

**AO PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO PRESENCIAL
002/2023 - FUNDAÇÃO MUNICIPAL IRENE SIQUEIRA ALVES –
ESTADO DE SÃO PAULO**

PREGÃO PRESENCIAL 002/2023

LEONARDO A C DE ALBUQUERQUE E SILVA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 22.626.640/0001-44, com sede na Rua Adele, nº 95, TORRE DENVER, CONJ 204, São Paulo, SP, CEP 04757-050, por seus procuradores, vem à presença de Vossa Senhoria, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao edital do Pregão em epígrafe, pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

I. TEMPESTIVIDADE

O Edital, no item 14.01, estabelece que, em até 2 dias úteis antes da data fixada para sessão, poderão ser apresentadas impugnações.

Verifica-se que o certame está agendado para ocorrer no dia 13/12/2023, sendo o prazo fatal o dia 11/12/2023, motivo pelo qual a petição é tempestiva e merece conhecimento.

II. DOS MOTIVOS DE IMPUGNAÇÃO

a) DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO PREGÃO PRESENCIAL

A adoção do pregão presencial pelo Município contraria o entendimento unânime dos Tribunais de Contas de todo o país, segundo o qual deve-se dar preferência ao pregão eletrônico, pois mais capaz de ampliar a concorrência, evitar subjetivismos e acordos ilícitos, e por ser mais eficiente.

Assim:

“Quando cabível a utilização da modalidade pregão, é irregular o uso do pregão presencial sem a comprovação da inviabilidade técnica da utilização da forma eletrônica (art. 1º, §4º, do decreto 10.024/2019)”. (TCU, Acórdão 4958/2022, Primeira Câmara, Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman)

Nota-se que para se utilizar a modalidade presencial é indispensável justificativa técnica e fática plausíveis. No presente caso, não há justificativa ou razões para a realização de pregão presencial.

É regra que municípios, ainda que de pequeno porte, contratem serviços médicos por meio de Pregão Eletrônico, como é o caso de Candoi/PR (PE 148/2022), Barra Velha/SC (PE 026/2022), Carambeí/PR (PE 116/2022), entrou outros.

Não se pode mais utilizar o argumento de que o Município não teria equipamentos tecnológicos. Atualmente, com o número de portais eletrônicos, como “Comprasnet”. “Portal de Compras”, “BLL”, etc, basta um computador e acesso à internet para que se realize o pregão eletrônico.

Frisa-se que o pregão presencial inibe de forma acentuada a concorrência, dificultando a participação de empresas que não estejam sediadas nos arredores do Município. Esse obstáculo pode ser inserido na proibição do art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/1993, que veda ao agente público atuar contra a competitividade da licitação.

É sabido que os Tribunais de Contas do país têm apontado a ilegalidade do uso pregão presencial em detrimento do eletrônico. A exemplo, o TCE/RS já manifestou que a preterição da modalidade eletrônica deve ser excepcional e fundada em justificativa plausível, o que não é o caso, tendo em vista que Municípios do mesmo porte, ao contratar os mesmos serviços, utilizam a modalidade eletrônica. Colaciona-se a decisão:

**IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS.
FRAGILIDADES NA MOTIVAÇÃO DE ATOS
ADMINISTRATIVOS. REALIZAÇÃO DE PREGÃO
PRESENCIAL EM DETRIMENTO DO PREGÃO
ELETRÔNICO. PREVISÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO
VEDANDO O PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS E A
IMPUGNAÇÃO NA VIA POSTAL/ELETRÔNICA.
REALIZAÇÃO DE PREGÃO POR LOTES E NÃO POR
ITENS. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA
PREVISTA NO ART. 39 DA LEI 8.666/93. INDÍCIOS DE
SOBREPREGO NOS VALORES ORÇADOS OU
ADJUDICADOS NOS PREGÕES PRESENCIAIS.
APLICAÇÃO DE PENALIDADE PECUNIÁRIA.
DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. (TCE/RS,
Segunda Câmara Especial, Inspeção Especial, Processo 8171-
0200/18-4) (g.n.)**

