugnação ao Edital de Pregão Presencial n.º 50/2017, em cujos itens 7.1.1.6, "a" e "b" e 7.3.1.5, "a" e "b", a nosso sentir, conflitam tanto à Lei de Licitações e Contratos Administrativos quanto as decisões emanadas do Tribunal de Contas da União, na medida em que, ao tempo da qualificação técnica, impor-se-ão condições e exigências incompatíveis com o princípio que veda o tolhimento do caráter competitivo do certame, além do que, expressam condições não previstas em lei, hipótese que viltendia irremediavelmente o princípio da legalidade e sobretudo o Art. 30 da Lei 8666/93.

Eis a redação dos itens impugnados:

7.1.1.6 – DOCUMENTOS RELATIVOS A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:
a) Prova de registro da empresa e de seus responsáveis técnicos junto ao CREA, através de Certidões da empresa, com regularidade de atividade e uma de cada Responsável Técnico, com regularidade de atividade. CREA, a fim de provação de qualificação junto ao CREA será exigida apenas do licitante que vencer o processo licitatório e em nome dele, após a assinatura do contrato.
b) Comprovação da capacidade técnica operacional da empresa para realização do objeto da presente licitação, através de atestados e referências em nome dos responsáveis técnicos (se) da empresa (engenheiro) (se) integrante (se) do quadro permanente do licitante, emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, após o período de carência de observação técnica emitida pelo CREA, atestando que tais referências profissionais tenham executado serviços similares, com a complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, pertinente e compatível com o objeto da presente licitação, cujas parcelas de maior relevância estão discriminadas nos **itens 4.3: do 4.3.1 a 4.3.10** do Termo de Referência, parte integrante do presente edital.

7.3.1.5 – DOCUMENTOS RELATIVOS A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:
a) Prova de registro da empresa e de seus responsáveis técnicos junto ao CREA, através de Certidões da empresa, com regularidade de atividade e uma de cada Responsável Técnico, com regularidade de atividade. CREA, a fim de provação de qualificação junto ao CREA será exigida apenas do licitante que vencer o processo licitatório e em nome dele, após a assinatura do contrato.
b) Comprovação da capacidade técnica operacional da empresa para realização do objeto da presente licitação, através de atestados e referências em nome dos responsáveis técnicos (se) da empresa (engenheiro) (se) integrante (se) do quadro permanente do licitante, emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, após o período de carência de observação técnica emitida pelo CREA, atestando que tais referências profissionais tenham executado serviços similares, com a complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, pertinente e compatível com o objeto da presente licitação, cujas parcelas de maior relevância estão discriminadas nos **itens 4.3: do 4.3.1 a 4.3.10** do Termo de Referência, parte integrante do presente edital.
As parcelas de maior relevância não poderão ser objeto de subcontratação.

Por seu turno, o escopo da licitação encontra-se reproduzido no Item 1.1 do Edital:

1.1 - OBJETO – O objeto do presente edital é a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ATUALIZAÇÃO E MONITORAMENTO DE BASE DE DADOS TERRITORIAL, REVISÃO DA PLANTA GENÉRICA DE VALORES – PGV, CONFORME AS ESPECIFICAÇÕES ESTABELECIDAS, COM FORNECIMENTO E IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE INFORMAÇÃO GEOGRÁFICA, SUPORTE E MANUTENÇÃO, TREINAMENTO E TRANSFERÊNCIA TECNOLÓGICA, conforme descrito no Anexo II integrante deste Edital.

Maxima data venia, os serviços de monitoramento de base de dados territorial e revisão da planta genérica de valores não são atividades privativas da profissão fiscalizada pelo CREA. Nenhum dos campos das Engenharia desenvolve-se sobre os serviços a serem contratados.

A rigor, o serviço em tela é clara e manifestamente resultante de profissão não regulamentada, logo não implica obrigatória ingerência de engenheiros tampouco do CREA.

O objeto do certame não é realizado privativa ou exclusivamente por profissionais inscritos e fiscalizados pelo CREA, daí o porquê de os itens acima transcritos implicarem em condições que extravasam a LLCA.

