

AO ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE PAÇO DO LUMIAR/MA

Pregão Eletrônico SRP n. 008/2023

Processo administrativo n. 9061/2022

M CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.823.335/0001-35, com sede na Avenida Senador Dinarte de Medeiros Mariz, 14, Vale do Sol, Parnamirim/RN, através de seu representante legal, vem, *mui* respeitosamente, perante Vossa Senhoria, com fulcro no art. 41, §2º, da Lei n. 8.666/93, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

do Pregão Eletrônico n. 008/2023, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

I - DA TEMPESTIVIDADE

Conforme determina o art. 41, §2 da Lei nº 8.666/93, "*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*".

Sendo assim, considerando que a sessão de abertura do certame e entrega dos envelopes com os documentos de habilitação e propostas está

marcada para o dia **15 de março de 2023**, apresentada a presente impugnação na data de hoje, tem-se como certamente **tempestiva**.

II – DO PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DE REVER SEUS PRÓPRIOS ATOS

Preliminarmente, é necessário mencionar que a Administração Pública tem o poder de autotutela, isto é, possui a capacidade de controlar os próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos. Assim, a Administração não precisa recorrer ao Poder Judiciário para corrigir os seus atos, podendo fazê-lo diretamente. Nesse diapasão, ergue-se as Súmulas n. 346 e n. 473 do e. **STF**, *in verbis*:

Súmula n. 346 do STF: A administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula n. 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ademais, a autotutela administrativa também está normatizada no art. 53, da Lei n. 9.784/99: *“A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”*.

Nesta medida, a autotutela impõe-se para a Administração Pública como um poder-dever de rever seus atos, realizando o controle de legalidades destes, o que pode ser feito independentemente de provocação.

No presente caso, impõe-se ao Município de Paço do Lumiar/MA o poder-dever de rever seus atos, no que toca ao Edital do Pregão

Eletrônico n. 008/2023, pois algumas das Cláusulas dispostas no instrumento convocatório são demasiadamente restritivas, impedindo a participação no certame de empresas que mesmo possuindo vasta experiência com o objeto licitado, não se enquadram nas normas seletivas trazidas pelo Edital.

Nessa esteira, deve a Administração rever o ato de publicação do Edital, a fim de extirpar do referido instrumento as regras limitadoras da competição, de forma a amoldar-se aos princípios e regras trazidos na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.666/93.

III – DOS FATOS

O Município de Paço do Lumiar/MA divulgou a realização de certame licitatório, na modalidade Pregão Eletrônico, tombado sob o n. 008/2023, objetivando o *“registro de preços para contratação de empresa para prestação de serviços contínuos de Transporte de Resíduos Sólidos Urbanos do Município de Paço do Lumiar – MA”*.

Após o oportuno acesso ao Edital e análise acurada das suas cláusulas, a empresa verificou a existência de condições que afrontam o ordenamento jurídico pátrio, em especial a Lei Federal nº 8.666/93, uma vez que o Edital traz inconsistências, como a exigência contida no Item 9.5, alínea “f”, referindo-se à obrigatoriedade de apresentação de Licença de Operação em fase de habilitação, além do Item 3.2.6, que restringe ilegalmente o vínculo entre sócios licitantes em atuação como servidores públicos do Município.

Assim, impõe-se a retificação do Edital atacado, visando a correção dos Itens especificados nesta peça de impugnação, corrigindo as ilegalidades presentes no Edital em tela e conformando-o aos termos insculpidos na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.666/93.

IV – DO DIREITO

IV.1 – Da Exigência de Licenciamento por órgão de controle ambiental

O Edital dispõe, no **Item 9.5, alínea “f”**, acerca dos documentos exigidos para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional, *in verbis*:

f) De acordo com o que preceitua à Lei Federal nº 12.305, de 02 de agosto de 2010, obrigatoriamente, a empresa deverá apresentar para efeito de qualificação técnica, a Licença de Operação de transporte de resíduos, fornecida pela Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Maranhão – SEMA.

