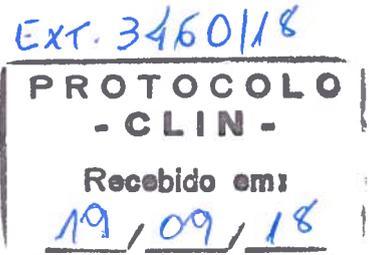




EXMO SR. PREGOEIRO DA COMPANHIA MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA
DE NITERÓI - RJ.

EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 19/2018
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 520/000515/2018



WALE COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI - ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 26.086.779/0001-01, com sede na Rua General Andrade Neves, 09, sala 909/parte - São Domingos - Niterói - RJ, CEP 24210-000, neste ato representada por seu representante legal, o sr. WAGNER AZEVEDO DE CARVALHO, brasileiro, empresário, casado, identificado na CNH sob o nº 00296091610 DETRAN-RJ e inscrito no CPF/MF sob o nº 026.389.157-77, vem, com espeque no artigo 37, *caput*, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; no artigo 9º da Lei Federal nº 10.520/02 c/c o artigo 3º, I, da Lei Federal nº 8.666/93, na forma do subitem 1.4 do Edital do Pregão Presencial nº 19/2018, formular e apresentar IMPUGNAÇÃO, pelas razões de fato e de direito que passa a esposar.

1 - ESCORÇO FÁTICO E FUNDAMENTOS JURÍGENOS

A Companhia Municipal de Limpeza Urbana de Niterói - CLIN, publicou edital referente ao Pregão Presencial nº 19/2018, o qual tem por objeto "a aquisição de CALÇADOS - EPI, conforme as especificações constantes do ANEXO I - Termo de Referência do Objeto".





O Termo de Referência, apresenta especificações acerca do objeto do certame e que delineiam as exigências a serem atendidas pelos licitantes, as quais, *data venia*, não se coadunam com os preceitos estabelecidos na legislação aplicável à espécie, além de ferirem de morte o princípio da Competitividade.

Tais especificações se referem ao disposto, especificamente, no que se refere aos itens 02 e 03, do Termo de Referência. Vejamos:

ITEM 02

“Botina de vaqueta hidrofugada, cor preta com palmilha de aço, solado bidensidade, antiderrapante, injetada direto ao cabedal, em PU(poliuretano), com cadarço, taloneira amarela e acolchoamento total do cano acima do tornozelo.

Nº 36 (10 pares), Nº 37 (10 pares), Nº 38 (60 pares), Nº 39 (100 pares), Nº 40 (120 pares), Nº 41 (140 pares), Nº 42 (150 pares), Nº 43 (60 pares), Nº 44 (60 pares), Nº 45 (50 pares), Nº 46 (10 pares.”

(negritamos e sublinhamos)

ly

2





ITEM 03

"Sapato de vaqueta hidrofugada cor preta, com palmilha de aço, solado bidensidade, antiderrapante, injetada direto ao cabedal em PU(poliuretano), com cadarço, taloneira amarela e acolchoamento de um gomo. N° 33 (2 pares), N° 34 (20 pares), N° 35 (50 pares), N° 36 (80 pares), N° 37 (120 pares), N° 38 (120 pares), N° 39 (100 pares), N° 40 (80 pares), N° 41 (80 pares), N° 42 (80 pares), N° 43 (60 pares), N° 44 (10 pares)."
(negritamos e sublinhamos)

Assim, nos moldes do que será asseverado a seguir, latente é o fato de que a exigência de que os equipamentos que se pretende adquirir apresentem tais características, não possuem respaldo normativo e, de igual forma, representa afronta ao princípio da Motivação dos Atos Administrativos e da Competitividade, fato que não se pode admitir.

O princípio da legalidade determina que as atividades administrativas deverão se resumir aos limites fixados pelas leis. Hely Lopes Meirelles define este princípio da seguinte maneira:

"A legalidade, como princípio da Administração (CF, art. 37,

ly.





caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, e criminal, conforme o caso.”

Nas relações entre particulares sabemos que o princípio aplicado é o da autonomia da vontade, pelo qual as partes ficam livres para fazer tudo o que não for contrário à lei. Já nas relações em que participa o Poder Público, conforme afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.”.

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles destaca:

“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o





que a Lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim."

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o princípio da legalidade está demonstrado de forma clara no art. 4º da Lei de Licitações, que dispõe o seguinte:

"Art. 4º - Todos quantos participem da licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm o direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos."

Desta forma, Lúcia Valle observa quanto a este princípio que deve ser interpretado mais extensivamente, porém com certa cautela, concluindo que:

"Há de se entender como regime de estrita legalidade não apenas a proibição da prática



de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente por ela permitidos. Toda via, aceitamos como já afirmamos anteriormente, a integração no Direito Administrativo, desde que cintada de cautelas.”

Podemos concluir, portanto, que o princípio da Legalidade, sob a ótica da Administração Pública, deve significar sempre fazer apenas o que está previsto em lei (*latu sensu*), não podendo agir na omissão dela. Ressalte-se, que o princípio da Legalidade não se aplica somente no que tange à imperiosa aplicabilidade das leis (*strictu sensu*), mas à todas as normas existentes no sistema jurídico.

Neste viés, a exigência editalícia de que os itens 02 e 03 tenham taloneira amarela, não se coadunam com a NBR 7195, sendo esta a normativa que “fixa as cores que devem ser usadas para prevenção de acidentes, empregadas para identificar e advertir contra riscos”.

Portanto, flagrante a afronta ao princípio da Legalidade, o qual é norteador do agir da Administração Pública, o que não se pode admitir.

Não obstante todo o acima escandido, o instrumento convocatório objeto da presente impugnação, também afronta ao princípio da Motivação dos Atos Administrativos.



Motivação pode ser entendida como a explanação, a fundamentação, a explicitação dos motivos que conduziram o agente público para a elaboração do ato administrativo. Com esteio na lei 9784/99, Hely Lopes Meirelles diz que "denomina-se motivação a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato".¹

Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe: "dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providencia tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo".

Motivar significa apresentar e explicar, de maneira clara e congruente, os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados. Geralmente a motivação é apresentada sob a forma de "considerados". Como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, a motivação:

"Integra a "formalização" do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 151.



estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da *relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou com base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como “causa” do ato administrativo [...]”.²

Essa é a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 380.



Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. [...]

[...] em se tratando de atos vinculados (nos quais, portanto, já está predefinida na lei, perante situação objetivamente identificável, a única providência qualificada como hábil e necessária para o atendimento do interesse público), o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, **passando para segundo plano a questão da motivação.**"³

Nas palavras de Di Pietro:

"O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e

³ ANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108 e p. 383.



de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.”⁴

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de sua decisões. (...) A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos (DI PIETRO, 2001, p. 82).

No presente caso, não houve a motivação da escolha no termo de referência, bem como no restante do edital, por equipamentos que possuam taloneira amarela e/ou palmilha de aço, sendo, da mesma forma, flagrante a afronta ao Princípio da Motivação, o que não se pode admitir.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77.



Outrossim, fazer constar do instrumento convocatório tais exigências, por lógica intelecção, representa afronta ao princípio da Competitividade e ao artigo 3º, § 1º, I, dispositivo este plasmado na Lei Federal nº 8.666/93. Vejamos.

O legislador estabeleceu no bojo da Lei Federal nº 8.666/93, especificamente em seu artigo 3º, § 1º, I, 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 a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;”

(negritamos e sublinhamos)

O princípio da competitividade ou da oposição significa que a Administração Pública, quando da licitação, não deve adotar providências ou, mesmo, criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter de competição, de igualdade da licitação. O procedimento administrativo almeja a seleção da proposta mais vantajosa, tanto no sentido qualitativo como quantitativo, e, por conseguinte, possibilitar a disputa e o confronto equilibrado entre os participantes.



my



Como bem assevera o autor TOSHIO MUKAI, "se num procedimento licitatório, por obra de conluio, falta a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto do mesmo".