A exigência de apresentação de prova de possuir no seu quadro permanente na data desta licitação, profissionais de nível superior detentores de atestados de Responsabilidade Técnica, fornecido por pessoa Jurídica de direito público ou privado, acompanhado de Certidão de Acervo Técnico (CAT) expedida pelo CREA, outrossim, configura ilegalidade, vez que há uma transposição abusiva dos limites estreitos

limites assentados no art. 30, §1º, I da Lei 8666/93, pois, *in casu*, tal condição é inexecutável, visto se tratar de profissão não regulamentada.

Indevido, ilegal e não essencial que se apresente certidão de Acervo Técnico, pois fere a legalidade. Impõe-se, portanto, a supressão dos itens.

Na forma do Art. 5º, XIII da Constituição federal, é livre o exercício de qualquer emprego e/ou profissão, além do que o Parágrafo único do Art. 170 estabelece a liberdade para o exercício da atividade econômica, sem óbices dos órgãos públicos.

Ocorre que os itens impugnados obstam as garantias constitucionais acima suscitadas, que só podem ser restringidas em caso de a profissão ser regulamentada. Mas não é esse o caso que ora se apresenta, na medida em que no CREA não avança sobre as atividades profissionais catalogadas no Edital.

Nesse particular, cumpre trazer à colação recentíssimo acórdão prolatado pelo Pretório Excelso (STF) a respeito do assunto em tela:

*“O art. 5º, XIII, da CR é norma de aplicação imediata e eficácia contida que pode ser restringida pela legislação infraconstitucional. **Inexistindo lei regulamentando o exercício da atividade profissional dos substituídos, é livre o seu exercício.**”*

(MI 6.113-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-5-2014, Plenário, DJE de 13-6-2014)

(grifos nossos.)

Evidenciado, pois, que os itens citados implicam condições que se opunham ofensiva e diretamente à legalidade, que, sob a ótica do Decreto n.º 5.450/2005, notadamente o Art. 5º, incide quebra da legalidade, já que se exige condição na prevista em lei, consoante *verbis*:

*Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos **princípios básicos da legalidade**, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, **bem como aos princípios correlatos da razoabilidade**, competitividade e proporcionalidade.*

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

(g.n)

No mais, o Tribunal de Contas da União - TCU é refratário ao levantamento de condições exacerbadas que restrinjam o caráter competitivo do certame. Pede-se, portanto, impõe-se a supressão dos itens impugnados, que colocam em risco a higidez editalícia.

II. DA RESTRIÇÃO INDEVIDA AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME

Por seu turno, a Corte de Contas da União toma pro dever de ofício rechaçar a consolidação em editais de condições de habilitação ilegais, não arroladas expressamente no Art. 30, §5º da Lei n.º 8.666/93 e ao Acórdão n.º 670/2013-PLENÁRIO DO Tribunal de Contas da União, logo, a pretensão recursal deverá ser rechaçada a bem do interesse público, da legalidade e da preservação do princípio da competitividade do certame.

Além disso, a Lei n.º 8.666/93 é clara, expressa e objetiva a respeito da proibição de a Administração criar requisitos de habilitação, senão aqueles nela expressamente fixados. Não é autorizado pela lei se criar norma outra de habilitação, sob pena de nulidade, consoante *verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I -

§ 5o É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

(grifos nossos)

Não é dado ao administrador exigir requisito de habilitação senão aqueles limitados à Lei n.º 8.666/93, daí ser o Decreto n.º 7.714/10 e demais atos normativos ilegais.

Nesse particular, a melhor lição sobre o tema é conferida pelo Acórdão n.º 670/2013-PLANÁRIO do Tribunal de Contas da União, cujas partes relevantes seguem transcritas:

REPRESENTAÇÃO DO § 1º DO ART. 113 DA LEI 8.666/1993. CONHECIMENTO. **SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 3º DO DECRETO 7.174/2010.** PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR QUE POSTERIORMENTE PERDEU O OBJETO. **NORMA QUE EXTRAPOLA DO PODER REGULAMENTAR E CRIA REQUISITO DE HABILITAÇÃO AO ARREPIO DA LEI 8.666/1993.** AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA DATAPREV. IMPROCEDÊNCIA.

Cuidam os autos de representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Dataprev, relacionadas ao processo licitatório pregão eletrônico 162/2012, cujo objeto é o Registro de Preços para aquisição de microcomputadores (desktop), com valor estimado de R\$ 11.174.401,98.

