

**AO (À) ILMO(A). AGENTE DE CONTRATAÇÃO DA SECRETARIA DE MOBILIDADE  
E INFRAESTRUTURA - SEMOBI / DEPARTAMENTO DE EDIFICAÇÕES E DE  
RODOVIAS DO ESPÍRITO SANTO - DER ES**

**Processo Administrativo:** 2023-D2F80

**ID CIDADES:** N° 2024.500E0100014.01.0003

**ROBERTA BRAVIN FABELO**, brasileira, casada, advogada inscrita na OAB/ES n° 27.681, com endereço profissional na Rua 25 de Março, n° 146, Bairro Centro, Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, vem, respeitosamente, à presença de V. Senhoria, com fulcro no artigo 164, da Lei Federal n° 14.133/2021, apresentar

**IMPUGNAÇÃO**  
**Com pedido de esclarecimentos**

em face do Edital de Concorrência Pública n° 004/2024, cujo objeto é a contratação de empresa para construção de nova sede do instituto de previdência dos servidores do Estado do Espírito Santo- IPAJM, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

**1. DA TEMPESTIVIDADE**

De acordo com o artigo 164 da Lei Federal 14.133/2021, fundamento do presente edital, decai em três dias úteis, antes do edital, o direito de impugnar o presente instrumento convocatório. Portanto, sendo a presente impugnação protocolada até o dia 27 de junho de 2024, está será **TEMPESTIVA**.<sup>1</sup>

**1. DOS FATOS**

Foi disponibilizado no portal nacional de contratações pública - PNCP, o edital de Concorrência Eletrônica n° 04/2024, cujo o objeto é: contratação de empresa para construção de nova sede do instituto de previdência dos servidores do Estado do Espírito Santo- IPAJM.

No entanto, o edital é passível de impugnação e esclarecimentos, conforme os pontos que serão mais bem analisados a seguir.

Dito isto, no uso dos direitos conferidos no edital, através da Cláusula 14, a Impugnante vem apresentar seus argumentos visando à nulidade parcial do edital licitatório.

---

<sup>1</sup> IN: [https://justen.com.br/artigo\\_pdf/os-prazos-do-procedimento-licitatorio-na-lei-14-133-2021/](https://justen.com.br/artigo_pdf/os-prazos-do-procedimento-licitatorio-na-lei-14-133-2021/)

## **2. DAS RAZÕES PARA IMPUGNAÇÃO**

### **2.1. APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI Nº 14.133/2021)**

Registra-se, nesta oportunidade, os votos de admiração por esta Administração Pública, pois, ao aplicar a nova legislação com tamanho esmero, demonstra que a Administração Pública está avançando junto à sociedade e na nova legislação.

Entretanto, precisamos mencionar que alguns critérios da nova legislação deixaram de ser exigidos da forma correta, comprometendo a legalidade que rege a atuação desta respeitável Administração Pública. Ainda assim, salientamos que a presente impugnação não se faz para rebater a atuação dessa Contratante, mas sim para colaborar, de modo que juntos possamos nos adaptar às mudanças advindas da Nova Lei de Licitações.

### **2.2. IMPOSSIBILIDADE DE TRATAMENTO DIFERENCIADO PREVISTO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 - OBJETO COM VALOR SUPERIOR À RECEITA PERMITIDA PARA EMPRESA DE PEQUENO PORTE.**

É sabido que a Lei Federal nº 14.133/2021 reiterou a preservação da vigência do regime preferencial aplicado às microempresas e empresas de pequeno porte. Entretanto, no que tange a esse tratamento diferenciado, **a Nova Lei de Licitações inovou em diversos aspectos, introduzindo novas regras para a aplicação dos benefícios presentes na Lei Complementar nº 123/2006 nos certames públicos.** Dentre essas alterações, destaca-se a **proibição do uso do benefício para contratações de valor superior ao limite de enquadramento das respectivas empresas.**

Vejamos o que diz o dispositivo que trata do regime preferencial aplicado às microempresas e empresas de pequeno porte:

**LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021**

#### **CAPÍTULO I**

#### **DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DESTA LEI**

**Art. 4º** Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos [arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.](#)

**§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:**

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

**II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.**

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

No que se refere à receita bruta descrita na norma, salientamos que a Lei Complementar nº 123/2006 estabeleceu diversos parâmetros para a utilização dos benefícios por ela consagrados. Dentre eles, em especial, temos a exigência relacionada à receita bruta anual das **Empresas de Pequeno Porte, que não deve ultrapassar R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil)**, e das **Microempresas, cujo faturamento anual não pode exceder R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil)**.

Pois bem, conforme vimos no teor do art. 4º, a Lei Federal nº 14.133/2021 determinou a **NÃO aplicação do regime preferencial em licitações e contratações, cujo valor for superior ao limite máximo previsto para o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, sendo essa regra aplicada tanto para aquisição de bens ou serviços em geral, tanto para obras e serviços de engenharia, como a presente contratação.**

Partindo desse pressuposto legal, a Impugnante observou, ao realizar a leitura do instrumento convocatório, que o valor estimado para a Concorrência Eletrônica 04/2024 deste órgão é de **R\$ 48.290.826,56 (quarenta e oito milhões, duzentos e noventa mil, oitocentos e vinte e seis reais e cinquenta centavos)**, conforme podemos observar:

**DADOS DA LICITAÇÃO:**

**SESSÃO PÚBLICA: 02/07/2024 - 10h00min**

**CRITÉRIO DE JULGAMENTO: Menor Preço**

**MODO DE DISPUTA: Aberto**

**VALOR ESTIMADO: R\$ 48.290.826,56**

**DATA-BASE: Novembro/2023**

**Logo, a partir desse valor estimado e de acordo com a determinação do art. 4, §1º, da Lei 14.133/2021, NÃO SE APLICA O TRATAMENTO DIFERENCIADO PREVISTO NOS ARTS. 42 À 49 DA LEI**

COMPLEMENTAR N° 123/2006, pois a presente contratação ultrapassa o valor máximo definido para as microempresas e empresas de pequeno porte.

O próprio Sistema do Governo Federal, ao verificar o valor estimado do certame, automaticamente já prevê a ausência do benefício no certame, de acordo com a legalidade:

[> Cadastrar propostas](#)

## Cadastrar propostas

Concorrência Eletrônica N° 90004/2024 (Lei 14.133/2021)

UASG 928997 - DEPARTAMENTO DE EDIF.E DE RODOVIÁRIA DO ES 

Critério julgamento: Menor Preço / Maior Desconto Modo disputa: Aberto

Objeto: Contratação de empresa para construção da nova Sede do Instituto de Previdência dos Servidores do Est.

Data limite de entrega de propostas: 02/07/2024 10:00

**Termo de Aceitação.** Declaro que cumpro e estou ciente de todas as declarações contidas no termo de a

Sim  Não Declaro, sob as penas da Lei, que não ultrapassei o limite de faturamento e cumpro os r do tratamento favorecido estabelecido nos artigos 42 ao 49 da referida Lei Complemen

Itens



1 OBRAS CIVIS PÚBLICAS ( CONSTRUÇÃO )

< apelido >

Sem benefícios ME/EPP

Quantidade solicitada 1

Unidade fornecimento UNIDADE

O edital diz o contrário da legalidade, ao dispor dos benefícios que a Lei Complementar n° 123/2006 na seguinte forma:

**6.19.** Em relação a itens não exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas e empresas de pequeno porte participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar n° 123/2006.

**6.19.1.** Nessas condições, as propostas de microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta ou melhor lance serão consideradas empatadas com a primeira colocada.

**6.19.2.** A melhor classificada nos termos do subitem anterior terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada, no prazo de 5 (cinco) minutos controlados pelo sistema, contados após a comunicação automática para tanto.

