

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO DEPARTAMENTO DE COMPRAS, LICITAÇÕES, CONTRATOS, CONVÊNIOS E PRESTAÇÃO DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE NOVA HARTZ, RS.

Pregão eletrônico nº. 03/2024

Registro de preços nº. 02/2024

Processo licitatório nº. 390/2024

ABASTECEDORA KITOKI COMBUSTÍVEIS LTDA. (“Kitoki”), sociedade empresária limitada, inscrita no CNPJ sob o nº. 97.276.067/0001-95, estabelecida na Rua Guilherme Albino Müller, nº. 485, CEP 93.890-000, Centro do Município de Nova Hartz, RS, vem, perante Vossa Senhoria, por intermédio de seus procuradores firmatários (anexo 1), apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao edital de licitação em epígrafe, com fulcro no artigo 164 da Lei nº. 14.133/21 e no item 21 do edital, pelas razões a seguir expostas.

1. DO CABIMENTO

O Município de Nova Hartz tornou público aos interessados que, no dia 21 de fevereiro de 2024, às 14h, seria realizada sessão virtual do pregão eletrônico no site www.pregaobanrisul.com.br, para fins de registro de preços, do tipo menor preço por item, objetivando o fornecimento parcelado de óleos e óleos lubrificantes, filtros de óleo, filtros de ar, filtros de combustíveis, óleo hidráulico, fluído de freio, graxa, aditivo para radiador , incluída a troca para frota do Município.

No entanto, o edital falhou ao deixar de observar as peculiaridades do Município de Nova Hartz, que possui uma população relativamente pequena, de 20.088 habitantes, e uma das menores áreas territoriais do Brasil, de 62,319 km²,

que o coloca na posição 477 de 497 entre os municípios do estado e 5437 de 5570 entre todos os municípios brasileiros, conforme dados do IBGE¹.

A referida falha fez com que, ao mesmo tempo em que está sendo demandado aos licitantes possuírem um estabelecimento para realização dos serviços de troca localizado dentro do raio de 4km da sede da administração municipal, está sendo vedada a participação de uma das poucas – e talvez a única – empresa qualificada e interessada no fornecimento, a ora impugnante, tendo em vista que esta possui em seu quadro social parente em linha colateral de terceiro grau do prefeito municipal.

Assim, será demonstrado a seguir que o edital, como está, viola o princípio de competitividade e falha em atender três objetivos principais do processo licitatório, devendo ser alterado para que se assegure a legalidade e a justiça do certame.

2. DO MÉRITO

2.1. DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

A Constituição brasileira obriga a administração pública a licitar. Em regra, para tudo o que se queira comprar – produtos ou serviços – a administração é obrigada a organizar um processo licitatório, que basicamente consiste em uma competição entre empresas interessadas em determinado fornecimento².

Por muitos anos, a Lei nº. 8.666/93 regulamentou as licitações no Brasil. No entanto, a referida legislação foi revogada no ano passado, após um período de transição de 2 anos previsto no atual regulamento, a Lei nº. 14.133/21. Em ambos os diplomas legais, o princípio da competitividade sempre esteve presente de forma muito clara.

Na Lei nº. 8.666/96, haviam vedações expressas a qualquer disposição que comprometesse, restringisse ou frustrasse o caráter competitivo do processo

¹ Conforme dados disponíveis em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/nova-hartz/panorama>. Acesso em 13/02/2024.

² 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 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

licitatório (artigo 3º), bem como havia previsão de sanção penal para quando a competitividade fosse dolosamente frustrada (artigo 90).

Na atual legislação, não foi menor a importância que o legislador deu a este princípio norteador do processo licitatório, que, inclusive, constou expressamente no rol de princípios que devem ser observados na aplicação da Lei nº. 14.133/21:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, **da competitividade**, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Ademais, há vedação expressa e ampla a qualquer situação que possa comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do processo licitatório, conforme é possível observar do artigo 9º, inciso I, alínea “a”:

Art. 9º **É vedado** ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar**, nos atos que praticar, situações que:

a) **comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório**, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

Conforme se observa, é inegável a ampla importância atribuída pela legislação ao princípio da competitividade, ao ponto de se estabelecer inequívoca vedação a qualquer possibilidade de seu comprometimento, garantindo-se a sua constante observância pela administração pública.

