

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE INDEPENDENCIA/CE)

REF: PREGÃO GM-PE008/21 SRP

DATA DE ABERTURA: 01 de JULHO de 2021

Lorena Miranda Castelo Branco, portadora do CPF 063.240.573-21, Comerciante, situada na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, residente e domiciliada na Av. Sabino Monte,3583- São João do Tauape, Fortaleza-CE CEP: 60120-230, vem por meio desta solicitar esclarecimento tempestivamente nos prazos estipulados em edital, da seguinte situação referente ao edital acima mencionado.

DA ARGUMENTAÇÃO

Ao enumerar as condições de habilitação a serem preenchidas pelos licitantes, o presente edital restou por exigir **no item 13.4.2:**

13.4.2. Registro ou Inscrição na entidade profissional competente que fiscaliza a atividade, Agência Nacional de Petróleo - ANP, atestando que o estabelecimento pode exercer a atividade de revenda dos produtos no varejo.

Ocorre que ao exigir na qualificação técnica a Certificação de autorização de revenda de combustíveis automotivos e derivados expedido pela ANP, fica evidente a ilegalidade, visto **que tal exigência deveria ser apenas para combustíveis**, não sendo razoável o pedido de tal registro para todos os itens diante da natureza dos produtos objetos desta licitação, os quais são lubrificantes e são vendidos em qualquer empresa de autopeças ou de lubrificantes. Em suma, o órgão licitante apresenta irregularidades, demonstrando que não é razoável e mostra-se confuso, violando manifestamente os princípios, normas constitucionais e legais, cerceando o direito da competitividade.

DO DIREITO

Em análise ao item 13.4.2, observo que sua exigência é restritiva de caráter competitivo da licitação, de maneira a reduzir, inevitavelmente, o número de licitantes participantes no certame, como também, e especialmente, por refletir um encargo econômico-financeiro para o particular nos valores propostos.

Saliento que o requisito já exigido no **item 13.4.1** sobre a qualificação técnica, onde se solicita ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICA mostra ser suficiente para

comprovar a capacidade da empresa de executar e cumprir integralmente o contrato. A esse respeito, cite-se o entendimento do mestre Marçal Justen Filho, in verbis:

A garantia da proposta, prevista no art. 31, inc. III, da Lei nº 8.666/93, configura exigência que dificulta o acesso ao certame e não se traduz em maior vantagem para a Administração. Na vida prática, é quase impossível encontrar algum caso em que essa garantia tenha sido aproveitada pela Administração para algum fim. (...) Vedar sua exigência merece, por decorrência, aplausos por parte de todos” (Pregão - comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 222).

Tal exigência só demonstra ausência de razoabilidade e cerceamento da competição, privilegiando a minorias (postos de combustíveis). Visto que os demais documentos exigidos são suficientes para comprovar a solidez e capacidade da empresa para a execução do contrato.

Conforme o teor do artigo 40, Inciso I, da lei 8.666/93, o objeto do edital deve ser elaborado de forma sucinta e clara, não demonstrar vícios e garantir a igualdade para com os participantes no processo licitatório.

O artigo 37, XXI da Constituição da República dispõe que:

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 obrigação 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. (grifos)

A norma é de sede constitucional e estabelece que o Administrador Público, ao promover procedimentos de licitação para a contratação de obras, serviços, **compras** e alienações, **somente poderá exigir dos licitantes em edital aquelas qualificações técnicas e operacionais que sejam estritamente indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**, sob pena de violação ao princípio da igualdade.

Sobre a ANP, de acordo com a Resolução de Diretoria nº 1111, de 23 de outubro de 2013 – no seu artigo primeiro – parágrafo unico:

Parágrafo único. A atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos engloba as seguintes modalidades:

- a) revenda varejista de combustíveis automotivos;
- b) revenda varejista exclusiva de GNV;
- c) revenda varejista flutuante; e
- d) revenda varejista marítima.

Desta forma, **com clareza solar**, se pode comprovar que a exigência para a certificação da ANP só pode ser exigida para combustíveis, devendo ser retirada tal exigência do edital para os lubrificantes.