Quanto a este ponto, é de se destacar que a exigência de comprovação de licenciamento ambiental pelas licitantes na fase de habilitação configura condição que restringe irregularmente a competição, devendo ser requisitada apenas da empresa vencedora, por ocasião da assinatura do contrato, uma vez que guarda relação, tão somente, com a execução do contrato.

Da mesma forma, verifica-se que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal assenta que o Ente Público deve se limitar às “*exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”, dessa forma, impossibilitando a imposição de regras editalícias que não demonstrem pertinência.

Destaca-se que os documentos necessários à habilitação das empresas nas licitações públicas estão taxativamente dispostos nos artigos 27 a 31, da Lei n. 8.666/93. Aqui, há de se destacar que **os citados dispositivos não relacionam a comprovação de licenciamento ambiental como condição para habilitação.**

A respeito desse tema, o c. **Tribunal de Contas da União** vem proferindo decisões no sentido de que a documentação comprobatória de

qualificação ambiental somente pode ser exigida da licitante vencedora, após a adjudicação do objeto e previamente à celebração do contrato e, a depender do tipo de licença, deve-se, inclusive, disponibilizar um prazo para tanto, mesmo após o início da execução contratual.

É o que se infere dos julgados a seguir, *in verbis*:

1. A documentação probatória de qualificação ambiental, quando exigida na licitação, precisa ser apresentada apenas pela vencedora do certame, após a adjudicação do objeto e previamente à celebração do contrato. Dos proponentes, pode ser requisitada somente declaração de disponibilidade da documentação ou de que a empresa reúne condições de entregá-la no momento oportuno.

Representação formulada por sociedade empresária em face de concorrência internacional promovida pela Casa da Moeda do Brasil, cujo objeto era a aquisição de linhas rotativas automáticas de eletrorevestimento de discos para moedas, apontara, dentre outros aspectos, possível restrição à competitividade do certame decorrente de exigência de qualificação ambiental na fase de habilitação. Realizadas as oitivas regimentais, o relator, em consonância com os pareceres técnicos precedentes, entendeu, no que respeita à qualificação ambiental, procedente a reclamação da representante, “uma vez que a licença de operação precisa ser apresentada apenas pela vencedora do certame e anteriormente à celebração do contrato, em consonância com as disposições sobre qualificação técnica constantes do art. 30, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 e a jurisprudência desta Corte de Contas (Acórdãos nºs. 125/2011-TCU-Plenário e 5.611/2009-TCU-2ª Câmara)”. Das licitantes, acrescentou o relator, “pode ser requisitada somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de entregar a referida licença no momento oportuno”, entendimento adotado pela Administração Pública Federal, na forma da Instrução Normativa 2/08, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Assim, considerando que a licitação já se encontrava revogada, o Plenário, acompanhando o relator, julgou parcialmente procedente a Representação, cientificando a Casa da Moeda do Brasil de que “a exigência a todos os licitantes, e não apenas ao vencedor após a fase de adjudicação e anteriormente à assinatura do contrato, de apresentação de licença de operação concedida pelo órgão ambiental, identificada na Concorrência Internacional nº 1/2013 (revogada), contraria as disposições sobre qualificação técnica constantes do art. 30, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 e a jurisprudência desta Corte de Contas”.

(TCU - Acórdão 2872/2014, Plenário, TC 004.419/2014-6, Relator Ministro José Múcio Monteiro, Data da sessão 29/10/2014, grifos acrescidos).

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE LICENÇA AMBIENTAL DE OPERAÇÃO. LICENÇA EXPEDIDA POR ÓRGÃO AMBIENTAL ESTADUAL OU MUNICIPAL. POSSÍVEL OFENSA AO PRINCÍPIO LICITATÓRIO DA NÃO-DISTINÇÃO DE EMPRESA EM RAZÃO DE SUA SEDE. EXIGIBILIDADE DA LICENÇA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO. (...)

