

ILMO. SR. PREGOEIRO DESIGNADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DOS VALES DO JEQUITINHONHA E MUCURI

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 107/2013

(EDITAL RETIFICADO)

PROCESSO Nº 23086.003086/2013-58

SERCON INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE APARELHOS MÉDICOS E HOSPITALARES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob nº 59.233.783/0001-04, com sede na Rua Tenente Onofre Rodrigues de Aguiar, 1201 – S12, Q077 UN, Vila Industrial, Mogi das Cruzes/SP, CEP 08770-040, neste ato representada nos termos de seu contrato social, nos autos do procedimento licitatório, modalidade pregão eletrônico, em referência, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, com fundamento nas disposições do Ato de Convocação (Edital) e na Lei nº 8.666/93 e Lei n. 10.520/02, dentro do prazo legal, oferecer Pedido de Esclarecimento, cumulado com

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I – SÍNTESE DOS FATOS

Nos termos do que se observa do edital em referência, na modalidade pregão eletrônico, com critério de julgamento menor preço por item, tem como objeto:

1. DO OBJETO

1.1 – O objeto do presente Pregão Eletrônico PARA AQUISIÇÃO DE APARELHOS E EQUIPAMENTOS LABORATORIAIS PARA ATENDER A DEMANDA DA UFVJM, conforme quantidades, especificações e condições gerais do fornecimento contidas no Edital e seus Anexos.

Nesta esteira, interessada em participar do pregão em referência, a peticionária obteve cópia do Edital, mas notou que dentre as condições para a habilitação técnica dos interessados, determina que as empresas interessadas na participação, não podem estar cumprindo penalidades impostas pela **Administração Pública**.

Pedido de Esclarecimento:

Segundo o Edital, estão impedidas de participar do certame:

2. DA PARTICIPAÇÃO E CREDENCIAMENTO

[...]

2.4 – Não será admitida nesta licitação a participação de:

2.4.1. Empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspenso, ou que por esta tenha sido declarada inidônea;

Neste sentido, requer-se seja esclarecido o quanto segue:

Eventual suspensão aplicada por outro Estado da Federação, restrita sua aplicação aquele específico estado, será considerada como hipótese para impedimento da participação da ora Peticionante?

Nestes termos, aguardamos a decisão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, conforme parágrafo primeiro do art. 12 do Decreto nº 3.555/00.

Em caso de entendimento negativo, requer-se seja recebido o Presente Pedido de Esclarecimento como Impugnação, nos termos da Lei 8.666/93 e Lei 10.520/02, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

II. –DO DIREITO

II.1 - DA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 87 DA LEI 8.666/93

Admitindo-se que o Pedido de Esclarecimento, teve entendimento negativo, equiparando-se eventual suspensão em um estado da federação, com impedimento de contratar com todos os estados da União, abaixo, apresentaremos as razões, pela qual, tal entendimento, deve ser reformado.

Inicialmente, para fins de delimitação do contexto em que se baseia a presente Impugnação, transcreveremos abaixo a íntegra do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 que assevera os termos da matéria propagada:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

g.n.

Em análise dos incisos III e IV do mencionado artigo 87, da Lei nº 8.666/93, verifica-se CLARA distinção no que tange à abrangência dos dispositivos legais:

- a) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração;
- b) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Tem-se que “suspensão” impede a contratação com “Administração”, ou seja, aquela que motivou a aplicação da penalidade; e, “declaração de inidoneidade” impede a contratação com “Administração Pública”, ou seja, todos os entes da federação.

Nesta senda, importante colacionarmos os incisos XI e XII do artigo 6º do referido diploma legal:

Art. 6º Para os fins desta Lei, **considera-se:**

XI - **Administração Pública** - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - **Administração** - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

g.n.

Não restam, portanto, dúvidas quanto à evidente distinção entre Administração e Administração Pública, sendo, portanto, óbvio o alcance de cada uma das penalidades, ou seja, a suspensão impede a empresa penalizada de licitar ou contratar com o ente que a puniu, enquanto que a declaração de inidoneidade, a proíbe de licitar ou contratar com qualquer ente governamental.

Não fosse assim a norma não faria diferença entre as sanções.

Existe uma gradação que deve ser aplicada frente a gravidade do ato infracional praticado. Óbvio.