Não pode a licitação exigir um documento para a empresa que a Lei não obriga a empresa a possuir. **Quanto aos itens objeto da licitação por não serem considerados combustíveis, não há a obrigatoriedade da apresentação da autorização da ANP ou certificados de isenção para tais itens e tampouco para a empresa. Portanto, verifica-se que não faz necessária a exigência em pauta para os itens do termo de referencia, pois a lei e seus anexos são claros quanto a sua não obrigatoriedade.**

Conseqüentemente, exigir a apresentação de REGISTRO para empresa que a Lei não exige, afronta o seguinte dispositivo da Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, Afinal, os atos administrativos estão vinculados à legislação por força do princípio da legalidade estampado na Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 5º... II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Sendo assim, se não há imposição legal ou prática que dê amparo à exigência, realizá-la afrontará ao supracitado princípio da legalidade, segundo o qual, **repita-se “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Art. 5º, inc. II, da Constituição Federal)**. Ou seja, somente é admissível e lícita a exigência prevista pela Lei e que seja indispensável para garantir a execução do objeto, razão pela qual qualquer exigência que extrapole o limite definido pela Constituição Federal deverá ser rechaçada, uma vez que, injustificadamente, frustrará a competição, impedindo a participação de muitas pessoas capazes de executar o objeto, o que também afronta o seguinte dispositivo da Lei 8.666/1993:

Art. 3º... § 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;

Não se olvide, outrossim que a finalidade da licitação, segundo o supracitado artigo 3º da Lei 8.666 é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Senão vejamos:

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

Nesta esteira, cabe transcrever a elucidativa lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao traçar os parâmetros da aplicação prática do supra mencionado princípio, in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 14ª ed., 2002, págs. 474/475, que leciona:

"O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia, é o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório..."(g.nosso).

O maior princípio ferido é o da razoabilidade, ao qual a administração está obrigada. Mais uma vez, citamos o mestre Hely Lopes Meirelles:

Razoabilidade e proporcionalidade - Implícito na Constituição Federal e explícito, por exemplo, na Carta Paulista, art, 111, o princípio da razoabilidade ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa. Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa.

Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque "cada norma tem uma razão de ser".

De fácil intuição, a definição da razoabilidade revela-se quase sempre incompleta ante a rotineira ligação que dela se faz com a discricionariedade. Não se nega que, em regra, sua aplicação está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário ou até mesmo pelos Tribunais de Contas.

Todavia, nada obsta à aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa. No aspecto da atuação discricionária convém ter presente ensino de Diogo de Figueiredo Moreira Neto demonstrando que a razoabilidade "atua como critério, finalisticamente vinculado, quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto" para a prática do ato discricionário. Deve haver, pois, uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e de conveniência. A razoabilidade deve ser aferida segundo os "valores do homem médio", como fala Lucia Valle Figueiredo, em congruência com as posturas normais ou já adotadas pela Administração Pública. Assim, não é conforme à ordem jurídica a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus standards pessoais que, não obstante aparentar legalidade, acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou. A Lei 9.784/99 também prevê os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, determina nos processos administrativos a observância do critério de "adequação entre os meios e fins", cerne da razoabilidade, e veda "imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público", traduzindo aí o núcleo da noção da proporcionalidade (cf. art. 2º, parágrafo único, VI). P. 86/87).

Deveras, curial é que toda licitação deve ser julgada de forma objetiva e justa, apoiando-se, para tanto, em fatores concretos e admissíveis solicitados pela Administração e pela Lei 8666/93, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido. Nesse sentido a Lei 8666/93 em seu art. 44 , 45, 82 e 90 determina:

Art. 44 No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Art. 82 Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 90 Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Assim mantendo o edital desta forma a Administração estará ferindo quase todos os princípios básicos consagrados pelo art. 3º da lei de certames: da igualdade, da legalidade, da moralidade, e, notadamente, a proporcionalidade e razoabilidade.

DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

Diante do exposto, a fim de atender aos ditames legais, especificamente às normas que regem os procedimentos licitatórios, **Requer se digna a Ilustre Comissão de Licitação proceder a alteração do edital, ao aqui exposto, EXCLUINDO DO EDITAL O ITEM 13.4.2**, por ser a única forma de se evitar a ilegalidade e conseqüente nulidade do certame.

Termos em que, pede deferimento.

Fortaleza, 22 de JUNHO de 2020.



LORENA MIRANDA CASTELO BRANCO
CPF: 063.240.573-21 RG: 20076527870
(85) 9.88228868
E-MAIL: lore.mirandacastelo@gmail.com