**6.19.3.** Caso a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes microempresa

e empresa de pequeno porte que se encontrem naquele intervalo de 5% (cinco por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

**Diante do exposto, considerando o princípio da legalidade, que não apenas orienta o atual processo licitatório, mas também norteia a atuação desta Administração Pública, solicitamos a retificação da previsão de benefício de ME/EPP do instrumento convocatório.**

Buscamos, assim, eliminar a possibilidade de tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte, ante sua clara ilegalidade com as novas normas licitatórias.

### **2.3.COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA - EXECUÇÃO DE SUBESTAÇÃO**

Dentre os requisitos de comprovação de Capacidade Técnica-Operacional e Profissional, o edital restringiu a competitividade ao estabelecer, dentre os critérios semelhantes, a comprovação de experiência anterior no serviço de **execução de subestação**.

Vejam o critério restritivo em questão:

**Parcela de relevância operacional:**

Item	Descrição dos serviços	Quantidade da planilha	Quant. mínima a ser comprovada
1	Execução de estrutura em concreto armado; inclusive blocos, vigas e arranques	3.868,20m <sup>3</sup>	1934,10m <sup>3</sup>
2	Execução de instalações elétricas, inclusive execução completa de subestação	-	-
3	Execução de piso em granito	3.657,55 m <sup>2</sup>	1.742,80 m <sup>2</sup>

**Parcela de relevância profissional:**

<b>QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL</b>	
	<b>Descrição do serviço</b>
<b>1</b>	Execução de estrutura em concreto armado; inclusive blocos, vigas e arranques
<b>2</b>	Execução de instalações elétricas, inclusive execução completa de subestação
<b>3</b>	Execução de piso em granito

É sabido que a Lei Federal nº 14.133/2021 que regula este certame exige a qualificação técnico operacional e profissional em seu art. 67, vejamos o que diz o texto legal:

**Art. 67.** A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - Apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou **serviço de características semelhantes, para fins de contratação;**

II - Certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do [§ 3º do art. 88 desta Lei](#);

III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV - Prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V - Registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

VI - declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

Entretanto, as parcelas definidas para comprovação da capacidade operacional e profissional precisam ser pertinentes e adequadas ao objeto licitatório e **não podem ofender os princípios licitatórios como a competitividade, isonomia e legalidade.**  
**Conforme corrobora entendimento do Tribunal de Contas da União:**

Para que se obtenha a proposta mais vantajosa é necessária a especificação do produto ou serviço adequada às reais necessidades da Administração e a formulação de **exigências de qualificação técnica** e econômico-financeira que **não restrinjam a competição e propiciem a obtenção de preços compatíveis com os de mercado**, mas que afastem empresas desqualificadas do certame. Acórdão 1214/2013-TCU-Plenário

Partindo desse entendimento percebe-se que a exigência de comprovar que a empresa possui atestado técnico na execução de subestação não traz nenhum benefício a este certame, sendo uma exigência totalmente restritiva, pois na indústria da construção civil, **é comum que os serviços de execução de subestação sejam realizados por empresas terceirizadas.**

Não é razoável esperar que as empresas de engenharia tenham acervos técnicos operacionais comprovando uma parcela que é **ROTINEIRAMENTE TERCEIRIZADA**, ainda que haja engenheiros com as qualificações específicas mencionadas no edital, tal exigência só afastará essa Administração Pública do principal objetivo deste certame: **A construção de nova sede do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Espírito Santo- IPAJM.**

Cabe salientar que o entendimento exposto por esta impugnante já foi corroborado em acórdãos do próprio **Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo**, o qual já reconheceu como restritiva a

exigência de comprovação técnica de serviços terceirizados em contratações de serviços de engenharia. **Conforme podemos observar:**

