



PARECER JURÍDICO nº 237/2017

Memorando nº 93/2017

Edital de Concorrência nº 001/2017

Pedido de Impugnação

Departamento de Compras, Licitações e Contratos

**IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA DE
EDITAL – REGISTRO DE PREÇOS –
SERVIÇOS RELACIONADOS À
PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA –
IMPUGNAÇÃO – PODER
DISCRICIONÁRIO**

Trata o presente caso de Impugnação frente às alterações ocorridas no Edital de Concorrência nº 001/2017.

A empresa impugnante – OHTec Materiais e Serviços Ltda – alega, em suma, que o certame subverte a finalidade legal ao exigir laudo do INMETRO que contenha os requisitos descritos no Item 10 do edital, bem como perde sensivelmente a sua competitividade ao exigir comprovação de Patrimônio Líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

Alega, outrossim, que as alterações levam a crer ser decorrentes de algum acordo com empresa interessada na participação do certame, servindo para um possível direcionamento.

Segundo o previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, todo o contrato administrativo deve ser precedido, como regra, de uma licitação.

A licitação é, pois, o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional



sustentável, no qual serão assegurados a ampla participação e o tratamento isonômico.

O tratamento isonômico almejado pela Lei de Licitações é um de seus princípios norteadores, previstos no seu art. 3º. No relacionamento com os particulares, a Administração Pública será subordinada constitucionalmente à observância de isonomia.

A sua relevância está prevista em diversos dispositivos constitucionais, tais como, o art. 5º, *caput* e o art. 19, III. Mas o art. 37, XXI, expressamente determina que as contratações públicas serão promovidas de modo a assegurar a igualdade de condições de todos os concorrentes.

O levantado pela Impugnante não pode e não merece prosperar. Sua alegação ainda, é de se frisar, perpassa por uma linha tênue que a separa entre uma simples argumentação e a possibilidade de configurar crime contra a honra, quando imputa fato criminoso a outrem.

Vejamos.

O Direito proíbe a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes a Administração – é o que ensina Marçal Justen Filho.

A isonomia significa tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se na medida em que exista necessidade de diferenciação.

A alteração promovida, por intermédio de Errata, veio ao encontro do determinado pela Lei de Licitações, em momento algum objetivou diferenciar participantes ou limitar o número de interessados.



Patente a clareza disso na justificativa apresentada pelo Secretário de Infraestrutura do Município (Memorando nº 55/2017), o qual dispõe: “visando garantir a qualidade do produto que se pretende adquirir, requer seja incluído no Edital a exigência de apresentação de Laudo Técnico pelas Licitantes”.

Tal exigência deu-se com base na oportunidade e conveniência presente nas Licitações Públicas.

Esclarece Diogenes Gasparini que:

Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo. O ato administrativo discricionário, portanto, além de conveniente, deve ser oportuno. A oportunidade diz respeito com o momento da prática do ato. O ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde? Já ou depois? A conveniência refere-se à utilidade do ato. O ato é bom ou ruim, interessa ou não, satisfaz ou não o interesse público?” (cf. Direito Administrativo, 14ª ed., Saraiva, 2009, p. 97).

Destaca-se que este juízo de oportunidade e conveniência é a sempre dirigido à consecução de um fim de interesse público, não se relacionando jamais, sob pena de ilegalidade, ao atendimento de interesses pessoais do administrador.

Fica clarividente a observância do interesse público no trecho da justificativa retrotranscrito, não havendo ilegalidade nesta.

De igual modo, o art. 40, I, da Lei de Licitações, apresenta como requisito necessário para o lançamento de edital um objeto de licitação, em descrição sucinta e clara.



A Administração Pública ao observar a possibilidade de melhor descrever, de forma clara, o objeto, visando assegurar a melhor qualidade do produto, assim o fez.

Segundo Marçal Justen Filho: "(..) Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente a descrição deve ser clara."

Não se pode olvidar, também, o que dispõe a súmula nº 177, do Tribunal de Contas da União:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Por derradeiro, no que tange ao pedido de exclusão da exigência de Laudo do INMETRO, é se notar que a exigência já estava contida no edital vestibular, não havendo decorrida da alteração proposta, como se pode observar das exigências contidas no Termo de Referência, item 3.4, e seus subitens.

Passado este ponto, analisamos, a partir deste momento, o outro requerimento apresentado na impugnação, qual seja: "retirada da exigência de limite de 10% do Patrimônio Líquido do valor estimado da contratação do lote 03, item 10".

Em mais esta oportunidade defrontamo-nos com o Poder Discricionário inerente aos atos administrativos exarados no procedimento licitatório.