24. A questão debatida nestes autos é a adequação do edital do Pregão Eletrônico 162/2012 à legislação, especificamente o fato de não ter constado a **exigência de serem apresentadas as**

certificações tratadas no inciso II do art. 3º do Decreto 7.174/2010, quanto à segurança para o usuário e instalações, à compatibilidade eletromagnética e ao consumo de energia.

Voto do Relator

O art. 27 da Lei n.º 8.666/1993 prevê habilitação relativa a cinco aspectos concernentes à pessoa do licitante. Assim, a lei dispõe sobre habilitação jurídica (art. 28), qualificação técnica (art. 30), qualificação econômico-financeira (art. 31), regularidade fiscal (art. 29) e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre para menores de 18 anos e de qualquer trabalho para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz).

Os arts. 27 a 31 da lei são extremamente restritivos quanto às exigências que podem ser feitas aos licitantes na fase de habilitação e fazem uso das expressões “limitar-se-á a” (art. 30) ou “consistirá em” (arts. 28, 29 e 31). Na primeira hipótese, o edital poderá exigir toda a documentação prevista no dispositivo ou parte dela. Na segunda, deverá exigir toda a documentação, mas nunca além dela.

Ainda que se admita a possibilidade de interpretar extensivamente o inciso IV do art. 30 da Lei n.º 8.666/1993, de molde a abarcar exigências

constantes de normas de hierarquia inferior, tais exigências devem ser inerentes ao funcionamento do mercado no qual se está adquirindo o bem ou o serviço. Caso contrário, a vedação contida no dispositivo ("a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á") seria facilmente afastada por norma regulamentar, que o contraria a finalidade da norma, que buscar assegurar a ampla competição.

Ora, o Decreto 7174/2010 regulamenta "a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União."

A Secex/RJ, em sua última instrução, assevera que a exigência contida no inciso II do art. 3º do Decreto não se refere à qualificação técnica do licitante, porquanto trata de exigência quanto ao objeto.

De fato, não existe na lei tal tipo de qualificação. A qualificação prevista na lei refere-se sempre à pessoa do licitante e tem por objetivo assegurar o cumprimento do objeto contratado. Mas o vício do decreto reside basicamente em instituir exigência sem amparo legal.

Ora, se a norma infralegal exige, na fase de habilitação, a apresentação de certificação de produtos de informática ou automação, razoável supor que se trata de novo requisito de habilitação.

De toda sorte, não cabe ao poder regulamentar erigir norma que restrinja o objeto a ser licitado, em

substituição ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Esse tipo de restrição também só poderia resultar de disposição legal.

Não se pode olvidar que, em decorrência do poder regulamentar, o administrador pode se ver na contingência de ter que exigir documentos de habilitação outros além aqueles expressamente mencionados na Lei de Licitações. Mas isso decorre da regulamentação de determinados setores de atividade e não do poder de regulamentar os critérios de habilitação, já a Lei 8.666/1993 não carece de regulamentação nesse aspecto.

.....

Veja-se que não há norma que exija a certificação para a comercialização de produtos de informática. A certificação instituída pela Portaria 170/2012 do Inmetro é voluntária. Com ou sem certificado – seja do Inmetro ou de instituições por ele credenciadas - , os produtos de informática são licitamente comercializados no País. E, como bem ponderou a Dataprev, são inúmeros os produtos que integram o mercado de informática e, eventualmente, muitos deles podem não ser certificados. Portanto, a exigência de certificação possui, sim, caráter restritivo.

.....

A esse propósito, vale trazer à colação a proibição de certificados e registro no CREA tais como essa que se impugna, em sede do art. 30, § 5º d a LLCA:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I -

§ 5o É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

(g.n.)

Não obstante a intenção do edital, a lei, quando trata de habilitação técnica, elenca as situações em que é admitida, *numerus clausus*, hipóteses fechadas que não possibilitam alargamento pelo gestor público, ou seja, em hipóteses únicas e a elas limitadas.

A rigor, as normas relativas à qualificação técnica devem ser aquelas listadas no Art. 30 da Lei n.º 8 666/93, sob pena de ilegalidade.

O art. 3º da Lei n.º 8 666 de 21 de junho de 1993 tem por escopo impedir que a Administração imponha condições que restrinjam a participação em licitações públicas, consoante *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.

§ 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 e 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)
(g.n.)

Ao impulso do § 1º, I do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, é de bom alvitre solapar, desde já, os itens impugnados.

III. Dos precedentes do TCU sobre o caráter competitivo da licitação

Sob o ponto de vista dos precedentes emanados do Tribunal de Contas da União (TCU), a condição imposta no edital é ofensiva à competitividade e ilegal.

Não raro, a Corte de Contas não acata editais rígidos ao extremo, no que tange à imposição de condições deveras limitativa dos certames públicos; ao contrário, o Tribunal de Contas sempre procura recomendar aos dirigentes estatais, a bem do interesse e dos bens públicos, a democratização do acesso às licitações, valor consagrado na Norma Apice.

A esse propósito, reproduzir-se-á trechos de arestos prolatados pelas Câmaras e Plenário do Tribunal de Contas da União acerca dos efeitos deletérios do tolhimento da competitividade de licitações públicas, em especial, o acórdão infra consignado, que, especificamente sobre estabelecimento de exigências limitadoras quanto à garantias de bens e serviços fornecidos à Administração, determinou ao respectivo dirigente recomendação cogente:

*ACÓRDÃO 1544/2006 - Primeira Câmara - TCU.
Data DOU: 22/06/2006. Processo: 006.918/2005-2.
Relator: GUILHERME PALMEIRA*

*Os Ministros do Tribunal de Contas da União,
reunidos em Sessão Extraordinária da 1ª Câmara,*

em 13/6/2006, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 43, inciso I, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 1º, inciso II, 17, inciso IV, 143, inciso III, 237 e 250 do Regimento Interno, em conhecer da representação adiante relacionada, para, no mérito, considerá-la procedente e mandar fazer as determinações adiante especificadas, autorizando o subsequente arquivamento do processo, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

MINISTÉRIO DA DEFESA

01 - TC 006 918/2005-2

Classe de Assunto: I

Entidade: Unidade da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO em Manaus.

1. Determinar à Unidade da INFRAERO em Manaus que:

1.1 abstenha-se de fazer exigências, em seus editais, que possam comprometer ou frustrar o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, observando o disposto no art. 3º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, em especial aquelas que se referem às especificações exigidas e aos prazos de garantia do objeto licitado;

.....
(grifos nossos)

Depreende-se, portanto, que o Tribunal de Contas da União, de forma textual, rechaçou cláusula editalícia atinente à especificações do objeto licitado comprometedoras da licitação. Adiante, seguem colacionados outros acórdãos do TCU que deslegitimam a imposição de condições não previstas em lei como refratárias à competitividade:

ACÓRDÃO 736/2005 - Segunda Câmara - TCU, DOU de 26/05/2005. Processo TC 001.880/2004-2, relatado pelo Ministro: LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

"..... Determinar à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos - CGRL que, em futuras licitações, elabore o edital de forma que a descrição do objeto seja feito de modo claro e sucinto, a fim de se evitar a preferência de marca, **bem como a inclusão de elementos que possam restringir o caráter competitivo do certame, em observância ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.**"

(g.n)

ACÓRDÃO 150/2006- TCU - Segunda Câmara TC 016.170/2005-2. Data DOU: 17/02/2006. Relator: UBIRATAN AGUIAR

"3.1 que observe, rigorosamente, as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c os arts. 3º, 21, 22 e 23 da Lei nº 8.666/93, adotando a modalidade licitatória pertinente e

obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, **de modo a impedir restrições à competitividade**, alertando-a que:

3.1.1 o descumprimento de determinações deste Tribunal enseja a aplicação da multa do art. 58, § 1º, da Lei nº 8.443/92;

1.2 os procedimentos licitatórios discricionários que não atenderem aos princípios constitucionais da publicidade, da isonomia, da igualdade e da imparcialidade e **implicarem restrição ao caráter competitivo, ao serem apreciados pelo Tribunal, poderão resultar em multas, responsabilidade solidária dos administradores por danos causados ao erário, anulação dos certames licitatórios e respectivos contratos**, bem como o julgamento pela irregularidade das contas;"
(g.n)

IV. **DO PEDIDO**

Pelo exposto, serve-se a empresa da presente IMPUGNAÇÃO para requerer a supressão dos subitens 7.1.1.6, "a" e "b" e 7.3.1.5, "a" e "b" do Edital de Pregão Presencial nº 60/2017, com conseqüente republicação do edital determinando-se nova data para realização de sessão do pregão presencial.