Este princípio, que tanto se buscou preservar na legislação vigente, objetiva promover que a administração estipule condições que fomentem a participação de um maior número de licitantes, promovendo-se, por conseguinte, uma ampla disputa. Através da preservação da competitividade, garante-se uma seleção mais eficiente e economicamente vantajosa ao ente público.

A doutrina refere-se ao princípio da competitividade da seguinte forma:

[...] a competitividade é essencial para que sejam ofertadas várias propostas e que, assim, **a administração pública possa escolher aquela que, no seu entendimento, melhor satisfaz o interesse público**, seja pelo preço, seja pela qualidade, seja pelo tempo de atendimento etc. O uso da contratação direta —

que elimina a competitividade efetiva — deve ser evitada e somente utilizada em casos extremos, permitidos pela lei.³

O procedimento licitatório, como o concurso, é uma competição. Vencerá o melhor, em disputa lícita. Seu traço característico é o certame, a luta, a corrida, a competitividade. **O objetivo da competição é oferecer ao Estado a melhor proposta, nas obras, nos serviços, nos fornecimentos, nas compras.**⁴

No entanto, apesar da ampla importância que lhe é dada pela Lei nº. 14.133/21, o edital ora impugnado ainda assim incorreu em flagrante violação ao princípio da competitividade. Conforme adiantado, deixou-se de observar a diminuta área do Município e foram incluídas no edital vedações que claramente fulminam qualquer possibilidade de se estabelecer alguma competição.

Isso porque, além do fornecimento dos produtos que são objeto da licitação, demanda-se que o licitante se obrigue aos seguintes termos:

[...]

d) Fica obrigado o vencedor dos itens de óleos, a realizar o serviço de troca dos óleos e filtros correspondentes de cada veículo ou máquina da frota, quando solicitado;

[...]

j) As trocas de óleo e filtros serão executadas na sede da empresa vencedora, ficando o Departamento de Frotas, responsável pela entrega do veículo e retirada após a conclusão da troca;

[...]

m) Fica obrigado o vencedor dos ITENS óleos, a realizar o serviço de troca dos óleos e filtros correspondentes de cada veículo ou máquina da frota, quando solicitado;

n) A empresa vencedora desta licitação deverá possuir estabelecimento para os serviços localizado dentro da distância (raio) máxima de 4 km da sede da administração municipal, localizada a rua Emílio Jost 387, centro de Nova Hartz/RS.

Conforme se observa, demanda-se que o licitante, além de fornecer os produtos descritos no edital, disponibilize atendimento permanente, contínuo e num raio de 4km da sede da administração – o que demanda a existência de funcionários, equipamentos e estoque específico para efetivação do objeto da licitação.

Contudo, analisando-se atentamente as características do Município e o número diminuto de prestadores de serviço neste ramo, é fácil concluir

³ POZZO, Augusto Neves Dal; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício. Lei de licitações e contratos administrativos comentada (Lei 14.133/21). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁴ CRETELLA JUNIOR, José. Das licitações públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 409.

que serão reduzidas ou inexistentes as empresas interessadas em adjudicar o objeto da licitação.

E não se está falando isso por mera dedução lógica, mas sim com base no que se observou nos certames pretéritos desta modalidade, a exemplo do processo licitatório nº. 5896/22, no qual estiveram presentes duas empresas, a impugnante e outra que foi inabilitada por não atender as exigências do edital (anexo 2):