Em seu voto, a relatora ressaltou o seguinte:

Com efeito, no que tange à ausência de regulamentação sobre a preferência de uso do pregão eletrônico, averiguo que tanto a interpretação pelo uso do Decreto Municipal de Canoas nº 829/2009, quanto pelo Decreto Federal nº 5.450/2005 **ocasionam o mesmo resultado, qual seja a obrigação de preferência do eletrônico.** Em análise aos editais, verifico que consta expressamente como norma regente a Lei Federal nº 10.520/2002, subsidiada pelo Decreto Federal nº 5.450/2005, **o que demonstra, a meu ver, a caracterização da obrigação de prevalência do pregão eletrônico perante o presencial, salvo nos casos de comprovada inviabilidade,** a ser justificada pela autoridade competente, razão que não constou nos editais, apenas posteriormente, na forma de resposta à RDI 461/2017 (peça 1186417) e nos esclarecimentos (peça 1216250). Registro que a Auditoria também trouxe aos autos comparativo no Sistema LicitaCon entre os descontos obtidos na licitações feitas pelo pregão presencial e eletrônico, **resultando em uma economia de, em média 21%.** Por fim, destacou

jurisprudência do **Tribunal de Contas da União no sentido de que a irregularidade ora analisada pode ensejar medida cautelar**. Por todo o exposto, nos moldes defendidos pela Equipe de Auditoria, constato que não foi logrado êxito em comprovar satisfatoriamente a inviabilidade do pregão eletrônico para a escolha da modalidade presencial, situação que infringe o § 1º do art. 4º do Decreto Federal nº 5.450/2005 e o Princípio da Motivação dos atos administrativos, caracterizando - em atenção à gravidade das possíveis consequências econômicas por malversação de dinheiro público -, **ato de gestão claramente negligente da administração do Consórcio, o qual motiva a responsabilização pessoal do agente público responsável** pelo cometimento de erro grosseiro. (Conselheira Daniela Zago) (g.n.)

Em síntese, didaticamente, a Conselheira asseverou que:

1. Ainda que o ente federativo não esteja submetido ao Decreto Federal que impõe a modalidade eletrônica, o pregão eletrônico deve ser opção obrigatória, salvo em situação excepcional devidamente justificada;
2. O pregão eletrônico, comprovadamente, traz economia em relação à modalidade presencial;
3. Optar pela modalidade presencial sem justificativa plausível é contexto autorizador para medida cautelar;
4. Preterir a modalidade eletrônica enseja responsabilização pessoal do agente público.

No mesmo sentido, seguem outros Tribunal de Contas pelo país:

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. IRREGULARIDADES. RECUSA DE ACEITE DE CÓPIA AUTENTICADA. REFORMA PARCIAL. CONVERSÃO DA IMPOSIÇÃO DE MULTA EM RECOMENDAÇÃO. RECUSA INDEVIDA DE CREDENCIAMENTO DA DENUNCIANTE E DE APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇO. VIOLAÇÃO DE LEGISLAÇÃO QUE EXIGE JUSTIFICATIVA PARA O PREGÃO PRESENCIAL EM DETRIMENTO DO ELETRÔNICO. RESTRIÇÃO IRREGULAR À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS COM PENDÊNCIA JUDICIAL. REFORMA PARCIAL DA DECISÃO RECORRIDA. (...) 4. Viola o art. 2º, § 1º, do Decreto Estadual