E, neste sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pela lavra do notável Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, assim asseverou:

Compreende-se a diversidade de alcance em sistema que institui penalidades em gradação, da mais leve (advertência) à mais severa (declaração de inidoneidade). Os efeitos da suspensão são restritos ao local que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; os efeitos da inidoneidade, a mais gravosa das penalidades administrativas previstas na Lei nº 8.666/93, são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar. (PEREIRA JÚNIOR, 2009. p. 861)

Nesta mesma linha, um dos maiores nomes do Estado de Santa Catarina, aborda o tema em tela com clareza e objetividade, o Prof. Dr. Joel de Menezes Niebuhr, defendendo que é evidente a diferença no alcance das duas punições:

Ora, como se percebe com extrema facilidade, o inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 prescreve expressamente que a penalidade de suspensão temporária incide sobre a Administração, isto é, somente sobre o órgão ou entidade contratante. Noutro lado, o inciso IV do mesmo artigo prescreve que a declaração de inidoneidade incide sobre a Administração Pública, isto é sobre todo o aparato administrativo do Estado.

[...]

Trocando-se em miúdos: quem é declarado inidôneo não pode participar de licitação nem ser contratado por qualquer órgão ou entidade integrante do aparato administrativo estatal, isto é por qualquer órgão ou entidade que exerça função administrativa. **Em sentido bem diferente, quem é suspenso temporariamente somente não pode participar de licitação e contratar com aquele órgão ou entidade que aplicou a penalidade.** (NIEBUHR, 2008 p. 610)

Parece claro que possibilitar o sancionado, na declaração de inidoneidade, participar de certames licitatórios em esferas de governo diversas, não atenderia à finalidade buscada no comando normativo, que é, justamente, evitar novos danos ao interesse público e à Administração, o que não ocorre com aquele que foi apenas suspenso, senão não deveria haver a gradação das penas.

A sanção mais do que o caráter repressivo e preventivo deve promover a intenção de reabilitação do sancionado. Nesse sentido, permitir que ele celebre contratos com outros entes/órgãos administrativos não só criaria o risco de novos prejuízos ao interesse público como diminuiria o seu interesse em procurar a sua recuperação.

Ou seja, não é possível ao Sr. Pregoeiro ignorar essa distinção. O mais correto é entender que, no caso da suspensão, o impedimento de licitar se dá apenas em relação ao órgão/ente que aplicou a sanção e não a todas as esferas da Administração Pública, como na declaração de inidoneidade.

Cumpra trazer à baila o posicionamento firme e concreto do Tribunal de Contas da União, corroborando com o exposto no presente *mandamus*:

9.3.2. Abstenha-se de restringir, em seus certames, a participação de empresas em desfavor das quais tenha sido aplicada, por outros órgãos ou entidades, a pena de suspensão temporária prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993.¹

A previsão contida em edital de concorrência no sentido de que o impedimento de participar de certame em razão de sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 limita-se às empresas apenadas pela entidade que realiza o certame autoriza a classificação de proposta de empresa apenada por outro ente da Administração Pública federal com sanção do citado comando normativo, em face da inexistência de entendimento definitivo diverso desta Corte sobre a matéria

Representação apresentada pela empresa RCM Engenharia e Projetos Ltda. apontou supostas irregularidades em concorrências conduzidas pela Universidade Federal do Acre – UFAC, que têm por objeto a construção de prédios no campus da UFAC (Concorrências 13, 14 e 15/2011). A autora da representação considerou ilícita sua desclassificação desses três certames em razão de, com suporte comando contido no art. 87, III, da Lei 8.666/1993, ter sido anteriormente suspensa do direito de licitar e contratar pelo Tribunal de Justiça do Acre TJAC. Em sua peça, observou que os editais das citadas concorrências continham cláusulas que foram assim lavradas: “2.2 Não poderão participar desta Concorrência: (...) 2.2.2 As empresas suspensas de contratar com a Universidade Federal do Acre; e 2.2.3 as empresas que foram declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos da punição”.

Ao instruir o feito, o auditor da unidade técnica advoga a extensão dos efeitos daquela sanção a outros órgãos da Administração. O diretor e o secretário entendem que deve prevalecer “a interpretação restritiva” contida nos editais da UFAC e que a pena aplicada pelo TJAC não deve afetar as licitações promovidas por aquela Universidade. O relator inicia sua análise com o registro de que a matéria sob exame ainda não se encontra pacificada neste Tribunal. Ressalta, no entanto, que tal matéria, “ao que parece”, estaria pacificada no âmbito do Judiciário, no sentido de que os efeitos da decisão de dado ente deveriam ser estendidos a toda Administração Pública, consoante revela deliberação proferida pelo STJ, nos autos do Resp 151567/RJ. Informa também, que “a doutrina tende à tese que admite a extensão dos efeitos da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993”, e transcreve trecho de ensinamentos de autor renomado, nesse sentido. Ao final, tendo em vista a referida ausência de entendimento uniforme sobre a matéria no âmbito desta Corte, conclui: “a preservação do que foi inicialmente publicado me parece a melhor solução, ante o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) julgar procedente a Representação; b) determinar à UFAC que: “adote as medidas necessárias para anular a decisão que desclassificou a proposta de preços da empresa RCM Engenharia e Projetos Ltda., no âmbito das Concorrências 13, 14 e 15/2011, aproveitando-se os atos até então praticados”. Precedente mencionado: Acórdão nº 2.218/2011 – Plenário.²

A sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou.

Representação formulada por empresa apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial nº 11/2011, promovido Prefeitura Municipal de Cambé/PR, que teve por objeto o fornecimento de medicamentos para serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e na Farmácia Municipal. Entre as questões avaliadas nesse processo, destaque-se a exclusão de empresas do certame, em razão de terem sido apenadas com a sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 por outros órgãos e entidades públicos. Passou-se, em seguimento de votação, a discutir o alcance que se deve conferir às sanções estipuladas nesse comando normativo (“suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”). O relator, Ministro Ubiratan Aguiar, anotara que a jurisprudência do Tribunal havia-se firmado no sentido de que a referida sanção restringia-se ao órgão ou entidade que aplica a punição.

¹ TCU – Acórdão 2.617/10.

A sanção prevista no inciso IV do mesmo artigo, relativa à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, produziria efeitos para os órgãos e entidades das três esferas de governo. O relator, a despeito disso, ancorado em precedente revelado por meio do Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, e na jurisprudência do dominante do STJ, encampou o entendimento de que a sanção do inciso III do art. 87 também deveria produzir efeitos para as três esferas de governo. O primeiro revisor, Min. José Jorge, sustentou a necessidade de se reconhecer a distinção entre as sanções dos incisos III e IV, em função da gravidade da infração cometida. Pugnou, ainda, pela modificação da jurisprudência do TCU, a fim de se considerar que “a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão/entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município”. O segundo revisor, Min. Raimundo Carreiro, por sua vez, ao investigar o significado das expressões “Administração” e “Administração Pública” contidos nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, respectivamente, assim se manifestou: “Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para ‘Administração Pública’ e para ‘Administração’ são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87”. Mencionou, também, doutrinadores que, como ele, privilegiam a interpretação restritiva a ser emprestada a esse comando normativo. Ressaltou, ainda, que as sanções dos incisos III e IV do art. 87 da multicitada lei “guardam um distinto grau de intensidade da sanção”, mas que “referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção ...”. Segundo ele, não se poderia, diante desse panorama normativo, admitir que o alcance de ambas sanções seria o mesmo. Chamou atenção para o fato de que “a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso”. E arrematou: “... para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-la à apreciação do titular da respectiva pasta de governo”. Acrescentou que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei de Licitações não poderia ter alcance maior que o da declaração de inidoneidade pelo TCU (art. 46 da Lei nº 8.443/1992). Por fim, invocou o disposto no inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações, que definiu “Administração” como sendo “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, para refutar a proposta do primeiro revisor, acima destacada.

² Acórdão n.º 902/2012-Plenário, TC 000.479/2012-8, rel. Min. José Jorge, 18.4.2012.

O Tribunal, então, ao aprovar, por maioria, a tese do segundo revisor, Min. Raimundo Carreiro, decidiu: “9.2. Determinar à Prefeitura Municipal de Cambé/PR que nas contratações efetuadas com recursos federais observe que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante”.³

A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

Representação formulada por empresa apontou suposta ilegalidade no edital do Pregão Eletrônico 13/2013, conduzido pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, com o objetivo de contratar empresa especializada em serviços de manutenção de instalações civis, hidrossanitárias e de gás e rede de distribuição do sistema de combate a incêndios. Constatou-se no edital disposição no sentido de que “2.2 – Não será permitida a participação de empresas: (...) c) suspensas temporariamente de participar em licitações e contratar com a Administração; d) declaradas inidôneas para licitar ou para contratar com a Administração Pública;”. O relator, por aparente restrição ao caráter competitivo do certame, suspendeu cautelarmente o andamento do certame e promoveu a oitiva do órgão, medidas essas que vieram a ser ratificadas pelo Tribunal. O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que “a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)”. E mais: “Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão “refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal” e que, portanto, “o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”. Por esse motivo, considerou pertinente a revogação da referida cautelar e o julgamento pela improcedência da representação. A despeito disso e com o intuito de “evitar questionamentos semelhantes no futuro”, considerou pertinente a expedição de recomendação ao órgão para nortear a elaboração de futuros editais. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida;