6. Não é boa prática e vai contra ao ordenamento lógico conceder-se a licença de operação antes da celebração do contrato respectivo, uma vez que na licença de operação constarão informações sobre quem executará as atividades a serem licenciadas (além de nela se estabelecerem sob que circunstâncias isso se dará e o tempo de sua validade, conforme comando do art. 94, § 2º, da Lei Estadual no 5.887/1995). Ora, como é possível que a empresa que tiver ofertado a proposta financeiramente mais vantajosa ainda assim possa vir a ser inabilitada por outra razão, dado ainda pairarem incertezas quanto ao eventual desfecho da licitação até a homologação de seu resultado final, não é razoável exigir-lhe nesse momento a licença de operação autorizando-a a realizar os serviços. Por fim, a obtenção da licença de operação é tarefa que incumbe muito mais ao empreendedor que ao executor dos serviços. (...)

9. Assim, exigências especiais de habilitação, quaisquer que sejam as particularidades do objeto, devem manter vínculo com a lei de licitações e estar justificadas no processo, sob pena de serem consideradas restritivas à competitividade do certame. Nesse sentido, o item 9.4.10 do edital não possui previsão legal para sua existência, vez que a Lei no 8.666/1993 enumera, de forma restrita, os documentos que poderão ser exigidos na etapa de habilitação das candidatas à contratação. Por outro lado, o § 5º do art. 30 da Lei das Licitações veda expressamente exigências não previstas nessa lei, que inibam a participação na licitação.

10. Jurisprudência uniforme desta Corte de Contas firmou entendimento que quaisquer exigências especiais de habilitação devem estar previstas na lei de licitações e estar justificadas no processo, sob pena de serem consideradas restritivas à competitividade do certame. O voto condutor do Acórdão nº 2.521/2008-TCU-Plenário assim o resume:

[VOTO]

12. (...) A Lei das Licitações, no seu art. 27, estabelece que, para a habilitação, é permitido exigir dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação fiscal, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição.

13. A certificação de qualidade, exigida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes, poderia inserir-se na qualificação técnica. No entanto, o art. 30 da Lei nº 8.666/1993 enumera os documentos que poderão ser exigidos para comprovar tal qualificação, entre os quais não se incluem os certificados de qualidade. Cabe lembrar, ademais, que o § 5º do

mesmo art. 30 veda exigências não previstas nessa Lei, que inibam a participação na licitação. (...)

16. Finalmente, para efeito de habilitação dos interessados, a jurisprudência predominante deste Pretório (a exemplo dos Acórdãos oriundos do Plenário nos 808/2003 e 1355/2004), estabelece que as exigências não podem extrapolar os limites fixados na Lei nº 8.666/1993.

[ACÓRDÃO]

9.3. determinar à CAPES que:(...)

9.3.3. exclua cláusula do pregão no 27/2008, sucessor do pregão no 06/2008, que exige certificação como critério de habilitação'.

11. Desse modo, a exigência da licença de operação tal qual contida no item 9.4.10 do edital do pregão no 33/2009 é ilegal, pois a legislação não prevê sua apresentação na fase habilitatória do processo de licitação.

(TCU - Acórdão n. 870/2010, Plenário, Relator: Ministro Augusto Nardes, grifos acrescidos).

Fica patente, após leitura dos arestos acima dispostos, que a requisição de comprovação de licenciamento ambiental durante a fase de habilitação dos processos licitatórios apresenta-se como medida ilegal, pois afronta os princípios da legalidade e da competitividade.

Por outro lado, constata-se que, ao requisitar prova de licenciamento como condição de habilitação, a regra editalícia impõe à licitante um custo indevido para essa fase, desrespeitando, assim, entendimento já sedimentado pelo c. TCU através da **Súmula 272**:

No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Assenta-se que os procedimentos de licenciamentos ambientais importam em despesa elevada, de modo que, por mais esse motivo se mostra desarrazoada a sua requisição no momento da habilitação, de modo que deve ser tal exigência ilegal retirada do Edital, com vistas a garantir a mais ampla competitividade no certame.