Verifica-se no edital de licitação - Concorrência Pública Nº 01/2018 que foram incluídas cláusulas que restringiram a participação de empresas no certame. O edital de licitação previu como qualificação técnica para participação do certame os seguintes termos: 10.3 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA 10.3.1 - Capacidade técnico-operacional: a) Registro ou Inscrição do licitante no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA ou Conselho de Arquitetura e Urbanismo - CAU da região da sede da empresa (art. 30, I, da Lei Federal nº 8.666/93). GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES E OBRAS PÚBLICAS – SETOP INSTITUTO DE OBRAS PÚBLICAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – IOPEs b) A empresa licitante deverá apresentar atestado(s) de responsabilidade técnica, onde conste a sua razão social como empresa contratada para a construção de obra com a seguinte característica: b.1) As características semelhantes para comprovação da capacidade técnico-operacional do licitante, na forma do art. 30, I, da Lei Federal n. 8.666/93, são, cumulativamente: b.1.1) Execução de Fundações Profundas pertinentes a construção com área igual ou superior a 1.400,00 m<sup>2</sup>; **b.1.2) Execução de Instalações Elétricas (com subestação abrigada) pertinentes a construção com área igual ou superior a 1.400,00 m<sup>2</sup>; b.1.3) Execução de Sistema de Climatização (que utilize unidade resfriadora do tipo chiller) em pertinente a construção com área igual ou superior a 1.400,00 m<sup>2</sup>.** b.2) O reconhecimento da capacidade técnica dar-se-á mediante apresentação de atestados de capacidade técnica firmados por profissional que possua habilitação no correspondente Conselho Profissional. b.2.2) caso o atestado seja firmado por profissional não habilitado no correspondente conselho profissional, o atestado somente será aceito se acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico, emitida pelo respectivo Conselho. b.3) Será admitido o somatório de atestados, seja para comprovação da experiência anterior do licitante na execução de todos os serviços discriminados, seja para o atendimento do quantitativo mínimo especificado para cada um deles, desde que concomitantes. b.4) Será admitida apresentação de atestados e/ou Certidões de Acervos parciais referentes a obras e serviços em andamento, desde que o atestado informe expressamente a conclusão da parcela de maior relevância indicados no item “b1” deste tópico. b.5) Não serão admitidos atestado(s) ou CATs de Projeto, Fiscalização, Supervisão, Gerenciamento, Controle Tecnológico ou Assessoria Técnica de Obras. **Nota-se de início, que as exigências da demonstração de que a empresa possua atestado técnico da execução de: “fundações profundas ...” e “sistema de climatização ...”, em especial, não traz benefícios ao procedimento, já que, como é sabido na indústria da construção civil estes serviços são executados por empresas terceirizadas especializadas na execução de fundações, e de empresas especializadas em sistemas de refrigeração. Não é de se esperar que empresas de engenharia tenham em seu corpo técnico engenheiros com as qualificações exigidas no edital, e mesmo que, porventura algum destes profissionais, faça parte do corpo técnico da empresa, não é de se esperar que ela vá executar diretamente estes serviços, já que estes serviços exigem equipamentos e pessoal**

**especializado em sua execução. Então esta exigência contida no edital restringiu a participação de outras empresas que poderiam ter oferecido preços mais vantajosos, e no momento da execução destes serviços específicos, a empresa vencedora do certame poderia subcontratá-los como é corriqueiro na execução dos contratos de obras civis. (ACÓRDÃO 0835/2024-1 Plenário TCEES)**

Considerando a ilegal restrição supramencionada, é de suma importância salientar o entendimento do Tribunal de Contas da União a respeito da pauta abordada:

Administração, ao realizar o processo licitatório, tem o dever de exigir documentos que comprovem que a qualificação dos concorrentes está compatível com a obra que pretende contratar. **É importante, porém não confundir o cuidado que é necessário na busca de resultados eficazes, com cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo.** Em todos os casos, as exigências de **qualificação devem permanecer no patamar da razoabilidade**, guardando relação com a dimensão e a dificuldade da obra a ser realizada. **(Obras públicas - Orientações e Jurisprudências do TCU 4ª Edição)**

Corroborando o entendimento do Douto Tribunal de Contas da União, a aplicação na jurisprudência é objetiva ao tratar da Restrição ao Caráter Competitivo da Licitação.