Dado o início aos trabalhos a Pregoeira recebeu os envelopes das empresas e efetuou o credenciamento dos representantes que compareceram: **Abastecedora Kitoki Combustíveis Eireli** representada pelo Sr. Sandro Jost e **Delmir Pereira** representada pelo Sr. Delmir Pereira. Os envelopes devidamente lacrados foram rubricados por todos. Após a Pregoeira procedeu a abertura dos envelopes de propostas, onde todas as vias foram rubricadas. Após a Pregoeira procedeu a abertura do envelope de propostas dos licitantes, a via da proposta foi rubricada por todos os presentes. A Pregoeira e Equipe de Apoio fizeram a análise dos valores das propostas, porém **a proposta da empresa Delmir Pereira foi inabilitada, por não atender as exigências do edital.** Após a inabilitação o representante se retirou do certame, e não assinou a ata. Os documentos do envelope 2 do mesmo, foi restituído. Deu-se início a sessão de lances e o licitante recebeu as devidas informações. Os itens seguiram uma sequência de acordo com a

Ademais, no certame anterior a este, referente ao processo licitatório nº. 6492/2021, apenas as mesmas duas empresas participaram do certame (anexo 3):

INCLUÍDA A TROCA, para a frota do Município. Dado o início aos trabalhos a Pregoeira recebeu os envelopes das empresas e efetuou o credenciamento dos representantes das que compareceram: **Abastecedora Kitoki Ltda** representada pelo Sr. Sandro Jost e **Delmir Pereira** representada pelo Sr. Delmir Pereira. Os envelopes devidamente lacrados foram rubricados por todos. Após a Pregoeira procedeu a abertura dos envelopes de propostas, onde todas as vias foram rubricadas. Após a Pregoeira procedeu a abertura do envelope de propostas dos licitantes classificados, a via da proposta foi rubricada por todos os presentes. A Pregoeira e Equipe de Apoio fizeram a análise dos valores das propostas classificadas sendo os mesmos classificados pela ordem decrescente de valores. **Deu-se início a sessão de lances e os licitantes receberam as devidas informações.** Os itens seguiram uma sequência de acordo com a planilha

Conforme se observa, é inegável que a impugnante, além de ser uma das únicas empresas qualificadas a participar do certame, é também provavelmente

a única a ter interesse no fornecimento do objeto da licitação. Isto, inclusive, é que vem ocorrendo em licitações pretéritas dos itens em comento.

Contudo, além das obrigações mencionadas, a administração também optou por vedar a participação dos seguintes possíveis licitantes (item “7.1, b” do edital):

7.1. NÃO PODERÃO DISPUTAR LICITAÇÃO OU PARTICIPAR DA EXECUÇÃO DE CONTRATO, DIRETA OU INDIRETAMENTE (Art. 14 da Lei N.º 14.133/2021):

[...]

b) Aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou **parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau.** [...]

Com esta previsão, a administração vedou a participação da empresa impugnante, posto que esta possui em seu quadro social o Sr. Sandro Jost, parente em linha colateral de terceiro grau de Flávio Emílio Jost, prefeito municipal de Nova Hartz.

Nesse sentido, caso se considere que as empresas em que o Sr. Sandro Jost figure como sócio estão impedidas de participar da licitação em discussão, **haveria apenas uma empresa apta a participar do processo ou, caso esta venha a ser inabilitada novamente (como ocorreu no último processo licitatório), nenhuma.**

A situação gerada pelo item “7.1., b” do edital impugnado evidentemente viola o princípio da competitividade, posto que restringe o certamente ao ponto de que apenas um licitante esteja apto e interessado a participar, podendo este licitante estabelecer o preço que desejar, sem se preocupar com o oferecimento de valores inferiores por concorrentes.

Sobre situações como a ora enfrentada, José Cretella Júnior reconhece que ela viola o princípio da competitividade e afirma que *“afastados alguns ou todos os licitantes, menos um, inegável a obtenção de vantagem por parte deste. Sua proposta não é a melhor, mas a única. A ele será adjudicado o contrato [...] com prejuízo ao erário”*⁵.

Esta violação ao princípio da competitividade, bem como o certo prejuízo ao erário dela decorrente, não pode persistir no edital impugnado, ainda mais

⁵ CRETELLA JUNIOR, José. Das licitações públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 409.

quando existe solução que facilmente poderia afastar a violação, tendo em vista que o artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21, replicado no item “7.1., b” do edital, pode ter a sua aplicação inteiramente afastada ou mitigada.