³ Acórdão nº 3243/2012-Plenário, TC-013.294/2011-3, redator Ministro Raimundo Carreiro, 28.11.2012.

b) “recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”.⁴

Pelo exposto, verifica-se que a legislação faz uma distinção essencial no que diz respeito a abrangência para a declaração de inidoneidade, sendo correto pensar que o contratado inidôneo assim o será perante qualquer órgão público do país, e, **aquele que for suspenso temporariamente será assim tratado perante os órgãos, entidades e unidades administrativas concernentes ao Poder Público que lhe aplicou a sanção.**

Conclui-se que os Administradores **têm o dever de atentar para referidos princípios, objetivando resguardar o interesse público em detrimento do interesse particular, ou seja, buscando sempre a proposta mais vantajosa.**

No caso do edital, em questão, NOVAMENTE, apenas em homenagem ao Princípio da Eventualidade, admitindo-se, que determinada interessada poderia ser excluída em participar, por estar suspensa junto a determinada Administração que não a ora promotora do certame, estaríamos diante de flagrante ofensa à Lei e aos Princípios Constitucionais que regem a licitação, devendo, pois ser imediatamente, combatido e reformado.

Portanto, forçoso concluir que a premissa do regime jurídico é que todo o julgador deve agir razoavelmente e não arbitrariamente, aplicando de forma ordeira, o que a legislação constitucional e infraconstitucional determina para a matéria, e, no caso em comento, não há qualquer óbice para a exclusão da Impugnante no presente certame.

II.2 – DA NÃO OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DA ISONOMIA

⁴ Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.

Não obstante o acima exposto, o objetivo primordial da licitação é a escolha da proposta mais vantajosa à Administração.

Com este intuito, as licitações devem propiciar a participação do maior número possível de proponentes, com vistas a que o Poder Público possa efetivamente selecionar a proposta mais conveniente ao interesse comum, dentre o maior número possível de ofertas.

Nesse sentido, deve a licitação desenvolver-se com base no princípio da competitividade, sendo vedadas quaisquer condições que de alguma forma infrinjam esse preceito.

O artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, expressamente veda aos agentes públicos:

“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.” (g.n.)

Ora, a exigência prevista no aludido item, compromete o caráter competitivo do certame.

A doutrina brasileira é pacífica ao afirmar que, com base na lei de licitações, é expressamente proibido estabelecer qualquer condição estranha ao objeto do contrato que limite a competição do procedimento licitatório, vedando-se a inclusão de ***“cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão de circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”***⁵.

No caso em pauta, deve prevalecer o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, com base no caráter competitivo do certame:

“Competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes”. (g.n.)

⁵ Carlos Ari Sundfeld, in Licitação e Contrato Administrativo, 2ª edição, 1994, Ed. Malheiros.

Pode-se, inclusive, vislumbrar a existência de favoritismo administrativo, visto que o Edital expressamente privilegiou restrito rol de empresas.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o desatendimento ao princípio da igualdade tem sido combatido pelo Judiciário que "tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, **sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público**"⁶.

Cabe ressaltar que a observância do princípio constitucional da isonomia e o propósito de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública são os princípios basilares do procedimento licitatório, conforme disposto no *caput* do artigo 3º da Lei Federal de Licitações:

Artigo 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. (g.n.)

Sobre a *igualdade dos administrados em face da Administração*, já disse Celso Antônio Bandeira de Mello que esse princípio "*firma a tese de que esta [a Administração] não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade. (...) A exigência de licitação para a realização de negócios com os particulares não traduz apenas o desejo estatal de obter o melhor produto ou serviço com menores ônus. Implica, também, a obrigação de oferecer aos particulares, que se dispõem a fornecer o bem ou o serviço, a oportunidade de disputar em igualdade de condições. Assim, o instituto da licitação não tem em mira, apenas, os cômodos do Estado, mas também, encarece interesses dos particulares em face dele. Não basta, portanto, que a Administração possa demonstrar que realizou operação, em tese, vantajosa para o Estado. Importa que demonstre, ainda, ter oferecido oportunidades iguais a todos os particulares.*

⁶ Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª edição, 1993, Ed. Malheiros.