nº 44.786/08, a realização de pregão presencial ao invés do pregão eletrônico sem justificativa expressa da opção por aquela modalidade, em vez desta, nos autos do procedimento licitatório. Não fosse isso bastante, **a realização de pregão eletrônico corrobora o princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, caput, CRFB/88) pois permite que interessados situados em diversas regiões do país possam participar, oferecer propostas e dar lances sem que tenham que estar presentes pessoalmente na sessão de julgamento. Ao realizar o procedimento no ambiente virtual, mais interessados aparecerão e, como consequência, os preços ofertados serão menores, entre outras vantagens possíveis.** 5. Observa-se a necessidade de cumprimento do princípio da legalidade previsto no art. 37, caput, da Constituição da República de 1988, em consonância com o princípio da oficialidade, conforme a inolvidável lição de Miguel Seabra Fagundes: *“administrar é aplicar a lei de ofício”*. Assim, não pode a Administração Pública, justamente a responsável por conduzir e assegurar a prevalência dos princípios administrativos, em especial o da legalidade, no curso de seus procedimentos licitatórios, alegar a falta de questionamento, impugnação ou recurso dos licitantes como justificativa para o seu próprio proceder, que deve, independentemente da atuação dos licitantes, cumprir o ordenamento jurídico, com seus princípios e regras, velando pelo interesse público e pela ampla competitividade em licitações, consoante o art. 37, XXI, da Constituição da República de 1988 c/c art. 3º da Lei 8.666/93. 6. Nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, alguém que tenha direito subjetivo supostamente violado por ato da Administração fica duplamente prejudicado pela proibição, no edital, de participação no certame de *“empresas que possuíssem pendência judicial”* com a entidade que promove a licitação, uma vez que, além da possível lesão ao seu direito subjetivo, ainda estaria impedido de concorrer em licitações da entidade. (TCE-MG - RO: 997552, Relator: CONS. WANDERLEY ÁVILA, Data de Julgamento: 08/11/2017, Data de Publicação: 22/11/2017)

EMENTA - DENÚNCIA MUNICÍPIO SUPOSTA IRREGULARIDADE DE REALIZAÇÃO DE PREGÃO PRESENCIAL COM O MESMO OBJETO DE ATA DE REGISTRO DE PREÇOS QUE SE ENCONTRA COM SALDO E VIGENTE INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO DEREALIZAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA ECONOMICIDADE ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO NOVA LEI DE LICITAÇÕES N. 14.133/2021 MODERNIZAÇÃO E VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO PREGÃO ELETRÔNICO JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA PELO PREGÃO

PRESENCIAL RECOMENDAÇÃO PARA PREFERÊNCIA AOPREGÃO ELETRÔNICO IMPROCEDÊNCIA. (...) 3. A nova Lei de Licitações n. 14.133/2021, que vigente concomitantemente com a Lei n. 8.666/1993, tem por finalidade garantir a modernização e virtualização do processo licitatório, mediante a migração do procedimento físico para o eletrônico, que o prevê como regra, o qual se mostra mais transparente e eficiente. **No enunciado n. 292, o Tribunal de Contas da União orienta que seja justificada a escolha pelo pregão presencial, até mesmo para que sejam conhecidas as dificuldades e obstáculos locais, tão necessários no sopesamento e julgamento das contratações públicas**, nos termos do art. 22, § 1º, da LINDB, sob pena de caracterizar ato de gestão antieconômico. Assim, deve ser recomendado aos gestores municipais que dentre as duas formas de pregão deem preferência ao pregão eletrônico. (...) (TCE-MS - DEN: 14972021 MS 2090666, Relator: RONALDO CHADID, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE- MS n. 3118, de 29/04/2022)

Por conseguinte, é evidente a ilegalidade, sendo necessário que o edital seja retificado, alterando-se a modalidade presencial para a eletrônica, a fim de resguardar a competitividade do certame.

III. PEDIDOS

Pelo exposto, requer-se o recebimento desta peça com vistas dar **provimento à impugnação** com o fim de retificar o Edital, alterando-se a modalidade para pregão eletrônico.

Informa-se, por fim, que o não atendimento deste pedido implicará em representação ao Tribunal de Contas de São Paulo, bem como denúncias aos demais órgãos de controle.

Nesses termos, pede e espera deferimento.

Londrina, dia 08 de dezembro de 2023.

Rafael Carvalho Neves dos Santos
OAB/PR nº 66.939

Simone Cristina Izaías da Cunha
OAB/PR 121.333