

**ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE VIANA – ES.**

**VIAFOR VEÍCULOS LTDA**, empresa comercial inscrita no CNPJ sob o nº 31.791.890/0001-20, com sede na Av. Silvio Avidos, 2448, Vila Amelia, CEP 29706-298, Colatina-ES, por seu representante legal infra assinado, vem a presença desse r. Pregoeiro, interpor **Recurso Administrativo** em face da decisão que determinou sua desclassificação do Pregão Eletrônico nº Pregão Eletrônico nº 037/2022 – Processo Administrativo nº 1882/2022. pelos motivos de fato e de direito abaixo expostos.

Isto posto, requer o processamento do presente recurso, com sua remessa à autoridade superior, para que proceda ao seu julgamento.

Nestes termos.

Pede Deferimento.

Viana-ES, 26 de maio de 2022.

**VIAFOR VEÍCULOS LTDA.**

**CNPJ n.º 31.791.890/0001-20**

## **RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO EM PREGÃO ELETRÔNICO**

**Ref. Pregão Eletrônico nº 037/2022 - Processo Administrativo nº 1882/2022.**

**Recorrente: VIAFOR VEÍCULOS LTDA - CNPJ n.º 31.791.890/0001-20.**

**ILUSTRÍSSIMO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO.**

Apesar de reconhecer a competência, honestidade e conhecimento do Ilmo. Pregoeiro, o recorrente apresenta as razões pelas quais, no caso, sua decisão foi equivocada, merecendo os devidos reparos.

### **I - PREMILIMINARMENTE:**

Cumpra esclarecer, inicialmente, que o recorrente manifestou sua intenção de recorrer ao final da sessão de classificação e habilitação, conforme se depreende da respectiva ata, cumprindo o que prevê o art. 4º, inc. XVIII da Lei nº 10.520/2002.

### **II - DOS FATOS:**

**A recorrente, tendo interesse em participar do certame em questão, verificou que no referido Edital contém restrições despropositadas no tocante as especificações técnicas tais como: motor bi-turbo; 2.2 litros; potência de 163 cv; alternador 14V e 250 A, bateria 12V 92Ah, espelhos retrovisores elétricos com aquecimento, exclusivo programa eletrônico de estabilidade (ESP adaptativo 91R) assistente ativo de frenagem (ABA-ACTIVE BRAKE ASSIST) entre eixos de 4325 MM, comprimento total 7367MM, altura total de 2857MM, altura interior 1840MM, KEYLESS START.**

**Todos os itens especificados acima ficam restrito há um único produto e Marca, impedindo a livre concorrência no pregão em vigência.**

**Com todo respeito, não se pode admitir que a presente disputa se mantenha adstrita aos termos impostos pelo Edital, quando se sabe que tais exigências não estão de encontro às normas e princípios regulamentadores das licitações. Em contato com a pregoeira ela informou que o objeto da licitação foi extraído do edital do Estado do Espírito Santo, sendo assim não poderia alterar nenhuma especificação pois ficaria em desacordo.**

**É sabido que nenhum edital pode ficar restrito há um único produto, e que nesse caso, os órgãos envolvidos deverão ser contactados para os devidos ajustes e republicações posteriores.**

**Da Exigência Exacerbada e Extremamente Específica na Qualificação Técnica**  
**O instrumento convocatório trouxe, dentre as exigências atinentes à Capacidade Técnico-Operacional.**

**Desta forma, para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação. Isso decorre da vedação expressa contida na Constituição Federal, mas também presente nos princípios do processo licitatório constante da Lei de Licitações, que preceituam que o Administrador deve se abster de inserir no instrumento convocatório quaisquer cláusulas que comprometam ou restrinjam a competitividade do certame. Nesse sentido, importante verificar a redação do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:**

**Art. 3º[...] § 1o É vedado aos agentes públicos:**

**I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; Em comentário ao dispositivo, Jessé Torres Pereira Junior elucida:**

**A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é da sua essência, é a razão de existir do instituto. Deveria figurar entre os princípios referidos no caput do art. 3º, embora se possa presumir sua presença entre os correlatos, tanto que será inexigível a licitação "quando houver inviabilidade de competição" (art. 25). Neste mesmo norte assinala Toshio Mukai3: [...] tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição.**

**Fica claro, portanto, que o edital não pode trazer formalidades exacerbadas e exigências desnecessárias, que prejudiquem o caráter competitivo do certame, bem como a isonomia do procedimento licitatório, vindo a acarretar numa escolha que não necessariamente será a mais vantajosa à**

**Administração. Logo, tais exigências não trazem benefício técnico algum ao certame, ao contrário, apenas impossibilitam a competitividade, ferindo em absoluto o princípio constitucional e administrativo da isonomia.**

**Acerca da isonomia entre os participantes, verifica-se o posicionamento do mestre Marçal Justen Filho , nos termos a seguir:**

**A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo. A competência da Administração, na fixação dos requisitos necessários à comprovação da qualificação técnica dos participantes, não pode ser utilizada para frustrar o mandamento constitucional de garantir o mais amplo acesso dos participantes ao procedimento licitatório, nem mesmo pode ser utilizada para ferir o princípio da isonomia e o da competitividade entre os licitantes. A propósito, colhe-se da brilhante lição de Marçal:**

**O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o artigo 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo.**

**Dentre as diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. (grifou-se) (Ob. Cit. p. 42) Observa-se ainda do entendimento jurisprudencial do egrégio STJ: É certo que não pode a licitação, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.” (STJ Resp. nº 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 12.05.03) A exigência editalícia que restringe a participação de concorrente, constitui critério discriminatório desprovido de interesse público, desfigurando a discricionariedade, por consubstanciar 'agir' abusivo, afetando o princípio da igualdade. (STJ, Resp nº 43856/RS, rel Min. Milton Luiz Pereira, DJ 04.09.95) (grifou-se) A própria Constituição Federal/88 preceitua com severo rigor a admissibilidade das exigências mínimas possíveis. É imperioso salientar também que a Constituição autoriza somente exigências que configurem um mínimo de segurança, não se admitindo requisitos que vão além disso.**

**Vejamos:**

**Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que JUSTEN FILHO, Marçal Comentários à Lei de Licitações e Contratos**

**Administrativos, 5. ed. São Paulo: Dialética 1998, 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. (grifou-se) Destarte, a indevida exigência corrobora em nulidade, posto que se faz admissível a exigibilidade de comprovação de uma higidez financeira exagerada, e que não serve para garantir a segurança na prestação do serviço, ao contrário, impede a entrada e participação de um universo enorme de empresas cuja qualificação técnica para prestar o serviço é indiscutível. Conclui-se, portanto, que é injustificada a ausência de previsão de Atestados de Linhas de Transmissão, porquanto similares, de modo que não pode a Administração Pública frustrar a exigência legal de amplitude da qualificação.**

**Ante o exposto, a mesma apresentou impugnação perante o Pregoeiro, com as razões aqui expostas e em sua reposta assim disse em síntese:**

***( Que o o objeto da licitação for a extraído do edital do Estado do espírito Santo para captação e recursos financeiros do Fundo Estadual de Apoio a Ampliação e Melhorias das Condições e Ofertas da Educação Infantil e do Ensino Fundamental )***

Diante de tal fato apresentou nova impugnação e desta feita também arguiu que de acordo com a especificidade exarcebada e sem a demonstração de que os outros veículos participantes não cumprem o objeto desse certame.

E novamente a reposta foi a seguinte:

***( Sendo assim, cabe destacar que a impugnante manteve as mesmas razões já expostas na impugnação anterior, a qual já foi devidamente analisada e***

***respondida pela Gerência de Planejamento e Transporte conforme segue às fls. 410/411 )***

Tal fato, data vênia, caracteriza flagrante cerceio de defesa, pois de forma inarredável essa administração não enfrentou nas impugnações as nossas razões, se limitando a fazer remissão a um edital do Estado do Espírito Santo, quando na verdade o que se impugna é o presente edital, as irregularidades são desse edital e a elas devem ser direcionadas as repostas de nossas impugnações, o que, definitivamente não ocorreu.

### **III - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS:**

Da Exigência Exacerbada e Extremamente Específica na Qualificação Técnica, pois o instrumento convocatório trouxe, dentre as exigências atinentes uma especificidade que contempla um único modelo de veículo em todo o território nacional.

Desta forma, para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação. Isso decorre da vedação expressa contida na Constituição Federal, mas também presente nos princípios do processo licitatório constante da Lei de Licitações, que preceituam que o Administrador deve se abster de inserir no instrumento convocatório quaisquer cláusulas que comprometam ou restrinjam a competitividade do certame. Nesse sentido, importante verificar a redação do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

**Art. 3º[...] § 1o É vedado aos agentes públicos:**

**I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; Em comentário ao dispositivo, Jessé Torres Pereira Junior elucida:**

**A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é da sua essência, é a razão de**

existir do instituto. Deveria figurar entre os princípios referidos no caput do art. 3º, embora se possa presumir sua presença entre os correlatos, tanto que será inexigível a licitação "quando houver inviabilidade de competição" (art. 25). Neste mesmo norte assinala Toshio Mukai<sup>3</sup>: [...] tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório,

por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição.

F

ica claro, portanto, que o edital não pode trazer formalidades exacerbadas e exigências desnecessárias, que prejudiquem o caráter competitivo do certame, bem como a isonomia do procedimento licitatório, vindo a acarretar numa escolha que não necessariamente será a mais vantajosa à Administração. Logo, tais exigências não trazem benefício técnico algum ao certame, ao contrário, apenas impossibilitam a competitividade, ferindo em absoluto o princípio constitucional e administrativo da isonomia.

Acerca da isonomia entre os participantes, verifica-se o posicionamento do mestre Marçal Justen Filho , nos termos a seguir:

A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo. A competência da Administração, na fixação dos requisitos necessários à comprovação da qualificação técnica dos participantes, não pode ser utilizada para frustrar o mandamento constitucional de garantir o mais amplo acesso dos participantes ao procedimento licitatório, nem mesmo pode ser utilizada para ferir o princípio da isonomia e o da competitividade entre os licitantes. A propósito, colhe-se da brilhante lição de Marçal:

O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o artigo 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo.

Dentre as diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. (grifou-se) (Ob. Cit. p. 42) Observa-se ainda do entendimento jurisprudencial do egrégio STJ: É certo que não pode a licitação, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.” (STJ Resp. nº 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 12.05.03) A exigência editalícia que restringe a participação de concorrente, constitui critério discriminatório desprovido de interesse público, desfigurando a discricionariedade, por consubstanciar 'agir' abusivo, afetando o princípio da igualdade. (STJ, Resp nº 43856/RS, rel Min. Milton Luiz Pereira, DJ 04.09.95) (grifou-se) A própria Constituição Federal/88 preceitua com severo rigor a admissibilidade das exigências mínimas possíveis. É imperioso salientar também que a Constituição autoriza somente exigências que configurem um mínimo de segurança, não se admitindo requisitos que vão além disso.

**Vejamos:**

**Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que JUSTEN FILHO, Marçal Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5. ed. São Paulo: Dialética 1998, 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. (grifou-se) Destarte, a indevida exigência corrobora em nulidade, posto que se faz admissível a exigibilidade de comprovação de uma higidez financeira exagerada, e que não serve para garantir a segurança na prestação do serviço, ao contrário, impede a entrada e participação de um universo enorme de empresas cuja qualificação técnica para prestar o serviço é indiscutível. Conclui-se, portanto, que é injustificada a ausência de previsão de Atestados de Linhas de Transmissão, porquanto similares, de modo que não pode a Administração Pública frustrar a exigência legal de amplitude da qualificação. Ante o exposto, deve ser acatada a presente impugnação ao Edital, nos termos acima expostos, promovendo-se, por via de consequência, a republicação do instrumento convocatório devidamente regularizado.**

Demonstrada a insubsistência da desclassificação do impetrante, bem como indícios que apontam para irregularidades na condução do certame, necessária se faz a renovação de todos os atos do pregão, a partir da apresentação das propostas escritas pelos licitantes.

**DOS PEDIDOS:**

Postos todos os fundamentos acima, pleiteia-se, respeitosamente, à V. Sra. que seja, por fim, julgado procedente este recurso, **REFORMANDO-SE A DECISÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO**, para:

a) Determinar a anulação de todos os atos do Pregão Eletrônico nº, nº 037/2022 – Processo Administrativo nº 1882/2022. a partir da fase de apresentação das propostas escritas, com o seu conseqüente refazimento;

b) Que seja a recorrente considerada a vencedora do presente certame, como o foi e que seja revogada a sua posterior desclassificação pela exigência específica do produto, que diminuiu a participação de concorrentes restringindo o certame a um só produto, com flagrante prejuízo ao poder público, visto que a sua proposta vencedora é a de melhor preço.

c) E caso não acate os itens acima que proceda **A REVISÃO e ADEQUAÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES** e a republicação de novo instrumento convocatório em substituição a esse, por ser um ato de inteira **JUSTIÇA**.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Viana-ES, 26 de maio de 2022.

**VIAFOR VEÍCULOS LTDA.**

**CNPJ n.º 31.791.890/0001-20**