O referido artigo, conforme se verá à frente, tem a sua aplicação como uma faculdade da administração pública, que certamente pode deixar de prevê-lo em edital licitatório, mediante decisão motivada, em especial quando esta motivação é a preservação da mínima competitividade do certame.

Assim, resta demonstrado que o edital, como está, viola o princípio da competitividade do processo licitatório em questão, tendo em vista que restringe os participantes a apenas um, devendo ser alterado para que se assegure a legalidade e a competitividade do certame.

2.2. DA VIOLAÇÃO DOS OBJETIVOS DO PROCESSO LICITATÓRIO

Além de estar delineada a clara violação do princípio da competitividade, o edital também não atende três dos quatro objetivos do processo licitatório, tendo em vista que não gera resultado vantajoso à administração, impossibilita qualquer competição e abre evidente caminho para uma contratação com sobrepreço.

De forma bastante elucidativa, o artigo 11 da Lei nº. 14.133/21 faz a previsão dos objetivos de um processo licitatório. Vejamos:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - **assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso** para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a **justa competição**;
- III - **evitar contratações com sobrepreço** ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Quanto ao **inciso I**, considerando o que exposto no tópico anterior, no sentido de que o edital está permitindo que apenas uma empresa participe do processo licitatório, é certo que o resultado do processo licitatório não será vantajoso à administração pública. Pelo contrário, não havendo concorrência, **a única empresa apta a participar do processo licitatório poderá estabelecer o valor que desejar, o que certamente irá causar prejuízos ao erário municipal.**

Quanto ao **inciso II**, o não atendimento da justa competição é corolário lógico da violação do princípio da competitividade acima relatada. **Permitindo-se a participação de apenas um licitante, por certo que não estará sendo assegurada a justa competição.**

Quanto ao **inciso III**, é certo que o edital não está evitando a contratação com sobrepreço. Pelo contrário, **o edital está pavimentando caminho para que uma contratação com sobrepreço ocorra**, pois o Município irá se obrigar a aceitar o valor oferecido pela única licitante apta a participar do certame, que não irá enfrentar qualquer concorrência.

Assim, é evidente que o edital não está atendendo os três principais objetivos do processo licitatório, o que, por conseguinte, tende a gerar um enorme prejuízo ao erário municipal com a contratação em andamento. Desse modo é impositivo que o edital seja alterado, a fim de que se assegure a legalidade e a competitividade do certame.

2.3. DA FACULDADE DA ADMINISTRAÇÃO NA INCLUSÃO DO ARTIGO 14, INCISO IV, NO EDITAL

Considerando que é evidente a violação do princípio da competitividade e o não atendimento dos objetivos do processo licitatório, surge o questionamento de qual seria a solução para que fossem regularizadas as referidas ilegalidades. **A resposta, por certo, é de que seja retirada a vedação que o legislador facultou à administração incluir nos editais licitatórios.**

Diversamente do que constava na Lei nº. 8.666/93, o artigo 14 da Lei nº. 14.133/21 trouxe a **POSSIBILIDADE** de que a administração ampliasse o rol de licitantes vedados do processo licitatório, a fim de, em tese, ampliar a impessoalidade das licitações, **desde que esta proibição constasse expressamente no edital.** Vejamos:

Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, **devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação**;

V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;

VI - pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

Conforme se observa dos incisos I, II, III, V, VI, estes independem de qualquer previsão no edital para que gerem efeitos no processo licitatório. De outro lado, **a previsão do inciso IV demanda que, para que ela tenha validade no processo licitatório, a administração faça a sua inclusão expressa no edital.**

Em outras palavras, **a legislação faculta a inclusão de tal proibição no edital licitatório, de forma que, mediante a adequada motivação, inexistiria qualquer óbice para que se omitisse a referida proibição do edital licitatório**, sempre respeitando-se, por certo, o princípio da impessoalidade, ainda que de forma subjetiva.