O próprio impugnante diz que “Apesar de previsto na Lei 8.666/93, em seu artigo 31, parágrafo 2º que (...) esta exigência é **facultativa ao Município**” – grifo nosso. Sendo ela facultativa pode a municipalidade decidir por incluí-la.

Apesar do argumento que o edital 06/2015 não ter previsto tal exigência, é preciso recordar que houve alteração da gestão municipal em 01 de janeiro de 2017, ao passo de que os novos administradores entenderam por exigir a garantia prevista em lei.

Na lei de regência das licitações públicas há previsão expressa sobre a possibilidade, inclusive transcrita pelo próprio impugnante.

A doutrina de Marçal Justen Filho ensina sobre o tema que :

A exigência de patrimônio líquido poderá ser imposta em casos de compra para entrega futura, de obras ou serviços. Nesses casos, a prestação imposta ao particular não se encontrará elaborada no momento da assinatura do contrato. Portanto, o particular deverá investir recursos para produzir a prestação. O patrimônio líquido será uma evidência de que ele dispõe dos recursos para tanto

A jurisprudência do STJ é a seguinte: “Não se identifica nenhuma ilegalidade no fato de que, em razão da grande expressão econômica e de responsabilidade técnica, exija-se das empresas a comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido em 10% do valor da contratação” (MS 8.240/DF, Rel. Min. Eliana Calmon).

O Tribunal de Contas da União já se manifestou no mesmo sentido:

À Administração é facultada a exigência de patrimônio líquido mínimo nos certames que se destinem à compras para entrega futura e à execução de obras e serviços, conforme se extrai do disposto no art. 31 e parágrafos da Lei nº 8.666/1993.



Observe-se que essa faculdade conferida à Administração possui o limite máximo de 10% do valor estimado para a contratação. Nesse sentido, não há falar em exigências superiores a esse percentual, sob pena de ser violado esse dispositivo.

Não é demais registrar que o patrimônio líquido mínimo de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) exigido dos participante do certame é inferior a 5% do valor estimado para as despesas anuais no objeto licitado (R\$ 3.620.900,00), ou seja, dentro dos limites previstos no Estatuto das Licitações. (Acórdão 702/2007, TCU)

Deste modo, não pode prosperar o requerimento da Impugnante quanto à retirada da garantida solicitada.

A Impugnante apresenta, ainda, pedido de indicação de quantidade real a ser comprada.

Todavia, como se nota do preâmbulo do edital de concorrência em epígrafe, a Administração Pública elegeu o Sistema de Registro de Preço (SRF), sendo este um contrato normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços.

O sistema de registro de preços está previsto no inciso II do art. 15 da Lei 8.666/93, o qual dispõe que "As compras, sempre que possível, deverão ser processadas através de sistema de registro de preços".

O Decreto 3.931, de 19 de setembro de 2001 define Sistema de Registro de Preços como o "conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras."

O SRF busca assegurar o pronto atendimento à demanda estimada pela Administração, beneficiando as aquisições em escala, **sem a necessária previsão de recursos orçamentários para assinatura da Ata de Registro de Preços, que deverão existir apenas no momento da contratação.**



uma vez que a assinatura da Ata de Registro de Preços não obriga a aquisição do produto ou serviço, permitindo que a Administração compre na medida de suas necessidades.

Em outras palavras, o SRF tem como propósito assegurar um preço firmado para contratações futuras respeitando o limite estimado no edital de convocatório.

Não há necessidade, ou exigência legal de necessidade, de se transcrever a quantidade "real" a ser adquirida, pois não há como identifica-la. Se a Administração Municipal soubesse de antemão a quantidade exata de produtos não precisaria utilizar deste sistema.

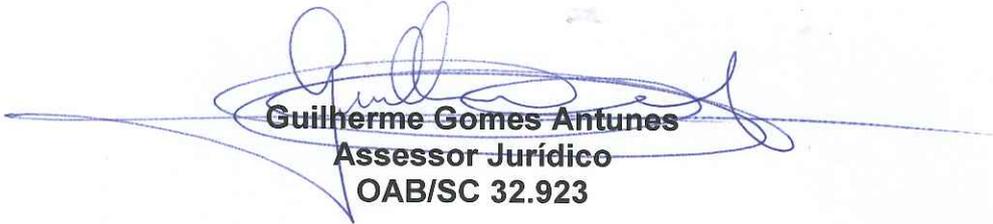
Descabida, então, a impugnação quanto a este ponto, também.

Sendo assim, opina-se pelo **indeferimento** do pedido de impugnação.

É o parecer.

Ao Depto. Compras, Licitações e Contratos.

Tubarão/SC, 11 de abril de 2017.



Guilherme Gomes Antunes
Assessor Jurídico
OAB/SC 32.923