IV.2 – Da Restrição quanto à atuação de sócio de empresa licitante como Servidor Público do Município

O ordenamento jurídico pátrio ao regulamentar o procedimento licitatório o sujeitou aos princípios estabelecidos no art. 37, inciso XXI, da Carta da República de 1988, dispondo também que serão exigidos da licitante apenas requisitos de participação e qualificação indispensáveis ao cumprimento da obrigação, nestes termos:

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 exigências de qualificação técnica econômica indispensável à garantia do cumprimento da obrigação.** (grifo nosso).

Do mesmo modo, firma o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, *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. (grifo nosso).

Já o inciso I, do parágrafo primeiro do dispositivo acima indicado, estabelece, como prioridade do processo de licitação, a competição. Desse modo, veda expressamente a inclusão de regras editalícias que restrinjam indevidamente a competitividade:

§ 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).

No presente caso, tem-se que o Edital assim dispõe, acerca dos requisitos de participação:

3.2. NÃO SERÁ ADMITIDA nesta licitação a participação de empresas:

3.2.6. Que possuam entre seus dirigentes, gerentes, sócios detentores de mais de 10% (dez por cento) do capital social, responsáveis e técnicos que sejam administradores ou servidores do Município, na data da publicação do edital, na forma do art. 9º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93.

Com relação à restrição acima, presente no Item 3.2.6, pode-se observar que o Edital gerou uma confusão entre as normas legais, onde a Lei n. 8.666/93, em seu art. 9º, III, apenas prevê que:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. (grifos acrescidos)

Ocorre que o instrumento convocatório, ao aplicar a Lei de Licitações, além da confusão de informações legais na restrição imposta, não se atentou à limitação imposta pelo próprio dispositivo, haja vista a vedação referir-se apenas ao órgão que tenha o poder de influenciar sob o

resultado do certame, não devendo ser aplicada uma limitação generalizada para todos os casos, sob pena de violar o princípio da competição.

Nesse mesmo sentido, o c. **Tribunal de Contas da União** tem revisto sua jurisprudência e adotado novo entendimento quanto à participação de empresas licitantes com sócios atuando como servidores públicos, *in verbis*:

Não se enquadra na vedação prevista no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993 a contratação de empresa que tenha, na condição de sócio cotista, servidor do órgão contratante sem capacidade para influenciar o resultado da licitação e sem atribuições ligadas à gestão ou à fiscalização do contrato (grifo nosso). (Acórdão nº 2099/2022 – TCU – Plenário. Data da Sessão: 21/9/2022, grifos acrescidos).

Sob o mesmo viés, a i. **Controladoria-Geral da União** emitiu a **Nota Técnica n. 850/2021/CGUNE/CRG**, aplicando o mesmo entendimento do c. **TCU** em suas conclusões, sintetizando as seguintes orientações:

Ante todo o exposto, ressalvada a possibilidade de análise por área técnico-jurídica da matéria, espera-se que a presente sirva como apoio ao exame no plano disciplinar federal quanto às questões concretas relacionadas às vedações de participação em licitações por relações de parentesco, aproveitando o ensejo para apresentar as seguintes orientações:

a) de forma geral, a relação de parentesco de servidor/empregado público com sócio de empresa que venha a participar de licitação realizada junto ao seu próprio órgão de lotação, por si só, não é fundamento suficiente para justificar a instauração de PAD, exigindo, além disso, evidências de utilização de poderes inerentes ao seu cargo ou função com o objetivo de influenciar o resultado do certame ou mesmo de provas de comprometimento da competitividade pela verificação de ações voluntárias que tenham por finalidade o êxito na concorrência em razão do referido vínculo;

b) o conhecimento de vinculação societária do servidor de uma entidade pública com empresa por esta contratada traz a necessidade de apuração por meio da instauração do devido processo disciplinar, de modo a dirimir dúvidas acerca da prática de suposta conduta ilícita do envolvido no correspondente procedimento licitatório;

c) a existência de prévia consulta do servidor/empregado em razão de possível conflito de interesses à unidade competente deve ser levada em conta quando do juízo de admissibilidade de instauração de processos disciplinares.

