

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO n.º 03/2022.

À Comissão de Licitação
Conselho Regional de Educação Física da 1ª Região
Rio de Janeiro e Espírito Santo
Processo Administrativo N° 011/2022

A empresa **BRASIL DIGITAL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rua Comendador Azevedo, n.º 140, 2º andar, Bairro Floresta, na cidade de Porto Alegre, estado do Rio Grande do Sul, inscrita no CNPJ sob o n.º 11.966.640/0001-77, neste ato representada na forma do seu ato constitutivo, com fundamento nos arts. 5º, XXXIV e LV, “a” e art. 37, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, combinados com as determinações contidas na Lei 8.666/93, mais precisamente o art. 109, I, “a” e demais dispositivos legais pertinentes à matéria, nos termos do item 5.1 do edital supracitado, vem perante V. Sª, **IMPUGNAR O EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO n.º 03/2022**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – TEMPESTIVIDADE

É a presente solicitação plenamente tempestiva, uma vez que, conforme o edital, o pregão presencial tem data prevista para o dia 24/02/2022.

Dessa forma, apresenta-se está impugnação observando a antecedência prevista na legislação atinente à matéria.

II – DA IMPUGNAÇÃO

O Conselho Regional de Educação Física da 1ª Região, por meio do Departamento de Compras e Licitações, sediado à Rua Adolfo Mota nº 104, Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, tornou público que realizará licitação, na modalidade PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, com critério de julgamento menor preço global, tendo por objeto o seguinte:

“por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de comunicação de dados para prover Link Dedicado de acesso à internet via fibra ótica, de 50 Mbps, para a rede corporativa do Conselho Regional de Educação Física da 1ª Região- CREF1, conforme condições especificadas neste Termo de Referência”.

Ocorre que, o Edital Pregão Eletrônico apresenta vícios, em especial porque restringe a participação de licitantes, contrariando a lei de licitações, e, dessa forma, a Impugnante está convicta de que a peça editalícia caminha em sentido contrário ao interesse público.

Por oportuno, vejamos o que dispõe o item 4 do edital:

4. DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO.

4.1- Poderão participar deste Pregão, exclusivamente, as Microempresas e Empresas de pequeno porte, cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto desta licitação. Os interessados deverão estar previamente credenciados perante o sistema eletrônico, provido

pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão - SEGES – por meio do sítio eletrônico www.compras.gov.br.

III- DO MÉRITO

O princípio constitucional da isonomia implica na vedação de **qualquer discriminação arbitrária, que gere desvalia de uns em proveito ou detrimento de outros**. Sendo obrigatório que, na busca pela proposta mais vantajosa, seja concedido, sem discriminar concorrentes, as mesmas oportunidades.

Pontuado isso, cumpre, assim, **permitir a competitividade entre os interessados, essencial ao próprio instituto da licitação.**" (Manual de Direito Administrativo, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 228/229, grifou-se).

Desta maneira, a referida restrição, qual seja, de tolerar a participação apenas de Microempresas e Empresas de pequeno porte, viola os princípios das Leis de licitação, pois deixa de obter a proposta mais vantajosa para o respectivo órgão, ora vejamos:

No art. 5º do Decreto nº 5420/2005 - A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos **da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.**

Ora, a restrição é latente, o que viola frontalmente os dispositivos da Lei 8666/93 e os princípios da isonomia, igualdade e da ampla participação de licitantes.

Aliás, o inciso Ido parágrafo 1º do art. 3º da Lei 8666/93, refere expressamente a ilegalidade em incluir cláusulas ou condições, senão vejamos:

Art. 3º -A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em restrita 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.

No que interessa ao caso, segue trecho do Recurso Especial n.º 622.717 - RJ (2004/0008148-1), de Relatoria da Ministra Denise Arruda, vejamos atentamente as teses trazidas pela Exma. Sra. Ministra:

(...)

"Administração Pública, exige que a contratação de obras seja precedida de licitação pública. É o que dispõe, expressamente, o inciso XXI do art. 37: "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."

O constitucionalista José Afonso da Silva, ao abordar o tema, qualifica a licitação pública, ao lado dos princípios positivados no caput do art. 37, como princípio constitucional da Administração Pública. Eis a lição do mestre:

"A Administração Pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a boa administração, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiros, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas.

Os princípios explicitados no caput do art. 37 são os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Outros se extraem dos incisos e parágrafos do mesmo artigo, como o da licitação, da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e o da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público (...). Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

Cumprir recordar, finalmente, que a licitação é um procedimento vinculado, ou seja, formalmente regulado em lei, cabendo à União legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação (...)."

(Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 666 e 672/673, grifou-se)

O legislador constituinte, nessa seara, outorgou competência privativa à União Federal para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (CF/88, art. 22, XXVII). Em atendimento ao preceito constitucional, foi editada a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e entidades da administração pública indireta (art. 1º e parágrafo único).

Essa lei, além de reiterar o princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação (art. 2º), dispõe acerca da finalidade do procedimento (art. 3º), como se vê abaixo:

"Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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." (grifou-se)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a "licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre os ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar com os particulares."

Em seguida, conclui o administrativista: "Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previsto nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e finalmente, obediência aos reclamos de proibidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira" (Curso de Direito Administrativo, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 485, grifou-se).

Nessa perspectiva, José dos Santos Carvalho Filho afirma que o legislador pátrio, ao instituir o procedimento licitatório, inspirou-se, fundamentalmente, na moralidade administrativa e na igualdade de oportunidades àqueles interessados em contratar:

"Erigida atualmente à categoria de princípio constitucional pelo art. 37caput, da CF, a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia.

A licitação veio prevenir inúmeras condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte dos particulares, outras levadas por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa. Daí a vedação que se lhe impõe, de optar por determinado particular. Seu dever é o de realizar o procedimento para que o contrato seja firmado com aquele que apresentar a melhor proposta. Nesse ponto a moralidade administrativa se toca com o próprio princípio da impessoalidade, também insculpido no art. 37, caput, da Constituição, porque, quando o administrador não favorece este ou aquele interessado, está, ipso facto, dispensando tratamento impessoal a todos.

(...)

Outro fundamento da licitação foi a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração, fornecendo seus serviços e bens (o que é mais comum), ou àqueles que desejam apresentar projetos de natureza técnica, científica ou artística."

decidiu: No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no aresto transcrito, assim

LICITAÇÃO. EDITAL. CLÁUSULA RESTRITIVA. A exigência editalística que restringe a participação de concorrentes constitui critério discriminatório desprovido de interesse público, desfigurando a discricionariedade por consubstanciar agir abusivo, afetando o princípio da igualdade. (1ª Turma do STJ - Rec. Especial nº 43.856-0-RS, rei. Min. Milton Luiz Pereira - DOU de 01 .09.95, pág. 27.804).

Nesse contexto, resta claro que o Edital não está respeitando os princípios balizadores das licitações públicas, contendo determinações que favorecem algumas empresas e impossibilitam a participação de outras empresas, razão pela qual resta imperiosa a modificação do Edital.

Salienta-se que se vício referido não for sanado através da retificação do Edital, por certo deverá ocorrer a anulação do processo licitatório pelo Tribunal de Contas, acarretando prejuízo ainda maior ao Órgão licitante, que arcaria com o ônus e com a demora de uma nova licitação.

Por fim, cabe frisar que a discricionariedade da Administração fica limitada a razoabilidade e ao atendimento do interesse maior da Administração Pública, qual seja, o de contratar o menor preço, dentro de padrões e condições que satisfaçam critérios amparados pela Lei.

Prudente lembrar que, **a licitação veio prevenir inúmeras condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte dos particulares, outras levadas por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa. Daí a vedação que se lhe impõe, de optar por determinado particular. Seu dever é o de realizar o procedimento para que o contrato seja firmado com aquele que apresentar a melhor proposta.** Nesse ponto a moralidade administrativa se toca com o próprio princípio da impessoalidade, também inculcado no art. 37, caput, da Constituição, porque, quando o administrador não favorece este ou aquele interessado, está, ipso facto, propiciando tratamento impessoal a todos.

IV - DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto requer a procedência da presente impugnação para:

a) determinar a correção dos vícios apontados no Edital do Pregão Eletrônico n.º 03/2022, em especial que seja revisado para permitir o maior número de licitantes possíveis no certame, sem nenhum privilégio ou critério de exclusividade visto que tais estipulações frustram a competição e ainda impossibilitam à Administração contratar a proposta mais vantajosa, ou seja, tal estipulação é uma afronta à Lei de Licitações.

b) determinar a republicação do Edital, reabrindo-se o prazo, conforme artigo 21, §4º da Lei de Licitações.

Porto Alegre/RS, 14 de fevereiro de 2022.

BRASIL DIGITAL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

CNPJ N.º 11.966.640/0001-77

VANDER SILVA FURMANIAK

RG N.º 7.261.163-2

CPF N.º 029.547.589-70