A previsão de necessidade de constar expressamente no edital evidentemente **não é aleatória e permite que a administração adeque o processo licitatório a sua realidade**, desde que preservados os princípios previstos no artigo 5º e atendidos os objetivos previstos no artigo 11, ambos da Lei nº. 14.133/21.

No caso em tela, considerando que a manutenção de proibição prevista no item “7.1., b”. irá causar irremediável prejuízo à competitividade do certame, aos objetivos do processo licitatório e ao erário municipal, é certo que a presente impugnação deve ser acolhida para que seja extirpada do edital a referida proibição.

Assim, é de rigor que seja acolhida a presente impugnação para retirar do edital a proibição constante no item “7.1., b”, a fim de que seja reestabelecida a competitividade do certame, bem como sejam atendidos os objetivos do

processo licitatório, garantindo-se, por conseguinte, uma contratação mais vantajosa e legal ao Município de Nova Hartz.

2.4. DO COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE E O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Admitindo-se, apenas para argumentação, que a obrigatoriedade da disposição contida no artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21 seja aceita, enfrentaríamos uma clara colisão entre o princípio da competitividade e o da impessoalidade. Ademais, isso também nos colocaria frente a um conflito entre as normas contidas nos artigos 5º, 9º, inciso I, alínea 'a', e 11, incisos I, II e III, e aquela contida no artigo 14, inciso IV, todos da Lei nº. 14.133/21.

Em geral, os sistemas normativos trazem uma série de dispositivos que, à primeira vista, podem parecer harmônicos, mas que, sob o exame do caso concreto, revelam complexos conflitos. Assim, demanda-se ao interprete daquelas normas resolver os referidos conflitos, não apenas analisando as disposições de forma isolada, mas sim integrando cada disposição ao contexto geral da Lei.

Ou seja, verificando-se que a aplicação pura do artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21, irá resultar na violação do princípio da competitividade, bem como irá causar evidente desequilíbrio e injustiça no processo licitatório, a administração não poderá aplicá-la cegamente, ainda mais quando, como no caso em tela, está aplicação literal estaria se chocando com outras normas e frustrando o próprio ideal do processo licitatório – que é a competição.

Veja-se que, ao aplicar literalmente o artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21, estará sendo violado, de forma inequívoca, o princípio da competitividade, bem como os artigos 9º, inciso I, alínea 'a', e 11, incisos I, II e III, todos da mesma Lei. **Inexiste qualquer dúvida quanto às referidas violações, elas irão ocorrer, tendo em vista que apenas uma empresa estará apta a participar da licitação.**

Por outro lado, **ao não se aplicar literalmente o artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21, não haverá violação automática ao princípio da impessoalidade**, posto que para isso ocorrer seria necessária ação positiva da administração, no sentido de favorecer um dos participantes – o que certamente não irá ocorrer.

A inexistência de violação automática ao princípio da impessoalidade é corroborada pelo fato de que, **até o último ano, em que ainda estava vigente a Lei nº. 8.666/93, inexistia qualquer restrição à participação de parentes de terceiro grau, embora ainda assim fosse respeitado o princípio da impessoalidade.**

E mais, a ora impugnante é a atual fornecedora dos respectivos produtos, jamais existindo ao longo da relação qualquer favorecimento decorrente do distante parentesco existente entre o sócio da impugnante e o atual prefeito municipal. Pelo contrário, a última contratação foi extremamente vantajosa à administração.

Ademais, registra-se que houve intenso debate sobre este assunto no âmbito do julgamento Tema 1.001 do STF, tendo em vista que existiam dúvidas acerca da possibilidade de serem proibidas as contratações de parentes de terceiro grau, posto que se estaria a presumir a violação ao princípio da impessoalidade, o que, de certa forma, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, não é demais pontuar que a participação do certamente não garante ao licitante a adjudicação dos objetos da licitação, por óbvio. Em verdade, está sendo buscado apenas o direito de participar do certame, de modo que, caso a outra licitante consiga oferecer um preço melhor, logicamente o objeto da licitação deve lhe ser adjudicado.