Não obstante a restrição imposta pelo art. 9º da Lei de Licitações, é necessário se atentar às limitações a que este também se submete, não sendo admissível a aplicação generalizada de tal vedação, sob pena de afronta ao princípio da competitividade.

Desta forma, para os casos em que não forem identificados conflitos de interesses na relação entre sócios licitantes atuando como servidores públicos do ente contratante, não se deve aplicar a restrição do dispositivo supramencionado, proibindo indevidamente a participação da empresa em processo licitatório.

Cumpre rememorar que as licitações e contratos administrativos são norteados por princípios, dentre os quais se encontra o *princípio da legalidade*, que consubstancia a necessidade de a Administração Pública e os licitantes agirem sempre no estrito respeito aos ditames legais – conforme disposição expressa do art. 37, *caput*, da Constituição Federal¹.

Importante destacar, neste ponto, que o princípio da legalidade, no âmbito das licitações, mostra-se *imperativo*, até mesmo quando

¹ “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: (...)”

comparado com o princípio da competitividade. Assim, ainda que se deva prezar pela competição entre as licitantes, na busca da proposta mais vantajosa, tal movimento não pode ir de encontro às disposições legais.

Neste sentido, cumpre trazer à baila o entendimento esposado pelo c. TCU em diversos arestos sobre o tema. Veja-se:

A violação de princípios básicos da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência as diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame.

(TCU - Acórdão n. 6198/2009, Primeira Câmara, j. 05.11.2009, grifos acrescidos)

Observe os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, dentre outros, consoante o art. 37, caput, da Constituição Federal.

(TCU - Acórdão n. 415/2010, Segunda Câmara, j. 09.02.2010, grifos acrescidos)

Observe as disposições contidas no parágrafo único do art. 4o do Decreto n. 3.555/2000, especialmente no que tange a interpretação das normas disciplinadoras da licitação em favor da ampliação da disputa entre os interessados, **desde que não comprometam o interesse da Administração e os princípios que regem o processo licitatório.**

(TCU - Acórdão n. 1046/2008, Plenário, j. 04.06.2008, grifos acrescidos)

Nesse cenário de patente afronta à legalidade – visto que aplicou a norma do art. 9º, III, da Lei n. 8.666/93 de forma irregular, extrapolando os limites impostos pela legislação aplicável ao acrescentar restrições inexistentes – deve corrigir sua conduta, retomando aos trilhos da legalidade, reformando o Edital, a fim de se retirar as disposições que não estejam na esteira do ordenamento jurídico pátrio.

V – DOS PEDIDOS

Em face do exposto, requer-se seja a presente **IMPUGNAÇÃO** julgada procedente, com efeito para:

- a. Seja recebida a presente Impugnação nos efeitos Devolutivo e Suspensivo;
- b. **Que sejam retirados do Edital as exigências atacadas, quais sejam, aquelas dispostas no Item 9.5, alínea “f”, do Edital, para retirar a exigência indevida da apresentação de Licença de Operação em fase de habilitação, e as do Item 3.2.6, o qual violou de uma só vez os princípios da competitividade e da legalidade;**
- c. Que, após a retificação do instrumento convocatório, o prazo seja reaberto, obedecendo o disposto no art. 21, §4º da Lei nº 8.666/93, visto que as modificações influenciam diretamente na elaboração da proposta.
- d. Caso o i. Pregoeiro entenda pela não retratação, que os autos com a presente Impugnação sejam remetidos à Autoridade Superior.

Termos em que pede deferimento.

De Parnamirim/RN para Paço do Lumiar/MA, 10 de março de 2023.

M CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA