

ILUSTRÍSSIMA SENHORA RAFAELLA CRISTINA TEIXEIRA PENEDO,
AUTORIDADE COMPETENTE NA CONDUÇÃO DO PREGÃO
ELETRÔNICO Nº 08/2023, PROMOVIDO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO
DE GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS.

REFERÊNCIAS:

Pregão Eletrônico nº : 08/2023
Processo Administrativo nº : 19974.101692/2022-47

RAPHAEL VARGAS LICCIARDI, brasileiro, casado, advogado inscrito na OAB/MT sob o nº 16.550, em atenção ao teor das cláusulas editalícias do referenciado certame, vem perante Vossa Excelência apresentar **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, à luz do direito contido na alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da Carta Maior, com a regulamentação prevista no artigo 164 da Lei nº 14.133/2021, consoante elementos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

1. DOS PRESSUPOSTOS DA IMPUGNAÇÃO:

Preambularmente, cumpre salientar que o recebimento e o devido processamento da presente manifestação perfazem medidas impositivas, pois, em contraposição à prática de ato irregular, manifestamente avesso ao regramento vigente, sobressalta o deterioramento de matéria de ordem pública, indissociável à conformidade do certame e, por conseguinte, à legalidade da futura contratação.

Registre-se, portanto, que a impugnação segue à apreciação contemplando os requisitos necessários ao seu recebimento, até porque traz a

abordagem de questões de ordem pública não abrangidas pela preclusão, conforme expõe a doutrina do Ministro Benjamin Zymler do Tribunal de Contas da União¹:

Ao contrário dos processos jurisdicionais, em que o princípio da verdade dos autos predomina, o processo administrativo deve ser informado pelo princípio da verdade material, pelo simples fato de que OS DIREITOS EM JOGO SÃO SEMPRE DE ORDEM PÚBLICA e a atividade processual das partes, no sentido de produzir provas, é meramente subsidiária. [...] O Princípio do formalismo moderado pode ser tido como corolário do princípio da verdade material, dado que a obtenção da verdade material exige que se desconsidere os aspectos formais ligados à produção dos atos processuais, acentuando o caráter material dos mesmos. NESSE SENTIDO, OS PRAZOS, NO PROCESSO ADMINISTRATIVO, NÃO PODERÃO TER, EM REGRA, CARÁTER PEREMPTÓRIO. Toda informação relevante que sirva para o atingimento da verdade material, mesmo que produzida a destempo, pode ser adequadamente examinada pelo administrador.

Acerca deste ponto, cabe antecipar a atenção aos contornos jurídicos atrelado à condução da licitação, mormente porque se pressupõe a primazia da flexibilização das formas, ante o efeito consequencial da secundarização da rigidez do rito para melhor propiciar o alcance de preceitos legais indispensáveis à consecução da finalidade estabelecida aos processos de contratação pública, a qual concebe validade a atos emanados da Administração, desde que observados os princípios estampados no *caput* do artigo 37 da Carta Maior, sem descuido àqueles definidos na Lei nº 14.133/2021.

Vale dizer, a deturpação de matéria de ordem pública traz consigo o afastamento da incidência da preclusão, distanciando o exercício do Poder de Autotutela do crivo da discricionariedade da Administração (Súmulas 346 e 473, STF)², além de tornar defeso a rejeição injustificada da correção de cláusulas visivelmente ilícitas, com aptidão de consagrar restrição ao caráter competitivo.

¹ ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e Controle. 3ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 243.

² Conforme brilhante explicação deduzia no excerto do voto da Min. Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AO 1.483 (j. 20-5-2014, DJE 106 de 3-6-2014): “O Supremo Tribunal já assentou que diante de indícios de ilegalidade, a Administração DEVE exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em contrariedade ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, as súmulas 346 e 473 deste Supremo Tribunal: ‘A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos’ (Súmula 346). ‘A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial’ (Súmula 473).”

No caso vertente, isso adquire aspectos de maior relevância perante a modelagem elegida para o processo de contratação governamental, considerando a alocação de exigências não permitidas, as quais remanescem carentes de motivação apta a resguardar a esmerada conformidade legal, como será demonstrado no mérito desta impugnação.

Sob a perspectiva da correção do ato irregular combatido por meio do presente expediente, não se pode negar a utilidade da impugnação, a qual se reveste como instrumento de deflagração do **CONTROLE SOCIAL** dirigido à reversibilidade dos atos administrativos, em consonância à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especialmente no que toca à proibição de decisões subjetivas arbitrárias.

Com intuito de municiar o acompanhamento do raciocínio proposto, transcrevem-se os termos das aludidas disposições aplicáveis ao processamento e à apreciação da presente impugnação:

Decreto-lei nº 4.657/1942

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

[...]

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.**

Súmula 346, STF: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473, STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Abordando exclusivamente à **tempestividade**, sob o enfoque do da Lei nº 14.133/2021 e das demais cláusulas editalícias do Pregão Eletrônico nº 08/2023, impende frisar que a falta de observância ao lapso temporal previsto para propositura da impugnação não autoriza a imediata rejeição pela Administração, sobretudo diante

da falta de regulamentação no instrumento convocatório, em contrariedade à orientação dos Órgãos de Controle, senão vejamos:

É dever do responsável por conduzir licitação no âmbito da Administração, a partir de impugnação ao edital apontando a existência de cláusulas restritivas à competitividade do certame, realizar a revisão criteriosa dessas cláusulas, ainda que a impugnação não seja conhecida, sob pena de violação do princípio da autotutela. (TCU. Acórdão 1414/2023-Plenário. Representação. Relator Min. Jorge Oliveira. Sessão em 12.07.2023).

Enquanto ato umbilicalmente ligado à primazia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88), o exercício do direito à petição não comporta restrição, nem sequer admite o início da contagem do prazo sem antes facultar o amplo conhecimento dos respectivos autos, mormente perante a falta de motivação para inserção de exigências excessivas às licitantes, entre outras inconsistências.

Portanto, presentes as condições de processamento da manifestação, requer-se a sua admissibilidade e a apreciação das respectivas razões dirigidas à modificação das cláusulas editalícias a seguir destacadas, aqui já sinalizada a requisição para que se proceda o encaminhamento à Autoridade Hierárquica Superior e à Unidade de Controle Interno, frente a gravidade das ilegalidades.

2. DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO:

Como é cediço, diante do necessário planejamento ao manuseio dos recursos advindos do erário, o Constituinte de 1988 institucionalizou o regime jurídico-administrativo³, com a finalidade de proteger o interesse público inerente às relações de cunho negocial, preservando a eficiência das contratações governamentais, sem desamparar a almejada competitividade, enquanto condição imprescindível à seleção imparcial da futura contratada.

Notadamente, à luz do referenciado regime jurídico-administrativo, a Administração não tem autorização para sobrepor uma atuação distante da

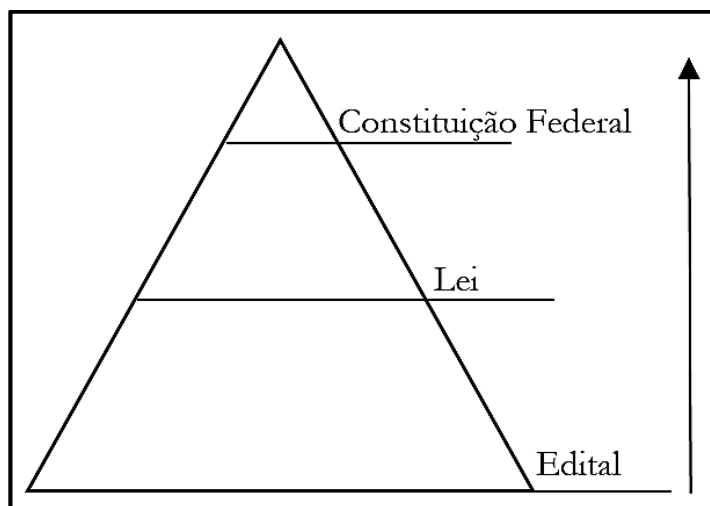
³ Constituição Federal de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados 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.”

previsão contida na lei, remanescendo ausente a sua autonomia da vontade, a qual deve permanecer adstrita aos contornos da norma legal aplicável (princípio da legalidade)⁴, aqui também inclusos os limites advindos das cláusulas lançadas no Instrumento Convocatório, sob a roupagem de regras cogentes do processo de contratação.

Não por outro motivo, a interpretação e a aplicação das regras elegidas no Instrumento Convocatório somente contemplam legitimidade perante a submissão à previsão legal, cuja normatização – *por sua vez* – deve guardar sintonia com o vetor de validade de ordem constitucional, estampado na íntegra do artigo 37 da Carta Maior.

Quer se sublinhar, assim, que não há permissividade para rechaçar os princípios constitucionais e as premissas fixadas na legislação ordinária de regência.

Numa escala de hierarquia normativa, a interpretação do regramento incidente sobre a condução do certame está subordinada ao seguinte esquema:



Vê-se, portanto, que não prevalece lícita a interpretação de cláusulas editalícias (ou a omissão delas) distante da disposição legal e dos vetores de validade constitucional (art. 37, *caput* e XXI, CRFB/88).

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo descomplicado. 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.189: “Deveras, para os particulares a regra é a autonomia da vontade, ao passo que a Administração Pública não tem vontade autônoma, estando adstrita à lei, a qual expressa a 'vontade geral', manifestada pelos representantes do povo, único titular originário da 'coisa pública'.”

Cite-se, aliás, que a correspondência entre as disposições editalícias e a legislação aplicável resguarda a segurança jurídica indispensável à primazia do preceito constitucional pertinente ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88) e ao princípio da isonomia (art. 37, *caput*, CRFB/88), **também inerente aos processos licitatórios**, cujo sentido prático espelha a transparência impositiva sobre a condução dos procedimentos de contratação governamental, a fim de **afastar indicativos de favorecimento ilícito** na escolha da futura contratada.

Daí por que se tem a compreensão quanto à origem do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, enquanto preceito corolário dos princípios estampados no artigo 37 da Carta Maior, mormente diante a imprescindibilidade da alocação de exigências objetivas às licitantes, capazes de resguardar a proteção do interesse público a partir da projeção da eficiência na entrega do objeto da licitação (art. 37, XXI, CRFB/88), sem desatender ou ultrapassar as disposições legais percorridas na Lei nº 14.133/2021.

Logo, não há espaços para arbitrariedades ou escolhas subjetivas de interessadas longe das regras estabelecidas no edital e, via reflexa, circunstância apta a permitir a eleição de exigências excessivas, capazes de restringir a primazia da ampla competitividade.

A vinculação do instrumento convocatório se traduz numa importante garantia à sociedade de que não haverá favorecimentos ou direcionamentos nas aquisições feitas pela Administração Pública⁵, a qual somente atinge tal finalidade se observada às disposições legais impostas ao regime de contratação governamental.

Denota-se, assim, que o princípio da legalidade irradia seus efeitos sobre todos os atos da Administração, não tornando possível o atendimento do interesse público à margem da lei.

Logo, se imposta determinada exigência às licitantes para garantir a contratação de pessoa jurídica com expertise suficiente à execução do objeto

⁵ FURTADO, Lucas Rocha [Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU]. *Curso de Direito Administrativo*, 2007, p. 416: “[...] é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que ‘a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’”.

pretendido, tal imposição não pode conter especificidades capazes de excluir possíveis interessadas com capacidade de desenvolvimento dos serviços.

In casu, o Termo de Referência que seguiu acostado ao Edital do Pregão Eletrônico nº 08/2023 trouxe a seguinte descrição do objeto:

1. CONDIÇÕES GERAIS DA CONTRATAÇÃO

1.1. Contratação de empresas especializadas em desenvolvimento e manutenção de Software, por pontos de função complementados por horas de serviço técnico sob demanda, conforme modalidade prevista na Portaria SGD/MGI nº 750, de 20 de março de 2023, com vistas a executar atividades de projeto, construção, testes, implantação, evolução, manutenção e suporte relacionados ao ciclo de vida de software, adotando-se práticas ágeis aderentes ao processo de software estabelecido neste Termo de referência, durante o período de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogados até 5 (cinco) anos, nos termos da tabela abaixo, conforme condições e exigências estabelecidas neste instrumento.

1.2. Os serviços objeto desta contratação são caracterizados como comuns, uma vez que há padrões de mercado e diversos frameworks de desenvolvimento de software, que permitem a fixação de padrões de qualidade e de desempenho para o referido serviço.

1.3. O objeto será adjudicado pelo menor preço global por lote, respeitando os valores máximos por item, conforme especificações constantes neste Termo de Referência e licitado em lotes separados por grupo de órgãos participantes.

Como facilmente se infere, o objeto do procedimento licitatório se dirigiu à contratação de empresa com expertise na prestação de serviços de TIC, mais precisamente especializada no desenvolvimento de softwares, com capacidade de executar atividades de projetos, construção, testes, implantação, evolução, manutenção e suporte relacionados ao tempo de vida da ferramenta desenvolvida, mediante práticas ágeis.

Noutro giro, as cláusulas editalícias também estipularam expressamente algumas peculiaridades para conquista da habilitação técnica pelas interessadas na contratação, senão vejamos o teor da previsão editalícia:

12.5.3. Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito a contratos executados com as seguintes características mínimas:

[...]

d) ter contabilizado, por período de 12 (doze) meses, no mínimo quantidade de pontos de função implementados em ao menos uma das tecnologias constantes da tabela apresentada no Anexo de DADOS CONSOLIDADOS DA DEMANDA, conforme limites mínimos definidos no quadro abaixo, por Lote:

LOTE	Quantidade mínima de Pontos de Função
1	10.691
2	7.115
3	7.559
4	6.463
5	7.082
6	7.503
7	6.295

A bem da verdade, as aludidas cláusulas editalícias restringiram de forma irregular a abrangência de participantes com expertise à execução do objeto, porquanto **vinculou a qualificação técnica das licitantes à execução de serviços somente sob a modelagem de pontos de função**, sem a correspondente justificativa.

A partir da alínea “d” da cláusula 12.5.3, denota-se o efeito restritivo, pois as interessadas no processo de contratação podem possuir meios distintos de comprovação da expertise na prestação dos mesmos serviços identificados no objeto ou dentro de cada lote, com iguais especificidades, embora não estejam atrelados a contratos por “pontos de função”.

Se a capacidade técnica objetiva comprovar a expertise (experiência passada) da empresa na execução de serviços, então independe se tal comprovação irá ocorrer por meio de apresentação de atestados oriundos de contratos “por ponto de função, “por UST” ou “por hora/homem”.

Ora, é possível que determinada empresa detenha capacidade técnica necessária a prover a execução do objeto, com a expertise exigida no inciso XXI do artigo 37 da Carta Maior, apesar da operacionalização dos serviços por contratação ter ocorrido por UST (e não “pontos de função”).

Sabidamente, a alocação de exigências às licitantes tem como vetor de validade constitucional a regra estampada no inciso XXI do artigo 37 da Carta Maior⁶, a qual apenas possibilita a imposição de requisito indispensável a garantir a regularidade da execução/entrega do interesse público incluso no objeto do procedimento.

À luz do ordenamento jurídico-administrativo, a Administração Pública não está autorizada a impor exigências capazes de macular a **impressoalidade** ou a **eficiência (economicidade)** nas aquisições de bens e serviços⁷, sendo permitida apenas a instituição de condições autorizadas na lei (**legalidade**)⁸, que, sobretudo, estejam intrinsecamente atreladas ao cumprimento das obrigações inerentes à execução do objeto licitado (**motivação**)⁹, sem rejeitar, em quaisquer casos, a indispensável segurança jurídica.

Dessa estrutura normativa de regência compulsória (art. 37, XXI, CRFB/88), assegurou-se o *poder-dever* para estipular exigências necessárias à eficiência dos contratos pretendidos pela Administração, sempre amoldadas ao abrigo

⁶ **Constituição Federal de 1988**: “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.”

⁷ SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleber Roberto. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.37: “**A existência de efetiva concorrência é condição fundamental para que as licitações resultem em contratações eficientes**, garantido assim, o uso racional dos recursos públicos e permitindo que a ação governamental possa ter máxima eficácia com o montante de recursos disponíveis. **Assim, a inclusão de cláusulas restritivas nos editais de licitação compromete a efetiva competição entre os licitantes, por meio de direcionamento indevido do processo a determinado fornecedor.**”

⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo descomplicado. 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.189. “Deveras, para os particulares a regra é a autonomia da vontade, ao passo que a Administração Pública não tem vontade autônoma, estando adstrita à lei, a qual expressa a 'vontade geral', manifestada pelos representantes do povo, único titular originário da 'coisa pública'. Tendo em conta o fato de que a Administração pública está sujeita, sempre, ao princípio da indisponibilidade do interesse público – e não é ela quem determina o que é de interesse público, mas somente a lei (e a própria Constituição), expressão legítima da 'vontade geral' –, **não é suficiente a ausência de proibição em lei para que a Administração Pública possa agir; é necessária a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa.**”

⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e Contratos. 11 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.364: “A comprovação da capacitação técnica, quer da empresa quer de seu pessoal técnico, deve ser, de acordo com a Lei 8.666/93 (artigo 30, II), relativa à atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação. **Por outro lado o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal prescreve que as exigências de qualificação técnica e econômica deve ser as indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**”

do interesse público e ao alcance da regular execução do objeto, com vistas a permitir a legitimidade do gasto público.

Em outras palavras, a alocação das exigências afetas ao objeto nos editais dos procedimentos licitatórios materializa um verdadeiro mecanismo de proteção ao interesse público primário envolvido na aquisição, inclusive quanto à projeção desta tutela sobre a despesa subsequente, desde que não traga a restrição indevida ao caráter competitivo, por intermédio de requisito de índole excessiva.

Por isso, a interpretação conjugada da norma constitucional e da lei ordinária não reporta coerência à aplicação singular apenas de um ou outro preceito consagrado no *caput* do artigo 37 da Carta Maior, mas sim o sentido uniforme do ordenamento para assegurar a concretização do direito fundamental à boa administração.

Lado outro, as mencionadas previsões editalícias impusera determinadas condicionantes não permitidas, distante da previsão legal e das premissas fixadas no inciso XXI do artigo 37 da Carta Maior, a qual – *na prática* – poderá resultar no direcionamento do certame, bem como na subsequente celebração de contrato com preço manifestamente superior, convalidando a malfadada hipótese de superfaturamento.

No caso concreto, a questão posta à discussão contempla contorno de maior gravidade frente outro ponto de ilicitude, pois não se autorizou à participação de consórcios, com a devida motivação para tal vedação.

Ora, a negativa injustificada à participação de consórcio no certame se soma aos indicativos anteriores que propiciam um ambiente de possível direcionamento, ante a grave limitação injustificada ao caráter competitivo da licitação.

Sabe-se que a vedação à participação de empresas reunidas na forma de consórcio é ato excepcional, o qual deve ser adequadamente justificado, sob pena implicar restrição à competitividade e, conseqüente, o possível direcionamento com a frustração do propósito da licitação.

Infere-se, assim, a presença de certo conjunto de indicativos aptos a evidenciar não apenas o eventual favorecimento à determinada empresa, mas também a limitação do caráter competitivo, a partir da restrição à participação de empresas reunidas na forma de consórcios¹⁰.

Naturalmente, a omissão sobre as regras aplicáveis à participação dos consórcios no certame reproduz a subsequente vedação injustificada, em clara dissonância à orientação consolidada no Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

A vedação da participação em licitações de empresas em consórcio deve ser justificada, sob pena de restrição à competitividade. (TCU. Acórdão 11196/2011-Segunda Câmara. Relatório de Levantamento. Relator Min. Augusto Sherman. Sessão em 22.11.2011).

A Administração, em respeito à transparência e à motivação dos atos administrativos, **deve explicitar as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcios** de empresas quando da contratação de objetos de maior vulto e complexidade. (TCU. Acórdão 929/2017-Segunda Câmara (Representação, Relator Min. José Mucio Monteiro).

A decisão pela vedação de participação de consórcio de empresas em licitação é discricionária, **porém deve ser devidamente motivada** no processo administrativo. (TCU. Acórdão 3654/2012-Segunda Câmara (Representação, Relator Min. Marcos Bemquerer).

Cabe ao gestor, em sua discricionariedade, a decisão de admitir, ou não, a participação de empresas organizadas em consórcio na licitação, contudo, na hipótese de objeto de grande vulto ou complexidade que tornem restrito o universo de possíveis licitantes, **fica o Administrador obrigado a prever a participação de consórcios no certame** com vistas à ampliação da competitividade e à obtenção da proposta mais vantajosa. (TCU. Acórdão 1094/2004-Plenário (Representação, Relator Min. Augusto Sherman).

A Administração pode optar por permitir ou não a participação de consórcios em licitações públicas, **devendo a decisão ser motivada**, o que é especialmente importante se a opção for vedar a participação, que, em regra, restringe a competitividade do certame. (TCU Acórdão nº 2447/2014).

Acerca do tema, merece transcrever a posição do TCE-MG, estampada no julgamento da Denúncia nº 838.604, sob a relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio, *in verbis*:

¹⁰ SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.37: **“A existência de efetiva concorrência é condição fundamental para que as licitações resultem em contratações eficientes, garantido assim, o uso racional dos recursos públicos e permitindo que a ação governamental possa ter máxima eficácia com o montante de recursos disponíveis.** Assim, a inclusão de cláusulas restritivas nos editais de licitação compromete a efetiva competição entre os licitantes, por meio de direcionamento indevido do processo a determinado fornecedor.”

De fato, o item 3.5 do instrumento convocatório veda, expressamente, a formação de consórcios. Entretanto, o art. 33 da Lei n. 8.666/93 prevê a possibilidade de participação em licitação das empresas reunidas em consórcio, desde que observadas as normas dispostas em seus incisos e parágrafos. Marçal Justen Filho, sobre o tema, adverte que: O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto. Como toda decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e resultados. A vedação à participação de empresas em consórcio pode, em dadas circunstâncias, contribuir para a ocorrência de restrição ao caráter competitivo das licitações, impossibilitando a Administração de obter a proposta mais vantajosa para a contratação almejada. Portanto, a Administração, para impor tal rejeição, deve observar rigorosamente os princípios da motivação e da razoabilidade. [...] Indubitável, portanto, que a adoção de contratação isolada somada à rejeição à participação de consórcios representa impeditivo à participação de maior número de interessados no certame. Não restando devidamente justificada a vedação à formação de consórcio, entendo que remanesce a irregularidade, sendo procedente a denúncia neste item.

De efeito, considerando a carência na apresentação de qualquer motivação sólida, razoável e adequada para proibir a participação de empresas em consórcio, é evidente que a restrição da competitividade consolida claro indicativo de direcionamento do certame.

Outrossim, repercutindo a falha acima sobre as demais, sobrepõe a imprescindibilidade da promoção de correções às cláusulas editalícias para resguardar a participação de empresas reunidas em consórcios.

3. DOS PEDIDOS:

ANTE O EXPOSTO, atentando-se aos fundamentos deduzidos acima, **requer-se** o recebimento e o devido processamento da presente manifestação, com o saneamento das irregularidades identificadas nas mencionadas cláusulas editalícias, a fim de evitar a transposição da matéria à área de competência fiscalizatórias dos Órgãos de Controle.

Por derradeiro, requer-se a suspensão do certame, com a redesignação da sessão pública, acompanhando as disposições contidas na Lei nº 14.133/2021 quanto às alterações do Instrumento Convocatório.

Nesses termos, pede deferimento.

Cuiabá/MT, 07 de dezembro de 2023.

RAPHAEL VARGAS LICCIARDI
OAB/MT 16.550
OAB/MG 209.331