Só assim se evidenciarão o tratamento isonômico a que fazem jus e a ausência de favoritismo na utilização de poderes ou na dispensa de benefícios dos quais a Administração é depositária e curadora, em nome de terceiro, por se tratar de interesses públicos.⁷

Nesse sentido, vejamos o que o Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Delgado, enquanto relator do Recurso Especial nº 104.993 – AM, consignou na ementa do v. acórdão da 1ª Turma do C. Tribunal que manteve a anulação de procedimento licitatório:

*“Os Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, transparência e **igualdade**, entre outros, devem gerir o procedimento licitatório.” (g.n.)*

Como se não bastasse o já acima exposto, a previsão de item restritivo no edital, ao restringir o caráter competitivo do certame e ferir flagrantemente o princípio da isonomia entre os licitantes, viola o disposto na Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Art. 37 (...)

*XXI - ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Assim, é lição escorreita no Direito Administrativo que o “**princípio da igualdade**” constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

⁷ Op. Cit., pp.43/46.

Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferências em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais”⁸.

Ora, as exigências do Edital impugnado e que foram objeto das considerações acima, representam pura e simplesmente a limitação da competitividade uma vez que, infringindo o princípio da isonomia, prevê condições restritivas que não encontram respaldo em nosso ordenamento jurídico.

Resta cristalino, pois, a intenção da legislação em negar a admissão de cláusulas ou condições no edital que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação e o princípio da isonomia.

Também fica demonstrada a violação ao princípio da legalidade, com base no qual a Administração só pode exercer suas atividades na mais estrita consonância com os termos legais. Assim, de acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo, o "*princípio da legalidade é a completa submissão da Administração às leis*"⁹.

O **princípio da legalidade** para a Administração Pública se traduz na estreita relação que limita a atuação do agente público aos termos da lei.

No dizer da doutrina:

“a) Legalidade

É agora uma prescrição jurídica expressa no capítulo da licitação, que limita a possibilidade de arbítrio do poder discricionário da Administração Pública, sendo que a finalidade do ato, dentro da razoabilidade, deve conformar-se com os ditames legais” (Antônio Roque Citadini, Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, 3ª edição, Ed. Max Limonad, pg. 39 – destacamos).

⁸ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, in Direito Administrativo, 10ª edição, 1999, Ed. Atlas.

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, 2000, Ed. Malheiros.

“É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, Ed. Malheiros, pg. 58 - grifamos).

“A legalidade, como princípio de administração (Constituição Federal, art. 37, 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.

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” (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, Ed. Malheiros, pg. 82 – grifos nossos).

Conclui-se, portanto, que a Administração Pública deve agir em conformidade com o que dispõe a legislação vigente.

Não é o que se denota, todavia, na licitação em comento, posto que há delimitação na participação de outras empresas.

IV. – CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS

Diante do exposto, EM CASO DE ENTENDIMENTO NEGATIVO ACERCA DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO FORMULADO EM CONJUNTO, a Impugnante requer o acolhimento desta Impugnação por esta r. Comissão, em especial para promover a correção do Edital, para restar claro que **pena de suspensão se aplica APENAS e EXCLUSIVAMENTE para sanções promovidas pelo ente que a aplicou, nos termos do artigo 87 da Lei nº 8.666/93**, alterando-se, pois, o edital, nos seguintes termos:

2. DA PARTICIPAÇÃO E CREDENCIAMENTO

[...]

2.4 – Não será admitida nesta licitação a participação de:

2.4.1. Empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com essa Administração suspenso, ou que por esta tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar com a Administração Pública, respectivamente, nos termos dos incisos III e IV, do artigo 87, da Lei Federal nº 8.666/93;

Requer-se, outrossim, a prorrogação da data da licitação para fins de publicação desta alteração.

Saliente-se que a inobservância da matéria abordada nesta Impugnação, com a continuidade do certame sem a adoção das medidas acima elencadas, ou mesmo, aplicando-se atos lesivos a direitos de interessados, sujeitará a adoção das medidas judiciais cabíveis, nos termos da legislação pátria vigente, bem como representação junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

Por fim, requer-se que, após a apreciação da presente impugnação, a decisão seja remetida via fax, para (11) 2149-1701 ou por e-mail: licitacao@sercon.ind.br

Termos em que,
Pede deferimento.

Mogi das Cruzes, 17 de setembro de 2014.

SERCON INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE APARELHOS MÉDICOS LTDA

C.N.º.P.J./ M.F.Nº 59.233.783/0001-04

LUCIANO APARECIDO SIQUEIRA

GERENTE DE VENDAS

RG nº 33471982- SSP /SP

CPF/MF nº 295.647.498-75