Tudo isso reforça o fato de que a participação da impugnante no certame não irá ofender o princípio da impessoalidade, podendo e devendo ser a regra contida no artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21 ser mitigada, a fim de que se preserve a competitividade e os objetivos do processo licitatório.

Importante ressaltar, ainda, que a doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não destoam do sentido propugnado, mantendo entendimento de que **devem ser privilegiadas as interpretações que favoreçam o acesso ao certame e preservem a sua competitividade.** Vejamos:

O primado da competitividade, que também pode ser denominado de princípio de *favor participationis* (derivado da expressão latina “favorecer a participação”), funda-se no interesse público em ampliar a quantidade de empresas que possam participar da licitação. Com fundamento nesse princípio, na hipótese de omissões ou da existência de cláusulas contendo significado dúbio no

instrumento convocatório, **deve-se privilegiar a interpretação que favoreça a maior oportunidade de acesso ao certame, inclusive no que tange à mitigação de formalidades desnecessárias, em detrimento de uma interpretação mais restritiva ou formalista**⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, conforme adiantado, também mantém entendimento consolidado no sentido de que **as regras do edital devem ser interpretadas de forma a preservar, primeiramente, o princípio da competitividade**, conforme é possível verificar dos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CABIMENTO - LICITAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO - INABILITAÇÃO DE LICITANTE CUJO OBJETO SOCIAL CONSISTE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RÁDIO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

Embora exista previsão legal quanto ao cabimento de recurso administrativo do ato que julga a inabilitação do licitante (art. 109, inciso I, letra "a", da Lei n. 8.666/93), não está o mandado de segurança sujeito ao esgotamento da via administrativa, desde que respeitado o prazo decadencial, cujo termo a quo é o da ciência do ato impugnado.

"As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa" (MS n. 5.606/DF, Rel. Min. José Delgado, DJU 10.08.1998).

Se não restringiu o edital da concorrência que o objeto da empresa licitante fosse unicamente a prestação de serviço de radiodifusão, deve-se considerar a impetrante, cujo objeto social é mais abrangente (serviço de rádio), habilitada para a participação das demais etapas do certame.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 512.179/PR, relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19/8/2003, DJ de 28/10/2003, p. 275, grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.

1. As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.

2. Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal.

3. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do "ato constitutivo e suas alterações, devidamente registrada ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus

⁶ MIRANDA, Henrique Savonitti. Lições e Contratos Administrativos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão...", é excessiva e sem fundamento legal a inabilitação de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura, por tal entendimento ser vago e impreciso.

4. Segurança concedida.

(MS n. 5.606/DF, relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 13/5/1998, DJ de 10/8/1998, p. 4, grifo nosso).

Conforme se observa, é tranquilo o entendimento de que a competitividade do certame deve ser privilegiada quando encontrar óbice em outra norma ou princípio, desde que, evidentemente, seja observada a razoabilidade da interpretação.

Em resumo, a manutenção do edital como está irá certamente violar o princípio da competitividade, ao passo que a retirada ou a mitigação do item "7.1.b", além de não violar o princípio da impessoalidade, irá reestabelecer a competitividade do processo licitatório, favorecendo (e muito) a administração.

Assim, caso se entenda pela obrigatoriedade da previsão no edital da regra contida no artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21, **deve ser esta mitigada com fulcro nos artigos 5º, 9º, inciso I, alínea 'a', e 11, incisos I, II e III**, da mesma Lei, a fim de que se preserve a competitividade e os objetivos do processo licitatório.

3. DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE ESCLARECIMENTO – TAXATIVIDADE DAS VEDAÇÕES – IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AO SÓCIO

Na remota possibilidade de não serem acolhidos os fundamentos da impugnação ao edital, postula-se que, de forma subsidiária, seja esclarecido se a vedação contida no item "7.1., b" e no artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21, é taxativa ou exemplificativa.