(...) 3. Com efeito, o item 8.1.2 do edital assinala que somente poderão participar da licitação empresas devidamente registradas no CREA, nos ramos da Engenharia Civil (subitem 8.1.2.1) e da Engenharia Elétrica (subitem 8.1.2.2). **No entanto, a parte elétrica do objeto do certame representa menos de 6% (seis por cento) do valor estimado da contratação, incluindo todo o fornecimento dos materiais.** 4. Outrossim, no que tange à apresentação de atestados para fim de comprovação da qualificação técnica da licitante, figura no edital, em seu subitem 11.1.3.1, justamente a realização de “obra em instalação elétrica” como sendo um dos fatores de maior relevância. 5. **Da leitura do edital e de seus anexos, não se observa, de fato, relevância na parcela da obra que exija que a empresa seja especializada em engenharia elétrica. Como bem asseverou a unidade técnica, “não se vê fundamento técnico, nem relevância financeira**, para essa estratificação apresentada no item 11.1.3.1 do Edital nº 01/2011/PROAD, onde constam 6 (seis) fatores de maior relevância, dentre eles, por exemplo: ‘V. - obra em instalação elétrica’. Isso porque, por um lado, o Coordenador não conseguiu justificar convenientemente e, por outro, porque tanto esse fator quanto aqueles identificados pelos romanos III, IV e VI, estão inseridos no fator ‘I. – obra de construção civil de prédio comercial’.” (...) Assim sendo, entendo que a presente representação deve ser julgada procedente, com a consequente determinação à entidade para que, caso tenha interesse no prosseguimento do certame, promova a exclusão – do instrumento convocatório – das exigências ora inquinadas. **(Acórdão 3.076/2011, Processo 028.426/2011-8, Representação, rel. Min. José Jorge)**

O julgado retro é claro ao dispor que a comprovação de experiência operacional e profissional do serviço de execução de subestação configura uma afronta à competitividade, como também desvirtua o objetivo do certame, que deve ser auferido mediante a análise dos critérios de maior relevância.



**Acaba que a Administração Pública foge do escopo das parcelas de maior relevância e se concentra em parcela que pouco importa no resultado final, gerando, por consequência, uma restrição ao certame.**

Diante do exposto, é inegável a certeza de que a impugnada deverá trazer em seu ato convocatório, especificamente na qualificação técnica-operacional e profissional, exigências razoáveis e significativas, **a fim de não RESTRINGIR a participação das licitantes.**

**A comprovação de experiência anterior, relativa a parcelas de valor não significativo em face do objeto da licitação que é comumente terceirizado, é critério restritivo que fere a legalidade e aos princípios deste certame.**

**Nestes termos, necessária a revogação do edital para retirar a comprovação técnica execução de subestação como requisito de qualificação técnica, por ser um serviço terceirizado que não possui relevância técnica e financeira ao certame.**

#### **2.4. DA IRREGULARIDADE NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES**

Outro ponto que nos causa muita preocupação são as inúmeras indicações ao longo do edital de sanções administrativas não previstas na Lei Federal nº 14.133/2021.

É imperioso esclarecer a esta Administração Pública que **o artigo 155 da Lei Federal nº 14.133/2021, que elenca as sanções administrativas no âmbito da licitação, possui ROL TAXATIVO.**

Ou seja: os incisos elencados no artigo citado traz uma lista **limitativa** de quais os atos passíveis de sanção, **não havendo nenhuma menção de que ele poderá ser ampliado:**

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

- I - dar causa à inexecução parcial do contrato;
- II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- III - dar causa à inexecução total do contrato;
- IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Basta uma simples leitura da norma para vermos que ela não possibilita à Administração a aplicação de sanções além daquelas ali elencadas, dando ao legislador pátrio o poder de definir o que é passível ou não de sanção.

