

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

**PREFEITURA MUNICIPAL DE JOÃO DOURADO-BA – SETOR
DE LICITAÇÕES – COMISSÃO DE LICITAÇÕES –
IMPUGNAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

EDITAL DE LICITAÇÃO – PREGÃO PRESENCIAL Nº 038/2021

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 190/2021

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAR SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE OFICIAL DE ENSINO PÚBLICO, EXTENSIVO AO ENSINO MÉDIO, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE JOÃO DOURADO/BA, MEDIANTE ESPECIFICAÇÕES E CONDIÇÕES CONSTANTES DESTES EDITAL E SEUS ANEXOS.

Critério de julgamento e Adjudicação: Menor valor global

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro da Prefeitura Municipal de João Dourado-BA.

CC TRANSPORTES E VIAGENS, COMERCIO VAREJISTA E ATACADISTA DE PNEUS, PECAS PARA AUTOS E MAQUINAS E SERVICOS EIRELI, portadora do CNPJ nº 14.772.562/0001-68, estabelecida no endereço Praça Vitor Carneiro, nº 31, Bairro Centro, Pé de Serra-BA, CEP: 44.655-000, neste ato representado por seu representante legal o Sr. **JAMISON CARNEIRO DOS SANTOS**, portador do CPF 073.567.005-65, que subscreve, vem através do presente, com fulcro no art. 41, §2º da Lei nº 8666/93 e item 31.1 do instrumento convocatório, **TEMPESTIVAMENTE**, à presença de Vossa Senhoria a fim de

IMPUGNAR

os termos do instrumento convocatório, em referência, apresentando no articulado os fundamentos de sua irrisignação.

**PRAÇA VITOR CARNEIRO, Nº 31, CENTRO
PÉ DE SERRA, BAHIA, CEP: 44.655-000**



CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

I – DA TEMPESTIVIDADE:

O ato de impugnar um Edital de Licitação é ato lícito e deverá ser motivado por escrito direcionado ao Pregoeiro em caráter tempestivo.

A Lei Federal nº 8.666/93 estabelece em seu art. 41, §2º que:

“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, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

Neste mesmo entendimento, restou impresso no instrumento convocatório que as impugnações e a apresentação escrita deverão ser enviadas para o endereço eletrônico licitacao@joaodourado.ba.gov.br, até as 12h00 horas, no horário oficial de Brasília-DF.

Na data de 11 de agosto de 2021, foi publicitado o processo licitatório através de publicação no Diário Oficial do Município de João Dourado-BA, de nº Edição nº 01068, Ano 2021, o AVISO DE LICITAÇÃO do Pregão Presencial nº 038/2021, que objetiva a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAR SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE OFICIAL DE ENSINO PÚBLICO, EXTENSIVO AO ENSINO MÉDIO, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE JOÃO DOURADO/BA, com certame marcado para 23 de agosto de 2021, às 09:00HS, na Sala de Licitações desta Prefeitura, para recebimento dos envelopes de proposta de preços e habilitação, das empresas interessadas.

Posto isto, resta demonstrado que o protocolo deste pedido, tem efeito tempestivo, na presente data, onde, esta administração pública, deverá receber e julgar, conforme preceitua a legislação pertinente, os fundamentos apresentados a seguir.

II – ESCORÇO FÁTICO:

A subscrevente sendo interessada em participar da licitação supramencionada, adquiriu o respectivo Edital publicado no sitio eletrônico desta administração pública.

Ao verificar as condições e regras para participação no pleito em tela, deparou-se com as exigências formuladas nos itens: 19.9; 24.2.4, alínea "a"; 24.2.5, alínea "a", item 2, 3 e 7.2 do Termo de Referência, que vem assim relacionados:



2

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

- Item 19.9: Quando todas as propostas escritas forem desclassificadas, o pregoeiro poderá suspender a sessão do pregão e estabelecer uma 'nova data', com prazo não superior a 03 (três) dias úteis, para o recebimento de novas propostas.
- Item 24.2.4: A Qualificação Técnica será comprovada através da apresentação dos seguintes documentos: a) Comprovação de aptidão por meio de no mínimo 01 (um) atestado de capacidade técnica, que comprove que a empresa licitante tenha executado ou esteja executando contrato compatível ao objeto dessa licitação, podendo ser emitido apenas por pessoa jurídica de direito público. O atestado deve ser apresentado em original ou cópia, desde que este esteja acompanhado do original.
- Item 24.2.5: Documentação complementar: a) As empresas licitantes deverão declarar, expressamente, conforme modelo do Anexo VIII, a concordância em manter nos limites do Município de João Dourado, um escritório ou ponto de apoio da empresa, sendo concedido o prazo de 30 (trinta) dias para instalação, contados da assinatura do contrato.
- Item 2 do Termo de Referência: O Serviço será prestado mediante a execução de roteiros compostos pelas linhas e condições abaixo indicadas, cujo julgamento será feito por menor valor global. (OBS.: A subcontratação somente será admitida de forma parcial, caso demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto pela empresa CONTRATADA, e desde que não seja por valor inferior ao recebido pela empresa, sob pena de evidente prejuízo para a Administração Pública e danos ao erário).
- Item 7.2 do Termo de Referência: É possível a subcontratação parcial do objeto desde que demonstrada a inviabilidade técnico- econômica da execução integral do objeto pela empresa CONTRATADA, e desde que não seja por valor inferior ao recebido pela empresa, sob pena de evidente prejuízo para a Administração Pública e danos ao erário.
- Item 3 do Termo de Referência: A prestação dos serviços se dará conforme as rotas abaixo especificadas. 3.1. Considera-se ROTEIRO para fins desta licitação, o itinerário a ser percorrido, conforme DESCRIÇÃO DO ROTEIRO (PERCURSO), constantes em cada um deles, respectivamente, iniciando-se no local de saída conforme o mencionado, devendo chegar até ao destino, ida e volta, correspondendo a um item específico, tudo devidamente discriminado neste Edital.

Sucedem que, tais exigências são absolutamente distorcidas, abusivas e ilegais, pois afrontam às normas que regem o procedimento licitatório, como à frente será demonstrado.

III – DA ILEGALIDADE

De acordo com o § 1º, inciso I, do art. 3, da Lei nº 8666/93, é vedado aos agentes públicos:



CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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; Grifos nossos.

Art. 21, §4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Ora, na medida que os indigitados itens do Edital, não resta dúvida que o ato de convocação de que se cogita consigna cláusula manifestamente comprometedora, abusiva e restritiva do caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação.

Como se não bastasse, os itens objurgados, fere igualmente o princípio da isonomia consagrado no inc. I, do art. 5º, da Constituição Federal, sendo ainda consoante observar os princípios da proporcionalidade, exequibilidade e da realidade financeira.

IV – DOS FUNDAMENTOS LEGAIS

Com o devido respeito, os pontos lançados serão observados e combatidos, tudo com o fim de imprimir objetividade às respostas aqui sedimentadas e que serviram de norte à formação do juízo de Vossa Senhoria em torno da causa.

Antes, porém, defende-se a lisura do pleito, eis que o seu desenrolar não foi transparente e sonou expediente espúrio aos licitantes.

Diversos são os princípios encartados na Constituição de 1988. Cada um assume a importância devida no momento de sua aplicabilidade, adequando-se de forma mais plausível a cada situação concreta. Daí a prevalência do entendimento de que um princípio não exclui o outro tal qual ocorre com as normas que se revelam opostas.

Princípios são mais amplos, e mesmo quando se chocam deve-se buscar sua aplicação da forma mais abrangente possível. É o que de Robert Alexy chama de mandamentos de otimização. Devem ser cumpridos da maior maneira possível.

Dentre os princípios encartados expressamente pela Lei Maior do nosso ordenamento jurídico podemos destacar aqueles cuja relevância para qualquer processo é indiscutível. Trata-se dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim dispõe o art. 5º, inc. LV:



4

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes";

Estes princípios estão umbilicalmente entrelaçados, revelando-se um como complemento do outro, e ambos como elementos fundamentais ao desenvolvimento justo de qualquer demanda processual, seja ela uma demanda judicial, ou mesmo administrativa.

O contraditório é inerente ao processo democrático. Trata-se, em verdade, da aplicação concreta dos princípios democráticos ao processo, permitindo que aquele que de alguma forma sofrerá influência das decisões emanadas do processo dele possa participar efetivamente na busca de suas prerrogativas.

Em abalizada análise, Fredie Didier discorre que "democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder". Didier JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

Extrai-se, portanto, que o contraditório se materializa no momento em que a parte se manifesta, expõe seus interesses, formaliza e concretiza suas sustentações e opiniões. É a garantia de ser ouvido, de falar, de ser comunicado, de estar presente, ou seja, é a garantia de poder participar ativamente do desenvolvimento do processo, exercendo influência para os rumos que serão tomados.

Trata-se, por assim dizer, da democracia processual por excelência, razão pela qual não se pode, em qualquer hipótese, mitigá-lo, tão pouco suprimi-lo. Em havendo sua supressão, estar-se-á diante de teratológica relação processual, fundada na unilateralidade e autoritarismo, desprovida de qualquer senso democrático, algo completamente descabido no atual estágio evolutivo em que se encontram as disciplinas processuais brasileiras.

No que tange à ampla defesa, conforme o próprio nome infere, refere-se à possibilidade da parte poder se utilizar de todos meios permitidos ou não defesos para alcançar o sucesso na relação processual.

A ampla defesa se resume, portanto, a necessidade de se assegurar o acesso amplo aos autos, possibilitar a apresentação de razões e documentos necessários à comprovação das teses e fatos arguidos, produzir provas testemunhais ou periciais e conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida.

Percebe-se claramente sua relação umbilical com o princípio do contraditório, não podendo ser cerceado qualquer um dos dois sob pena de grave ofensa aos preceitos constitucionais que os estabelecem e ao devido processo legal, o qual se constitui na garantia de que o

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

processo será regido por regras previamente estabelecidas, isento de qualquer temeridade ou procedimento teratológico.

Imperioso destacar que o processo licitatório é a ponderação do julgamento objetivo e do princípio da vinculação ao instrumento convocatório com a busca pela proposta mais vantajosa. De modo que tanto a Administração Pública licitante quanto os interessados devem se submeter a estrita observância dos termos e condições do edital, com base no Art. 37, XXI da Constituição Federal, art. 3º, 27 e seguintes da Lei nº 8.666/93, bem como na preservação dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e demais princípios correlatos às licitações públicas.

É o que estabelecem os artigos 3º, 41º e 55º, XI, da Lei nº 8.666/1993, transcrevemos:

"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 próprios 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."

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

"Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:"

"XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;"

Nesse sentido, citamos as lições da ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou."

Assim, ainda em consulta à doutrina acerca da matéria, destacamos as palavras de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual definiu que o edital "é a lei interna da licitação" e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

A jurisprudência pátria do mais alto escalão já decidiu sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entendeu que:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento revela-se processualmente viável, eis que se insurge contra acórdão que decidiu a causa em desconformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame. Com efeito, a colenda Primeira Turma desta Suprema Corte, ao julgar o RE 480.129/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, fixou entendimento que torna acolhível a pretensão de direito material deduzida pela parte ora agravante: "CONCURSO PÚBLICO – PARÂMETROS – EDITAL. O edital de concurso, desde que consentâneo com a lei de regência em sentido formal e material, obriga candidatos e Administração Pública (STF – AI: 850608 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/12/2011, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 07/12/2011 PUBLIC 09/12/2011);

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.103.691 DISTRITO FEDERAL;

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO; E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA DE EDITAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 279/STF E 454/STF – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; Súmula 454 Enunciado: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário. Data de Aprovação - Sessão Plenária de 01/10/1964; Fonte de publicação DJ de 08/10/1964, p. 3647; DJ de 09/10/1964, p. 3667; DJ de 12/10/1964, p. 3699. Referência Legislativa: Constituição Federal de 1946, art. 101, III.

Nessa mesma trilha, em entendimento já consolidado, caminha o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“Administrativo. Processual civil. Licitação. Leilão judicial. Edital. Veículo automotor. Destinação como sucata. Impossível licenciamento. Vinculação. Precedente. Direito líquido e certo. Inexistência. 1. Recurso ordinário interposto contra acórdão o qual denegou o mandado de segurança que pleiteava autorização para o licenciamento de veículo automotor adquirido em leilão judicial. O recorrente alega que não possuía ciência de que estava sendo leiloado como sucata. 2. Do exame dos autos, infere-se que o edital do leilão judicial foi claro ao prever que o bem estava sendo leiloado como sucata (fl. 75), sendo aplicável ao caso a jurisprudência histórica de que o ‘princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame’ (REsp 354.977/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª T., DJ 09.12.2003, p. 213.). Recurso ordinário improvido.” (STJ – RMS 44.493 – (2013/0405688-5) – 2º T. – Rel. Min. Humberto Martins – DJe 24.02.2016)

Insta salientar que a observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório em nada se confunde como o formalismo exacerbado, uma vez que a análise deve considerar a relevância de cada princípio ante ao caso concreto. Destaca-se: nenhum princípio é absoluto. Atentando-se de uma forma especial à conformidade dos aspectos



8

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

normativos exigidos ao objeto que será executado, bem como, à expressão econômica do processo licitatório. Em suma, o sopesamento dos princípios deve privilegiar de forma finalística a supremacia do interesse público.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas. Como trazido por Licínia Rossi em seu Manual de Direito Administrativo (2015, p.530).

O edital é a lei interna da licitação e "vincula inteiramente a Administração e os proponentes" (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 30a ed., SP: Malheiros, p. 283).

A observância do princípio da vinculação do instrumento convocatório é medida que se impõe, interpretado este como um todo, de forma sistemática. Desta maneira, os requisitos estabelecidos nas regras editalícias devem ser cumpridas fielmente.

Nas palavras do professor Adilson Dallari, "licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor do edital". E de igual modo, licitação não é uma compra realizada por particular e muito menos destinada a interesses privados.

Entretanto, a isonomia só se completa se, além de mais de um particular na disputa houver critério objetivo de julgamento. Não é por acaso que a Lei de Licitações estabelece como princípio norteador do certame o julgamento objetivo, deixando claro que qualquer interferência de ordem subjetiva acaba por elidir a igualdade (art. 44, § 1º). Esse fator assegura que os particulares serão avaliados pelo atendimento à necessidade administrativa, e não pelas características pessoais ou pela preferência da Administração.

A definição desses aspectos é relevante porque na prática, embora seja possível denominar um procedimento como "licitação", tal não será verdade se não houver pluralidade de interessados e critérios objetivos de julgamento. É o que acontece com a Lei nº 12.232/2010, que regulamenta as licitações para contratação de serviços de publicidade. Os dispositivos legais fixam como critérios para avaliação das propostas a "ideia criativa" do proponente, sua "capacidade de atendimento" à necessidade e "o nível dos trabalhos por ele realizados para seus clientes", fatores nitidamente subjetivos.

Item 19.9: Quando todas as propostas escritas forem desclassificadas, o pregoeiro poderá suspender a sessão do pregão e estabelecer uma 'nova data', com prazo não superior a 03 (três) dias úteis, para o recebimento de novas propostas.

De acordo com o art. 48, § 3º, da Lei de Licitações "quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.”

Muito embora na legislação específica do pregão não haja previsão sobre o procedimento a ser seguido quando da desclassificação ou inabilitação de todos os licitantes, defende-se a aplicação subsidiária da Lei de Licitações nesses casos, com fundamento no art. 9º da Lei nº 10.520/02.

A aplicação adequada do dispositivo no pregão deve considerar distintamente as etapas do processo. Ou seja, as fases não podem ser consideradas simultaneamente para o cabimento da regra em análise. Somente será viável a repetição da fase de classificação, com a reapresentação de propostas de preços apenas pelos licitantes desclassificados, ou, alternativamente, a repetição da fase de habilitação, com os inabilitados.

Significa dizer que a regra indicada pelo art. 48, § 3º da Lei nº 8.666/93 não pode beneficiar todos os participantes do certame, de quaisquer etapas, ao mesmo tempo, pois não se aplica aos participantes já excluídos do pregão em momento anterior.

Esse também é o posicionamento do TCU. Para a Corte de Contas federal é possível aplicar o art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93 no pregão, respeitada a inversão das fases de habilitação e classificação.

O raciocínio consta do Acórdão nº 429/2013 – Plenário. Naquela oportunidade se entendeu que houve aplicação equivocada do dispositivo no âmbito do pregão analisado, “vez que a regra ali prevista não pode ser aplicada a licitantes já excluídos em outras etapas no curso da licitação, sendo possível sua aplicação ou aos licitantes desclassificados, quanto houver desclassificação de todas as propostas, ou aos inabilitados, quando todos os licitantes participantes da fase de habilitação forem considerados inabilitados, e não a ambas as situações simultaneamente (inabilitados e desclassificados).”

Relativamente à adoção facultativa ou obrigatória dessa regra em certames da modalidade pregão, trata-se de uma faculdade. Isto é, nada obsta a Administração optar por repetir o certame com abertura de nova sessão pública para apresentação de propostas por um universo maior de competidores, em vez de empregar o disposto no art. 48, § 3º.

Em se tratando do pregão na forma eletrônica, a aplicação do dispositivo fica condicionada à operacionalização pelo sistema utilizado.

No âmbito dos órgãos integrantes do SISG – Sistema de Serviços Gerais, na forma do art. 1º, § 1º, do Decreto nº 1.094/94, por exemplo, o sistema SIASG/Comprasnet é utilizado para operacionalizar os pregões eletrônicos. Tal sistema não permite a aplicação do art. 48,

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

§ 3º. Uma vez abertas as propostas, os licitantes não poderão apresentar novas propostas distintas daquelas registradas, pois o sistema não dispõe da possibilidade de alterar especificação ou aumentar os preços. Então, caso todos os licitantes sejam inabilitados ou todas as propostas desclassificadas em pregão operacionalizado pelo Comprasnet, a Administração deverá realizar uma nova licitação.

Em síntese, é possível a aplicação subsidiária da regra prevista no art. 48, § 3º da Lei nº 8.666/93 nas licitações processadas pela modalidade pregão, desde que a faculdade prevista no dispositivo seja aplicada, alternativamente, quando todos os licitantes forem desclassificados, ou quando todos forem inabilitados, podendo participar da repetição apenas os participantes da fase respectiva, excluindo-se aqueles já eliminados em fase anterior do certame.

No caso em tela, o instrumento convocatório estabeleceu como regra prazo não superior a 03 (três) dias úteis, para o recebimento de novas propostas, contudo este prazo conforme dispõe a legislação em vigor trata-se exclusivamente para modalidade de carta-convite, o que não é o caso.

Resta nítido que a administração deverá corrigir o texto do item 19.9 do edital, afastando o prazo não superior a 03 (três) dias úteis, para o recebimento de novas propostas, para o prazo de 08 (oito) dias úteis, para o recebimento de novas propostas, sob a luz do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

Item 24.2.4: A Qualificação Técnica será comprovada através da apresentação dos seguintes documentos: a) Comprovação de aptidão por meio de no mínimo 01 (um) atestado de capacidade técnica, que comprove que a empresa licitante tenha executado ou esteja executando contrato compatível ao objeto dessa licitação, podendo ser emitido apenas por pessoa jurídica de direito público. O atestado deve ser apresentado em original ou cópia, desde que este esteja acompanhado do original.

Na seara dos procedimentos de licitação, observa-se o surgimento de um entendimento equivocado que defende uma certa interpretação sobre a expedição de atestados de capacidade técnica. A tese argumenta que caberia à Administração a escolha de qual entidade seria legítima para a expedição dos atestados de capacidade técnica. Noutros termos, o entendimento, ora impugnado, defende que poderia a Administração limitar a aceitação de atestados emitidos apenas por entidades de direito público.

Tal entendimento não pode prevalecer, pois perverte o sentido da norma e limita a participação de licitantes nas competições públicas.



CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

Preliminarmente, insta pontuar que a Constituição (CR) dispõe que a exigência de qualificação técnica não deve ser adotada indiscriminadamente. Portanto, seria exigível em contratos específicos e que requerem maior segurança jurídica. Esta é a lição do artigo 37, inciso XII CR, ex verbis:

Art. 37 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...] o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O escopo da norma constitucional foi desburocratizar e reduzir comprovações para processos de menor complexidade e, portanto, ampliar potencialmente o número de possíveis empresas participantes. Exposta esta preliminar, cumpre compreender como se dá a comprovação de aptidão técnica na lei específica que disciplina o dispositivo acima.

A qualificação técnica, conforme a lei 8.666/93 será feita mediante atestados de capacidade técnica, segundo dispõe o seu §1º, art. 30:

*Art. 30. § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por **pessoas jurídicas de direito público OU privado**, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a...(grifo nosso)*

Com efeito, alinhado ao paradigma constitucional de se aumentar quantitativamente a participação de licitantes, a lei 8.666/93 estabelece que a comprovação de qualificação técnica será feita pelo licitante e mediante atestados que demonstrem o seu repositório técnico adquirido no curso de sua atividade empresarial que, notoriamente, compreende contratos com pessoas jurídicas de direito privado ou, então, de direito público.

Não caberia à Administração a limitação a partir do tipo de entidade e seu regime jurídico, pois segundo o artigo 27 da lei 8.666/93, "para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados", ou seja, trata-se de ato administrativo vinculado e que conforme previsão legal deverá observar o disposto nos artigos seguintes, os quais estabelecem que o ônus da comprovação é do interessado licitante, outrossim, a este facultado, alternativamente, apresentar atestados de pessoas jurídicas de direito privado ou público.

Em suma, depreende-se da leitura do dispositivo reproduzido que, a lei 8.666/93 confere ao licitante a possibilidade de comprovar sua aptidão mediante atestados emitidos por pessoas jurídicas tanto de direito público quanto de direito privado.



12

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

A entidade promotora da licitação, ao limitar os atestados àqueles oriundos apenas de entidades de direito público, adota interpretação que além de incorreta segue pela via da restrição ilegítima de amplitude de participação, logo, viola abertamente o inciso I, §1º, art. 3º, o qual veda aos agentes públicos "admitir, prever, incluir [...], nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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;".

A interpretação que defende ser prerrogativa da Administração Pública a escolha de qual entidade, pública ou privada, que o licitante deverá apresentar seus atestados é divorciada da norma prevista no §1º, art. 30 e, ainda, ganha reforços de ilegalidade ao violar a vedação do inciso I, §1º, art. 3º.

O entendimento ora apresentado é confirmado pela jurisprudência do TRF da 1ª região que, em caso idêntico, firmou a seguinte decisão:

Com efeito, a norma contida no item 14.3, alínea b, do Edital, que impossibilita a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado é incompatível com o artigo 30, parágrafo 1º, da lei 8.666/93, que expressamente permite a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e privado." (TRF da 1ª região, Apelação em Mandado de Segurança 1999.01.00.014752-7/DF, 3º T. Suplementar, rel. Juiz Wilson Alves de Souza, j. em 29/5/03, DJ de 18/6/03)

Conclui-se que a Administração requerer atestados de capacidade técnica somente emitidos por pessoas jurídicas de direito, por exemplo, público, ou, então, apenas de direito privado viola o Princípio da Legalidade (art. 37, CR), pois os critérios habilitatórios perfazem atos administrativos vinculados ao teor do artigo 27, lei 8.666/93 e é direito do licitante comprovar sua aptidão com atestados emitidos por entes de qualquer regime de direito, devendo item 24.2.4, alínea "a" ser corrigido para incluir que o atestado de capacidade técnica poderá ser apresentado expedido por jurídica de direito público ou privado.

Item 24.2.5: Documentação complementar: a) As empresas licitantes deverão declarar, expressamente, conforme modelo do Anexo VIII, a concordância em manter nos limites do Município de João Dourado, um escritório ou ponto de apoio da empresa, sendo concedido o prazo de 30 (trinta) dias para instalação, contados da assinatura do contrato.



CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

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, conforme prevê o art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Mais adiante o §1º, inciso I, do art. 3º do mesmo diploma legal, estabelece que é vedado aos agentes públicos: 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.

Com base neste entendimento vejamos qual é o entendimento do Tribunal de Contas da União, sobre a matéria em tela, publicado na 4ª Edição, Orientações e Jurisprudência do TCU, Licitações & Contratos, Revista, atualizada e ampliada, página 27:

Abstenha-se de exigir que a vencedora disponha de escritório em localidade específica, requisito que limita o caráter competitivo do certame e macula o princípio de isonomia previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 43/2008 Plenário

Abstenha-se de exigir que a vencedora disponha de escritório em localidade específica, por restringir o caráter competitivo do certame, em contrariedade ao art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 2651/2007 Plenário

A regra apontada no item em questão fere o princípio da moralidade e restringe o processo licitatório, tendo em vista ser o contrato social da empresa, ou requerimento de empresário para firmas individuais, com a comprovação do último ato que comprova o endereço sede da empresa, ou seja, exigir como condição de habilitação, ou pior, impedir a habilitação de uma empresa pelo fato desta não declarar que possuirá escritório físico da empresa em qualquer prazo estipulado no município de João Dourado-BA é imoral, tornando o procedimento licitatório passivo de nulidade, por ausência de dispositivo legal para matéria em questão.

O artigo 40, inciso VI da Lei nº 8.666/93, regra de fato como deverá ser a condição de participação para a modalidade em epígrafe, senão vejamos: *Verbis*:



14

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

A lei não faculta as administrações públicas promoventes com relação a regra acima indicada, ela **OBRIGA**, que as condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas, e a comprovação do endereço sede da empresa está amparado sob a luz do art. 28 do mesmo diploma legal.

Posto isto, consoante ao princípio constitucional da legalidade, a administração deverá afastar a regra estabelecida no **item 24.5.5, alínea "a"** por ferir aos preceitos legais que regem o estado da matéria de direito.

Item 2 do Termo de Referência: O Serviço será prestado mediante a execução de roteiros compostos pelas linhas e condições abaixo indicadas, cujo julgamento será feito por menor valor global. (OBS.: A subcontratação somente será admitida de forma parcial, caso demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto pela empresa CONTRATADA, e desde que não seja por valor inferior ao recebido pela empresa, sob pena de evidente prejuízo para a Administração Pública e danos ao erário).

Item 7.2 do Termo de Referência: É possível a subcontratação parcial do objeto desde que demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto pela empresa CONTRATADA, e desde que não seja por valor inferior ao recebido pela empresa, sob pena de evidente prejuízo para a Administração Pública e danos ao erário.

A Lei de Licitações e Contratos – Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, regula a matéria, objeto do questionamento, nos artigos 72 e 78, inciso VI.

O artigo 72 dispõe que:

"O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes



15

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

de obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”.

O artigo 78 comanda:

Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

O contrato é o assentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, na expressão genial de ULPiano, e tanto Aristóteles, quanto Kant e, modernamente, a escola de Kelsen, consideram o contrato uma norma criada por particulares, mas, na precisa conceituação de Clovis Bevilacqua, é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

É a associação de duas ou mais vontades, o acordo de duas ou mais pessoas, tendo em vista determinado objeto, e sua validade pressupõe necessariamente a pessoa capaz, objeto lícito e forma prescrita e não proibida por lei. Neste sentido, Washington de Barros Monteiro.

No direito contratual público, o conceito de contrato não difere substancialmente, a não ser pela só presença da Administração Pública, que derroga normas de direito privado, conforme as lições de Hely Lopes Meirelles e da doutrina proeminente. A formalidade, contudo, é essencial e não pode ser negligenciada. Dada a supremacia de poder, a contratante adquire certas prerrogativas, em vista do interesse público, respeitados os direitos da contratada, que pode ser a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública, abrangendo esta a administração direta e a indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo todas as entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (artigo 6º, incisos XIV e XV, da Lei 8666/93).

O contrato administrativo é, em regra, por sua natureza, pessoal, daí por que, cumprindo preceito constitucional, através da licitação, a Administração Pública examina a capacidade e a idoneidade da contratada, cabendo-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferir as responsabilidades ou subcontratar, a não ser que haja autorização da contratante. Suas cláusulas e as normas de direito público regem-no diretamente, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, numa perfeita miscigenação e sincronia.



16

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

Contrato pessoal, contudo, não significa necessariamente personalíssimo. A instabilidade, na execução do contrato, advém do interesse público, daí por que, no discurso do Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO, " não se pode conceber contrato administrativo sem ser condicionado ao interesse público, Este não se apresenta imutável" (cf. Revista de Direito Publico 62/123 e segs.).

Observa ainda o autor que, na execução do contrato administrativo, a responsabilidade é da própria pessoa com quem se contratou, todavia essa regra admite exceções e, fundado, no magistério de MARCELO CAETANO, indica, com tranquilidade, que:

"a execução do contrato pode prosseguir por pessoa diferente daquela com quem inicialmente foi estipulado quando as prestações não tiverem por objeto serviços de caráter pessoal e a Administração consinta na substituição, tendo em conta as exigências legais relacionadas com a capacidade e a idoneidade do concessionário ou do sucessor" (cf. op. e p. cits.).

Também CARLOS ROBERTO PELLEGRINO, escudado na melhor doutrina, inclina-se por esse entendimento (cf. Revista de Direito Público, 92/139).

Eis aqui nascendo a verdadeira simbiose entre o direito público e privado, que GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ descreve, com muita sensibilidade, e rechaça a divisão esotérica entre o direito público e privado, porque tais dogmas sofrem, na atualidade, violenta crise e conclui que é muito difícil sustentar a romana contraposição entre o direito público e privado, calcada na idéia de um Estado regulado por princípios especiais e opostos aos do direito privado (cf. Revista de Direito Público, 91/19-27).

Deste pensar é também o procurador e escritor MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, quando escreve que o contrato administrativo vai abeberar-se na fonte do direito privado, mais precisamente na teoria geral dos contratos, para captar seus elementos essenciais aos quais vais justapor suas prerrogativas que lhe marcam as características (cf. Licitações & Contratos Administrativos, ADCOAS, Esplanada, 2ª edição, I/170).

HELY LOPES MEIRELLES confirma que o contrato administrativo é realizado intuitu personae, porquanto visa sempre a pessoa jurídica ou física do contratado, mas nada impede que o contratado confira partes da obra e certos serviços técnicos a artífices ou a empresas especializadas, porque, aduz, se o contrato é pessoal, nem sempre é personalíssimo, visto que:

"Modernamente, a complexidade das grandes obras e a diversificação de instalações e equipamentos dos serviços públicos exigem a participação de diferentes técnicos e especialistas, o que fica subentendido nos contratos desse tipo" (cf. Licitação e



17

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

Contrato, 11ª edição atualizada por EURICO ANDRADE AZEVEDO e CÉLIA MARISA PRENDES, Malheiros, 1996, p. 189).

O direito brasileiro é bastante incisivo, permitindo o artigo 72 do diploma legal, sob comento, a subcontratação de partes da obra, serviço e fornecimento, até o limite admitido em cada caso pela Administração.

A dúvida crucial, que se antepõe ao intérprete, é, exatamente, com relação à expressão partes, todavia, este dispositivo deve ser interpretado em comunhão com o inciso VI do artigo 78.

É princípio assente de hermenêutica que o dispositivo a ser interpretado deve ser comparado com outros do mesmo repositório ou de leis diferentes, porém tendo o mesmo objeto. Leciona CARLOS MAXIMILIANO, alicerçado na melhor doutrina (COELHO DA ROCHA, BORGES CARNEIRO, TRIGO DE LOUREIRO e CARLOS DE CARVALHO):

“Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.”

O entrelaçamento de um princípio com outros é de fundamental importância, ou, como informa o Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, “o Direito, como sistema é uno. Não admite contradição lógica. As normas harmonizam-se” (cf. Direito & Justiça, Correio Braziliense, Brasília, 14.4.97).

Desde CELSO, em Roma, emitir parecer ou julgar a lei, separadamente, ao invés de fazê-lo em conjunto, é extremamente condenável, porque contrário ao direito. Sabe-se, com SAREDO, que não se presumem dispositivos contraditórios, devendo as palavras harmonizarem-se entre si (cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, de CARLOS MAXIMILIANO, Livraria Freitas Bastos, 6ª edição, 1957, pp. 164 e 172).

À primeira vista, a lei somente permitiria a subcontratação de algumas partes do objeto do contrato (e não a totalidade), se interpretado isoladamente o artigo 72, friamente, sem o auxílio do inciso VI do citado artigo 78. Não obstante, ambos os preceitos entrelaçam-se, intimamente, e não podem ser analisados, isoladamente.

Se a contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, pode subcontratar partes, até o limite admitido em cada caso, pela Administração (artigo 72) e o inciso VI do citado artigo 78 cataloga como motivo para rescisão do contrato a subcontratação total ou parcial do seu objeto, não admitida no edital e no contrato, é curial que a subcontratação total é consentida. Do contrário, este inciso não estaria fazendo referência à subcontratação total, visto que a lei não contém palavras inúteis, tendo estas sempre algum significado. Há que se descobrir, portanto, o porquê de sua permanência no texto.



18

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

A conclusão insofismável é de que a lei realmente não obsta a subcontratação total da execução do contrato, nem tampouco a cessão (transferência) total ou parcial, com o que está de acordo DIÓGENES GASPARINI, ao avisar que:

“o Estatuto Federal Licitatório vai mais além e admite a subcontratação total (toda a execução do contrato passa para um terceiro sem que o subcontratante se desvincule do contrato) do objeto e a cessão (transferência total ou parcial dos direitos decorrentes do contrato a terceiro, com o cedente desvinculando-se no todo ou em parte do contrato cujos direitos foram cedidos), se essas operações estiverem previstas e reguladas no edital. Observe-se que o Estatuto Federal Licitatório só considera motivo de rescisão contratual a subcontratação, total ou parcial, e a cessão e a transferência, total ou parcial, se não previstas no edital e no contrato. Consignadas no instrumento convocatório, essas operações são válidas, desvinculando-se ou não, em parte ou por completo, o contratado do contratante. Não cabe, assim, falar-se em fraude à licitação, ainda que alguém não selecionado por esse procedimento, acabe por relacionar-se contratualmente com a Administração Pública”(cf. Direito Administrativo, Saraiva, 4ª edição, 1995, pp. 396/7).

ADILSON ABREU DALLARI, ao tratar de contrato de obra pública, estuda, com profundidade, esta tormentosa questão, ainda que sob o regime jurídico do Decreto 73.140, de 9.11.73, que não difere basicamente do direito atual, e conclui:

“desde que haja prévia aquiescência da Administração, não há por que impedir-se a transferência de contrato realizado com esta, mesmo que com dispensa de licitação, pois, in casu, nem se propõe a questão da licitação” (cf. Cadernos FUNDAP, publicação da Fundação do Desenvolvimento Administrativo, nº 11, de julho de 1985, pp. 27 a 38).

O inciso VI do artigo 78 é bastante rico em conteúdo, porque, ao contrário do artigo 72, arrola outras hipóteses, além da subcontratação, que se não confunde com aquelas. E, mais, pressupõe que no edital e no contrato a Administração já preveja esta faculdade.

Portanto, duas são as condições substantivas: admissão do quantum e previsão no edital e no contrato. Já o artigo 72 é mais singelo e ficará vazio, se não se fizer a estreita comunhão com aquele preceito.

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

A doutrina, em uníssono, autoriza a subcontratação da execução do objeto do contrato, conquanto alguns autores o façam com restrição, não permitindo a subcontratação total, senão apenas parcial, desde que prevista obrigatoriamente no edital e no contrato, com o apoio da mais Alta Corte de Contas da União e do Estado de São Paulo.

Sem dúvida, o contrato administrativo é pessoal, sem ser personalíssimo, e a lei permite que, excepcionalmente, a contratada transfira ou ceda a terceiros, a execução do objeto, dada a concentração, racionalização e especialização de atividades.

A subcontratação ou o cometimento a terceiros de partes da execução do objeto e de suas obrigações contratuais é, pois, perfeitamente lícita, desde que haja previsão desta faculdade no edital e no contrato, até o quantitativo admitido pela contratante.

A contratada responde perante a contratante pela execução total do objeto contratado e não há qualquer relação entre a contratante e a subcontratada, de modo que, também, pelos atos ou omissões desta, ela é plenamente responsável. A responsabilidade da contratante é plena, legal e contratual.

Nada impede que haja subcontratações sucessivas ou simultâneas, como por exemplo, a subcontratação concomitante da parte hidráulica e da parte de alvenaria e da parte elétrica ou das fundações. E é o que ocorre com frequência.

O saudoso tratadista HELY LOPES MEIRELLES, interpretando a lei vigente, consente que a contratada defira, sob sua inteira responsabilidade, a execução de alguns serviços técnicos e especializados a terceiros ou a consórcios de pessoas jurídicas ou físicas, conquanto possam ser solidariamente responsáveis, pela parte executada, na forma avençada (cf. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 20ª edição, 1995, p.p. 211/2122, e Licitação e Contrato Administrativo, cit.).

MARÇAL JUSTEN apregoa que a Administração, caso a caso, faça uma avaliação da conveniência de propiciar a subcontratação, segundo os limites prefixados (cf. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, AIDÊ Editora, 4ª edição, 1996, p. 416). CARLOS PINTO COELHO MOTTA adverte que o tema, efetivamente, é polêmico, quanto ao quantitativo (cf. Eficácia nas Licitações e Contratos, Del Rey, 1994, pp. 230/1). CAIO TÁCITO assegura que, por ser contrato realizado, intuitu personae, a subcontratação deve estar prevista no contrato ou no termo aditivo e no caderno de encargos ou instrução de serviço, recebendo total aprovação de TOSHIO MUKAI (cf. O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 78).

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, em alentado comentário ao artigo 72, deduz que é proibida a subcontratação total do contrato, mas admite a subcontratação parcial, desde que previsto no edital e no contrato (cf. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, Rio, 1995, 3ª edição, pp. 450 a 453). Nem outro é o

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

pensamento de ROBERTO RIBEIRO BASILLI, ao afirmar que a contratada poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, mediante prévia aquiescência da Administração, e segundo os limites fixados, remanescendo sua responsabilidade legal e contratual, perante esta, inclusive no que tange à subcontratação (cf. Contratos Administrativos, Malheiros Editores, 1996, p.p. 103/104), destacando-se, ainda, autores do porte de SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, que comungam da mesma opinião.

FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO ilustra, com muita propriedade, a hipótese de a Administração contratar uma empresa, para executar uma ponte, e afiança que não se está pretendendo que ela execute, por si própria, todos os serviços que compõem tal obra, o que seria absolutamente inviável, não importando, pois, se as fundações se fizerem por subcontratada, empresa especializada, porque a contratada responderá por vícios que advierem e a relação da Administração será sempre com esta, diretamente (cf. parecer, in Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ de São Paulo, número 2, de fevereiro de 1996).

Outra regra de ouro, diz respeito à precisão e clareza, com que devam ser descritas as condições para a execução dos contratos, consubstanciadas nas cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades, tudo em consonância com os termos da licitação e da proposta a que ficam vinculados. Mesmo os contratos, que tiveram a dispensa ou a inexigibilidade declaradas, ficam sujeitos aos termos do ato que os autorizou e da proposta. Nada escapa ao seu controle.

Assim, o artigo 66 traça um mandamento essencial, mandando as partes cumprir as cláusulas convencionadas e as normas desta lei, porque o contrato é lei entre as partes, respondendo cada qual pelas consequências de seu descumprimento, total ou parcial.

O diploma legal, sob comento, no artigo 78, VI, traz à colação, além da subcontratação, outros institutos, como a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, a fusão, cisão ou incorporação, que se não confundem entre si, porque totalmente distintos.

Faz-se necessário um exame, ainda que ligeiro, dessa cláusula legal.

A fusão, a incorporação e a cisão, em face da legislação vigente, podem operar-se entre sociedades de tipos iguais ou diferentes, não discrepando do projeto de alteração da lei das sociedades anônimas, enviado à sanção do Presidente da República (cf. redação final do Projeto de Lei da Câmara nº 106, de 1996 (nº 622, de 1995, na Casa de origem).

A incorporação ocorre, conforme a Lei 6404, de 1976, quando uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhe sucede em todos os seus direitos e obrigações. É uma espécie do gênero fusão, conquanto seja tratada pelo direito pátrio, de forma singular.



CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

Leciona RICARDO BARRETO SILVA que na transformação há a presença de uma só pessoa jurídica e naquela há a participação de pelo menos duas ou mais pessoas jurídicas, não importando o tipo de sociedade (cf. Comentários a Lei das Sociedades por Ações, coedição Instituto dos Advogados de São Paulo – Editora Resenha Tributária, 1986, volume 5, p. 378).

A fusão caracteriza-se pela comunhão de duas ou mais sociedades, para a formação de uma nova, que lhes sucederá em todos os seus direitos e obrigações.

Na cisão, uma companhia transfere parcela de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, de sorte que a sociedade cindida se extingue, se houver versão total de seu patrimônio, ou divide-se o seu capital, se a versão for parcial.

A sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações que se referem ao ato da cisão. mas, se ocorrer a extinção, no caso da cisão, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida, sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA alerta que, nas simples transferências de parcelas do ativo, mediante pagamento do preço, à vista ou a prazo, as sociedades existentes ou constituídas ad hoc, não se caracteriza a cisão (cf. Direito Processual Societário, Forense, 1986, p. 250).

Já a sub-rogação resulta da lei ou da convenção (artigos 985 a 990 do Código Civil). Subrogar é colocar uma coisa em lugar de outra ou uma pessoa substituindo outra, numa relação jurídica e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO recorda que, na sub-rogação pessoal, à pessoa sub-rogada ficam garantidos os mesmos direitos e ações que cabiam àquela (cf. ainda CLOVIS BEVILAQUA, Código Civil dos Estados Unidos Comentado, Livraria Francisco Alves, 1955, volume IV/115-119). Arnaldo Wald sustenta também que a sub-rogação pode ser legal e convencional, conforme o caso (cf. Parecer, publicado nos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Editora dos Tribunais 17/57).

Contudo, a regra do item 2 e 7.2 do Termo de Referência deste instrumento convocatório, apresenta uma alusão vazia em referência a permissão para subcontratação.

Nota-se que permite de forma parcial do objeto desde que demonstrada a inviabilidade técnico- econômica da execução integral do objeto pela empresa CONTRATADA, ou seja, diante do texto sob a luz do art. 72 da Lei nº 8.666/93 não imprime um *limite admitido, em cada caso*. Não se sabe ao ponto se cabe a conveniência da administração o que será permissivo ou não, restando obscuro tal regramento.



CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

Outro fator muito interessante a destacar é que o instrumento convocatório, determina, que para o pagamento ao subcontratado *não seja por valor inferior ao recebido pela empresa, sob pena de evidente prejuízo para a Administração Pública e danos ao erário.*

Ora, qual seria a vantagem em subcontratar se a empresa contratada será só um repassador da verba captada da administração para o subcontratado! Devendo lembrar a administração que para o recebimento dos serviços prestados a contratada obrigatoriamente deverá emitir Nota Fiscal e apresentar esta junto ao fisco da Executiva Municipal, e que, para emissão de Nota Fiscal existe um detalhe chamado "IMPOSTO", "TRIBUTOS", a serem pagos aos órgãos competentes, até mesmo para gozarem das inquestionáveis "CERTIDÕES", cláusula de obrigatoriedade para efetiva de pagamento.

De acordo com o item 2 e 7.2 do Termo de Referência deste instrumento convocatório, caso a empresa faça opção por subcontratar, deverá se atentar caso a medição de uma suposta linha seja calculada num valor exemplificado de R\$ 1.000,00 reais, este deverá repassar ao subcontratado o valor de R\$ 1.000,00, devendo em caráter desvantajoso ficar de presente o pagamento dos tributos pela emissão da Nota Fiscal para satisfazer uma regra estapafúrdia do Edital da Licitação do Pregão Presencial nº 038/2021 da Prefeitura Municipal de João Dourado-BA.

Tempestivo frisar que o item 2 e 7.2 do Termo de Referência deste Edital espanca os princípios constitucionais, bem como deverá ser afastado do instrumento convocatório por ferir o princípio da moralidade, da probidade administrativa e da legalidade, onde inspira mais uma tentativa intimidadora para afastar potenciais licitantes.

Item 3 do Termo de Referência: A prestação dos serviços se dará conforme as rotas abaixo especificadas. 3.1. Considera-se ROTEIRO para fins desta licitação, o itinerário a ser percorrido, conforme DESCRIÇÃO DO ROTEIRO (PERCURSO), constantes em cada um deles, respectivamente, iniciando-se no local de saída conforme o mencionado, devendo chegar até ao destino, ida e volta, correspondendo a um item específico, tudo devidamente discriminado neste Edital.

O termo de referência ou o projeto básico é o documento, elaborado a partir dos estudos técnicos preliminares, deve conter os elementos necessários e suficientes, **com nível de precisão adequado**, para caracterizar o objeto da licitação. TCU em definições sobre o que é o Termo de Referência ou Projeto Básico.

Por se tratar de modalidade "Pregão", em sua natureza "Presencial", observemos o que diz o DECRETO Nº 3.555, DE 8 DE AGOSTO DE 2000:



23

CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato:

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;

O termo de referência é o documento base para o edital de licitação e, posteriormente, para que o pregão seja conduzido de maneira correta. Então, é uma peça-chave para a etapa preparatória e, mais ainda, determinante para o sucesso de toda a licitação.

Quando há algum erro, requisitos mal elaborados ou omissões o certame pode ser direcionado, levando a sua anulação, revogação ou repetição, ou ainda, isso pode resultar em uma contratação que não atende adequadamente às necessidades da Administração Públicas.

Neste entendimento proferiu decisão o Tribunal de Contas da União no Acórdão 2.471/2008:

[Relatório] (...) em geral, os projetos básicos ou termos de referência apresentam muitas desconformidades, o que causa o não atingimento do objetivo das licitações e impossibilita uma gestão contratual que garanta o recebimento dos benefícios que se pretende com a contratação; Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário.

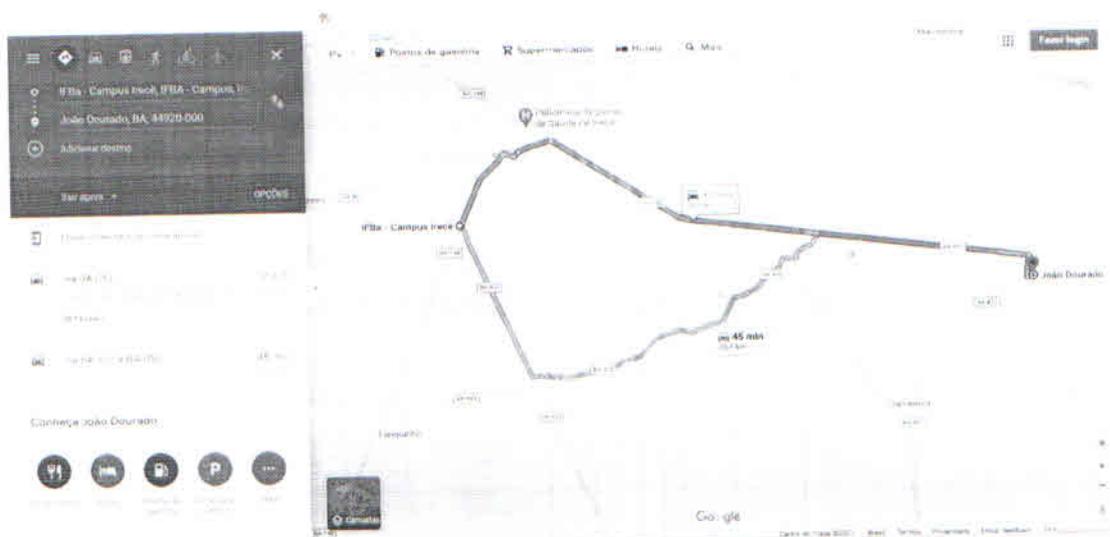
Pois bem, ao analisar a planilha apresentada no respectivo edital, flagramos a seguinte situação:

O Item 71, do LOTE 10: ROTAS PARA IRECE - ENSINO MEDIO, tem como percurso "JOÃO DOURADO PARA IRECÊ (IFBA) (IDA E VOLTA)", onde a DISTÂNCIA EM KM A PERCORRER é de 27km.



CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

Em consulta ao Google Maps, conforme imagem abaixo demonstrada, indentificamos que a distância média informada, trata-se de uma viagem somente de ida, onde, de acordo com o regramento do edital a empresa deverá cotar um trajeto de ida e volta. Neste caso a distância correta para este trajeto não deveria ser 54km ao invés de 27km para formulação e futura medição correta?



Neste caso, subentende-se que para fiel construção da proposta de preços, obrigatoriamente as empresas interessadas deverão realizar a visita técnica, tendo em vista a planilha apresentada não demonstrar clareza quando preconiza as distâncias a serem percorridas, bem como, para as empresas interessadas construírem suas propostas serem obrigadas a consumir energia desnecessária para realizar uma consulta aos mapas online conforme imagem supramencionada.

Comprova-se obscuridade nas informações transcritas na referida planilha, podendo ser interpretada como ato de mal planejamento do levantamento em epígrafe, ou, um possível imprevisto para levar empresas estabelecidas em logradouros distantes a prática do erro, declinando até mesmo o princípio do julgamento objetivo.

Neste prisma, com base na planilha quantitativa eivada de vícios, deverá a administração reavaliar os números indicados, corrigindo os quantitativos referente às distâncias a serem percorridas, tornando-as claras, no sentido de promover o princípio da competitividade, afastando a ilegalidade legitimada.

Não obstante, por se tratar de alterações que ferem a formulação da proposta de preços, deverá suspender o certame demarcado para o dia 23 de agosto de 2021, publicando a reconvocação após escoimar as falhas identificada de toda planilha, sob a luz do art. 21, §4º da Lei nº 8.666/93:



CC PNEUS & PEÇAS
CNPJ: 14.772.562/0001-68
(75) 98136-9482

§4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Dada a meridiana clareza com que se apresenta a ilegalidade de todos os fundamentos apontados e abusivos, pelo mero cotejo com a letra fria da lei, despiciendo é arrostar cometimentos doutrinários ou o posicionamento de nossos Pretórios.

V – DOS PEDIDOS

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

- Promover decisão a este pedido de impugnação, visto prazo ventilado no artigo 41 da lei 8.666/93;
- declarar-se nulo os itens atacados, visto disposto exarado pelo art. 41, § 1º da Lei 8.666/93 e demais dispositivos aprovacionados nesta peça;
- encaminhar para o setor jurídico competente, a presente demanda, para que seja analisado dentro dos ditames da legislação em vigor e seja emitido parecer, balizado no estado da matéria de direito;
- reportar decisão referente a esta impugnação junto a imprensa oficial;
- determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apontados, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93 e reabrindo o prazo inicial após retificações necessárias, caso julgue desnecessário a anulação do processo administrativo.

Nestes Termos,

Pede Deferimento com medida de Justiça!

Pé de Serra-BA, 19 de agosto de 2021

14.772.562/0001-68
CC TRANSPORTES E VIAGENS, COMÉRCIO
VAREJISTA E ATACADISTA DE PNEUS, PEÇAS
PARA AUTOS E MÁQUINAS E SERVIÇOS EIRELI
Praça Vitor Carneiro, 31 - Centro
CEP: 44655-000
PÉ DE SERRA - BA

Jamison Carneiro dos Santos

CC TRANSPORTES
CNPJ 14.772.562/0001-68
JAMISON CARNEIRO DOS SANTOS
CPF 073.567.005-65