Sobre a questão, importante observar que ela já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o seguinte trecho extraído do acórdão que julgou o Tema 1.001, de lavra da Ministra Carmen Lúcia:

[...]

Quanto ao rol estabelecido no art. 9º da Lei n. 8.666/1993, há discussão doutrinária sobre a natureza exemplificativa ou taxativa da norma.

Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos defende ser taxativo o rol disposto no art. 9º da Lei 8.666/1993, pelo qual **não se admite interpretação extensiva para impedir que participem do certame licitatório pessoas físicas de quaisquer órgãos ou entidades ligadas àqueles que promovem licitações, incluindo-se os sócios ou responsáveis técnicos, por vínculo de parentesco, sob**

pena de ofensa ao princípio da legalidade. Afirma consistir norma geral editada pela União que não comporta seu elastecimento pelo demais entes federados. Para isso, aponta o seguinte argumento:

“O mesmo se diga quanto ao art. 9º, da Lei 8.666/1993. Seguramente, sua exegese restritiva é um imperativo de bom senso, sob pena de se conspurcar o escopo do art. 37, XXI, da Constituição da República, que não tolera, nem admite, alargamentos inconstitucionais, burlando-se o significado e o alcance de hipóteses legais, consagradas em enunciações *numerus clausus*, a exemplo daquelas prescritas no indigitado art. 9º” (Licitação em caso de parentesco. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1855, 30 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11555>. Acesso em: 19 abr. 2022).

[...] ⁷

A fim de facilitar a compreensão, observa-se que o entendimento acima foi exarado ainda na vigência da Lei nº. 8.666/93, na qual o rol de vedações constava no artigo 9º. Na atual legislação, Lei nº. 14.133/21, o mesmo rol – com ampliações – está previsto no artigo 14.

Segundo analogia que pode ser feita à nova legislação, o artigo 14, inciso IV, não trouxe previsão expressa de que a proibição se estenderia aos sócios da pessoa jurídica. Desse modo, considerando que a impugnante – pessoa jurídica – não é parente do prefeito municipal, estaria, assim, autorizada a participar do certame.

Na interpretação da questão, importante ressaltar, mais uma vez, que o entendimento sedimentado da doutrina e da jurisprudência pátria é no sentido de que as interpretações do edital e dos dispositivos legais aplicáveis às licitações devem ser feitas de modo a SEMPRE privilegiar a competitividade do certame.

Assim, em caso de remoto não acolhimento da impugnação apresentada, postula-se que seja esclarecido se a vedação constante no item “7.1.b” do edital e no artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21, estende-se também aos sócios da pessoa jurídica licitante.

4. DOS PEDIDOS

ANTE AO EXPOSTO, requer se digne Vossa Senhoria a **ACOLHER** a presente impugnação, para o fim de:

⁷ RE 910552, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03-07-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 08-08-2023 PUBLIC 09-08-2023

- a) **RETIRAR do edital a proibição constante no item “7.1., b”, a fim de que seja reestabelecida a competitividade do certame**, bem como sejam atendidos os objetivos do processo licitatório, garantindo-se, por conseguinte, uma contratação mais vantajosa e legal ao Município de Nova Hartz;
- b) Caso se entenda pela obrigatoriedade da previsão no edital da regra contida no artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21, **AUTORIZE a mitigação da referida vedação, com fulcro nos artigos 5º, 9º, inciso I, alínea 'a', e 11, incisos I, II e III**, da mesma Lei, a fim de que se preserve a competitividade e os objetivos do processo licitatório;
- c) Subsidiariamente, no caso de remoto não acolhimento da impugnação apresentada, **ESCLAREÇA se a vedação constante no item “7.1.b” do edital e no artigo 14, inciso IV, da Lei nº. 14.133/21, estende-se também aos sócios da pessoa jurídica licitante.**

Nesses termos, pede deferimento.

Taquara, RS, 15 de fevereiro de 2023.

Mario Henrique Ody
OAB-RS 54.202

Diogo Ivan Pacheco Dapper
OAB-RS 131.135