Para complementar, o Tribunal de Contas da União tem atribuído às sanções administrativas alguns princípios oriundos do Direito Penal: **Tendo em vista as características comuns das sanções administrativas e penas, igualmente destinadas a servir como instrumento de prevenção geral e de retribuição por um mal infligido a um bem jurídico, a doutrina costuma transplantar determinados princípios do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador. (Acórdão 1.214/2018, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).**

Seguindo isso, há a máxima basilar do Direito Penal: *nenhuma penalidade pode ser imposta se não em virtude da lei*, daí a aplicação do princípio da legalidade!

Trata-se de uma premissa **constitucional**:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Assim como no Direito Penal, o Direito Administrativo Sancionador também deve observar este princípio, até porque em ambos os casos o que se protege é a segurança jurídica em permitir a todo sujeito o conhecimento prévio dos ilícitos para, assim, escolher entre praticar o ato ilícito ou o lícito.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. BOLSAS DE RESIDÊNCIA MÉDICA. RESIDENTES DESCADASTRADOS E CADASTRADOS EM OUTRO PROGRAMA DE RESIDÊNCIA. RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE ORIGINAL PELO PAGAMENTO DAS BOLSAS ATÉ O CADASTRAMENTO DEFINITIVO JUNTO À NOVA INSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA. RESOLUÇÃO DA CNRM QUE INOVOU NA ORDEM JURÍDICA. 1. Ação de cobrança ajuizada em 05/08/2019, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 13/08/2021 e concluso ao gabinete em 01/12/2021. 2. O propósito recursal é dizer acerca da possibilidade de se atribuir à recorrente a obrigação de pagar aos recorridos bolsas de residência médica relativas ao período em que foram descadastrados do programa de residência por ela oferecido até serem incluídos em novo programa de residência. 3. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, decretos, portarias, circulares e resoluções não estão compreendidos no conceito de lei federal, não permitindo a abertura da instância especial. Precedentes.** 4. Um dos poderes atribuídos à Administração Pública consiste

**no Poder Regulamentar, o qual é exercido pelo Chefe do Poder Executivo. Por meio dele, são editadas normas visando à fiel execução das leis (art. 84, IV, da CF). Mas essa não é a única forma de manifestação do poder normativo da Administração, que também compreende a edição de outros atos normativos, como é o caso, por exemplo, das resoluções. Em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode inovar no ordenamento jurídico. Isto é, não pode, por exemplo, impor obrigações ou penalidades não previstas em lei, sob pena de violação ao art. 5º, II e 37, caput, da CF.** 5. A Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) trata-se de um órgão do Ministério da Educação, tendo sido criada pelo Decreto nº 80.281/77, o qual também regulamenta a residência médica. Por sua vez, a Lei nº 6.932/81, que dispõe sobre as atividades do médico residente e dá outras providências, prevê, em seu art. 3º, alínea d, que o médico residente admitido no programa terá anotado no contrato padrão "o valor da bolsa paga pela instituição responsável pelo programa". Desse dispositivo legal, não é possível extrair a obrigação da instituição responsável pelo programa de residência de continuar realizando o pagamento da bolsa após o descredenciamento do residente. Assim, o art. 3º, § 4º, da Resolução CNRM nº 01/2018, inovou no ordenamento jurídico ao criar obrigação não prevista em lei. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, e provido. (STJ - REsp: 1969812 MG 2021/0337472-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/03/2022, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2022) (g.n.)

Ainda sobre isso, a doutrina diz: *É inconstitucional a previsão legal que remeter ao administrador a competência discricionária para determinar o conteúdo da ilicitude ou a sanção aplicável. Poderá definir-se a ilicitude através de cláusulas gerais, que retratem a natureza genérica dos deveres e restrições impostos ao sujeito. Admite-se discricionariedade na gradação da sanção, tendo em vista a gravidade da conduta praticada. Mas essa margem de autonomia não pode abranger inclusive a qualificação de determinada conduta como lícita, segundo a vontade do agente. Nem é admissível que a sanção a ser aplicada seja concebida ou escolhida livremente pela autoridade.*<sup>2</sup>

Sendo assim, o poder regulamentador da Administração Pública sobre a nova lei deve se basear somente em regulamentação de certos aspectos, como no caso expresso do artigo 156, §3º, que fala dos parâmetros de aplicação dos percentuais da penalidade de multa.