O ato convocatório do certame deve estabelecer condições que assegurem a seleção da proposta mais vantajosa - nos moldes da concepção clássica de vantajosidade doutrinariamente adotada - com a estrita observância do princípio da isonomia, sendo essencial que a licitação seja norteada por critérios objetivos, restando, pois, ilícita a adoção de cláusulas cujos termos, ainda que de modo parcial, restrinjam, afetem ou dificultem a competição.

Assim, a regra contida no artigo 3º, §1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93 significa que todos os possíveis interessados devem ser admitidos a participar do certame e que a vitória de um deles deve resultar da apresentação da proposta mais vantajosa. Outrossim, os competidores devem ser tratados com igualdade, o que significa a vedação a benefícios ou encargos reservados a apenas alguns dos licitantes.

Em suma síntese, o inciso I do mencionado dispositivo, apesar de contemplar um rol exemplificativo das discriminações reputadas ilícitas, é importante ressaltar que é perfeitamente cabível constar no instrumento editalício cláusulas restritivas da participação. O que é vedado é a adoção de exigências desnecessárias ou inadequadas, cuja previsão seja orientada não a selecionar



49-



a proposta mais vantajosa, mas aquelas tendentes à beneficiar ou prejudicar alguns participantes.

A Egrégia Corte de Contas da União já se pronunciou neste sentido, conforme precedentes diversos, conforme abaixo colacionado in verbis, bem como aqueles trazidos aos autos no bojo da impugnação manejada e ora analisada.

"(...) a exigência de inscrição no SICAF como condição de habilitação ao certame licitatório, constitui cerceamento ao seu caráter competitivo, em evidente afronta ao mandamento insculpido no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993." (Acórdão 1.070/2005, 1ª C., rel. Min. Guilherme Palmeira)

"no âmbito deste Tribunal há entendimento consolidado no sentido de que a exigência de que os cartuchos de tinta para impressoras sejam produzidos pelo mesmo fabricante do equipamento impressor ou fabricados no exterior por empresas da mesma marca do equipamento impressor



privilegia a marca do próprio fabricante e restringe a competitividade do procedimento licitatório, pois afasta possíveis licitantes fabricantes de produtos novos, similares ou compatíveis que apresentem compatibilidade e qualidade condizentes com as necessidades do equipamento.” (Acórdão 696/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

Por todo o acima escandido, indelével é a assertiva de que as exigências contidas no edital do Pregão Presencial n° 19/2018, conforme constante do termo de referência, o qual integra o instrumento convocatório, são, ao fim e ao cabo, ilegais, além de representarem afronta ao Princípio da Legalidade (de alçada constitucional), da Motivação dos Atos Administrativos e da Competitividade, bem como, ao disposto no artigo 3º, § 1º, I, da Lei Federal n° 8.666/93, sendo imperiosa a adequação do edital no sentido de que sejam retiradas as exigências, no que se refere aos itens 02 e 03, de taloneira amarela e palmilha de aço.

2 - PEDIDOS:

Ex positis, requer-se:

a) O conhecimento da presente IMPUGNAÇÃO;





- b) o acolhimento das razões ora apresentadas para a adequação do edital no sentido de que sejam retiradas as exigências, no que se refere aos itens 02 e 03, de taloneira amarela e palmilha de aço.

Niterói, 19 de setembro de 2018.

WALE COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI - ME

Wagner Azevedo de Carvalho

CNH n° 00296091610 DETRAN-RJ

26.086.779/0001-01

**WALE COMÉRCIO E SERVIÇOS
EIRELI-ME**

Rua General Andrade Neves, 9 - Sala 909
CEP 24210-000 - SÃO DOMINGOS

NITERÓI - RJ