Para piorar a situação, verificamos que há a previsão de aplicação de penalidade em uma situação totalmente desconexa com a presente contratação, vejamos:

#### **11.1.2.4. Deixar de apresentar amostra;**

Sendo assim, o edital, ao elencar situações passíveis de sanção administrativas que não estavam previstas em lei, **incorre em legalidade, passível de nulidade e responsabilidade administrativa do seu agente,** por se tratar de atos de arbitrariedade e abuso de poder

## **2.5. EXIGÊNCIA PRÉVIA PARA CADASTRO DO PROVEDOR ELETRÔNICO**

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 1646.

Consta no edital a exigência de o licitante estar cadastrado no provedor eletrônico da licitação no prazo de 03 (três) dias antes do certame:

**2.1.1- Os interessados deverão atender às condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia útil anterior à data prevista para recebimento das propostas.**

Estranha-se a presença dessa exigência quando a própria lei que rege o certame, Lei Federal nº 14.133/2021, não possui tal obrigação, tornando ela não só ilegal como uma restrição injustificada para participação do certame.

Como analogia a esse cadastro, temos que o registro cadastral unificado do Portal Nacional de Compras, regulado no artigo 87 e seguintes da Lei Federal nº 14.133/2021, determina que ele deve ser realizado **dentro do prazo de apresentação da proposta comercial:**

**Art. 87.** Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

(...)

§ 4º Na hipótese a que se refere o § 3º deste artigo, será admitido fornecedor que realize seu cadastro **dentro do prazo previsto no edital para apresentação de propostas.**  
(g.n.)

O sistema adotado por este Instituto Federal assemelha-se, a bem da verdade, ao prazo de cadastro prévio de fornecedor exigido pela extinta lei para a modalidade tomada de preço!

Não há fundamento legal na Lei Federal nº 14.133/2021 dispondo que o registro na plataforma em que ocorrerá a disputa tenha que ser até um determinado tempo antes da sessão pública, **o que torna a cláusula mencionada restritiva à participação, atitude que deveria ser vedada pela Agente de Contratação:**

**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;

Essa Administração Pública não pode sobrepor a norma federal ao ponto de violar o princípio da competitividade que, em sua amplitude de definição, está também a abusividade em dispor de cláusulas que dificultem a participação no certame.

**Desta feita, necessária a reforma do edital para alterar o prazo de cadastro prévio na plataforma escolhida.**

## **2.5. DA NECESSIDADE DE DISPOR SOBRE O DESEMPATE NA ETAPA DE DISPUTA**

O edital dispõe apenas sobre a previsão de empate para empresas ME/EPP, deixando de mencionar **sobre a possibilidade de empate para as demais empresas.**

O artigo 60 da Lei Federal nº 14.133/2021, dispõe sobre os critérios para desempate em casos de empate entre duas ou mais propostas:

**Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:**

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; (Vide Decreto nº 11.430, de 2023) Vigência

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

Dessa forma, é necessária a modificação no edital, para incluir os critérios de desempate elencados no artigo acima, para as demais empresas, além das ME e EPP.

## **3. ESCLARECIMENTOS**

### **3.1. PRAZO DE EXECUÇÃO:**

Ao realizar a análise do instrumento convocatório, não foi identificado a definição do prazo para a execução do objeto deste certame, considerando que tal prazo é primordial, solicitamos esclarecimento quanto a omissão supracitada.

## **4. CONCLUSÃO**

Isto posto, encaminho a presente Impugnação para **visar a alteração e nulidade parcial do edital nas cláusulas apontadas.**

Nestes termos, pede deferimento.

Cachoeiro de Itapemirim/ES, 25 de junho de 2024.

**ROBERTA BRAVIN FABELO**  
**OAB/ES n° 27.681**