

Ao

MUNICÍPIO DE ALTO ALEGRE DO PINDARÉ – MARANHÃO

Via < <https://www.portaldecompraspublicas.com.br> >

Ref.: Pregão Eletrônico nº 01/2024 – CPL/PMAAP (“Pregão”); Processo nº 76/2024 /PMAAP/MA (“Processo”)

Assunto: Impugnação ao Edital de Licitação

PEARSON EDUCATION DO BRASIL LTDA., sociedade empresária com endereço a Avenida José Luiz Mazzali, nº 450, Sala B, Módulo 3B, bairro Santo Antônio, na cidade de Louveira/SP, CEP 13.290-000, inscrita no CNPJ sob o nº 01.404.158/0020-52, vem, respeitosa e tempestivamente¹, por seus procuradores signatários (Doc. 01), com base no item 16 do Edital do Pregão Eletrônico nº 001/2024 (“Edital”), apresentar

IMPUGNAÇÃO

aos termos do Edital, em especial quanto às especificações do objeto da licitação, descritas no Anexo I do Edital (“Termo de Referência” ou “TR”), as quais incidem na vedação prevista no art. 41, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 (“Lei de Licitações”).

¹ O item 16.1 do Edital prevê que qualquer pessoa é parte legítima para impugnar o Edital em até três dias úteis antes da data da abertura do certame. Considerando que a sessão pública está designada para o dia 23.04.2024, o último dia de prazo para a impugnação do Edital é o dia 18.04.2024. É, portanto, tempestiva a presente Impugnação.

I. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

1. O Município de Alto Alegre do Pindaré/MA ("Município") lançou o Pregão tendo por objeto a "[C]ontratação de Empresa para o **fornecimento de Livros Didáticos** com a finalidade de Atender as Necessidades do Município de Alto Alegre do Pindaré".
2. Conforme consta do Termo de Referência, o objeto do certame foi dividido em 3 (três) lotes, compreendendo a aquisição de livros didáticos de conhecimentos gerais (Lote 01), de língua inglesa (Lote 02) e de literatura (Lote 03).
3. Para o Lote 02, o Município objetiva adquirir 1952 livros didáticos de inglês da coleção **POP** da editora **Standfor/FTD Educação ("Standfor")**, conforme especificações ali dispostas para cada ano do Ensino Fundamental I (1º ano ao 5º ano), perfazendo um montante total de R\$ 483.451,84 (quatrocentos e oitenta e três mil e quatrocentos e cinquenta e um reais e oitenta e quatro centavos).
4. Contudo, da análise das justificativas apresentadas no Termo de Referência (item 2) e Estudo Técnico Preliminar, nota-se que **não foram apontados quais os critérios** – ou mesmo se houve algum critério – para a aquisição específica dos materiais da editora Standfor. Ao contrário, o Município se limita a justificar em (termos genéricos) o porquê de se está adquirindo livros didáticos, e não especifica **os critérios lógicos, econômicos e técnicos** que comprovariam que os materiais da coleção POP seriam os únicos que atenderiam às necessidades da Administração Pública.
5. Portanto, tais justificativas são, claramente, insuficientes para respaldar a indicação excepcional de marca prevista no art. 41, I, da Lei de Licitações, incidindo em vedação legal e em restrição indevida à competitividade do certame – o que, por si só, justifica a suspensão da licitação, para fins de correção da irregularidade apontada e, conseqüentemente, republicação do Edital.
6. Mas não é só. Para além de contrariar expressa previsão legal, a indicação de marca no caso padece duas ilegalidades adicionais. De um lado, por restringir indevidamente a competitividade, também viola o princípio constitucional da economicidade (art. 70, caput, CF), gerando potenciais danos ao erário; e, de outro, por não conter justificativa técnica adequada, viola o dever de motivação dos atos administrativos.
7. Como será demonstrado a seguir, tais ilegalidades maculam a legalidade do certame, sendo imperativo a sua correção em sede administrativa.

II. RAZÕES PARA O ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO

II.1. A VEDAÇÃO LEGAL À INDICAÇÃO DE MARCA EM LICITAÇÕES

8. É sabido que a licitação tem por objetivos **(i)** garantir a observância dos princípios constitucionais da isonomia e da igualdade; bem como **(ii)** selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público que desencadeou a contratação e aos cofres públicos (art. 5º c/c art. 11º, da Lei de Licitações), sendo que a ampla competitividade é a pedra fundamental para que tais objetivos sejam alcançados. Não é outro o entendimento da doutrina especializada:

"Por tal motivo, cumpre que o administrador não admita a ocorrência de normas que, de algum modo, possam refletir no regime competitivo. **Vedadas são aquelas que restrinjam ou frustrem a competição, bem como interferências que possam favorecer um dos concorrentes**"². (g.n.)

9. Especificamente, os pregões não se prestam a contratar o produto ou serviço que, na visão do órgão licitante, seja o melhor disponível no mercado, ainda que fosse esse o caso de tais livros – o que não restou comprovado. Na verdade, o propósito do pregão é **selecionar aquele que, pelo menor preço, cumpre, satisfatoriamente, com requisitos objetivamente previstos em edital e que sejam suficientes à realização do interesse público ali presente**.

10. Essa é a essência de um pregão, pois, nos termos da Lei de Licitações, essa modalidade de licitação é destinada a "aquisição de bens e serviços comuns", entendidos como tais "**aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado**". Na verdade, sequer seria possível a um pregão objetivar a contratação de materiais tão específicos e de determinada marca (coleção e editora).

11. A Lei nº 8.666/1993³, mesmo antes da edição da Lei nº 10.520/2002, já previa (e vedava) situações como essa⁴. A (nova) Lei de Licitações não destoou e, inclusive, veio para **reforçar essa vedação** ao possibilitar a indicação de marca apenas excepcionalmente. Veja-se:

"Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração **poderá excepcionalmente**;
I - **indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado**, nas seguintes hipóteses:"

12. Como se vê, **a regra legal é a vedação à indicação de marcas, características e especificações exclusivas em licitações**, com a sua possibilidade em casos excepcionais e devidamente justificados. O Edital, de forma contrária, prevê como objeto da licitação **produtos específicos** (coleção POP) de determinada editora (Editora Standfor) e **não apresenta justificativa técnica suficiente** para tal indicação de marca.

II.2. A AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA SUFICIENTE

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 36ª ed., São Paulo: Atlas, 2022, p. 204.

³ Da mesma forma, o art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002, veda "especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição".

⁴ "Art. 7º. [...] § 5º **É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas**, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório." (g.n.) "Art. 15. [...] § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido **sem indicação de marca**;" (g.n.)

13. Como mencionado acima, a Lei de Licitações permite, muito excepcionalmente, a indicação de marca e desde que esteja devidamente justificada a sua incidência em uma das hipóteses taxativas previstas no art. 41, I, da referida lei.

14. É esse o entendimento do Tribunal de Contas da União ("TCU"), o qual entende que qualquer especificação "*com potencial para restringir o caráter competitivo do certame*" deve ser "*objeto de **adequada fundamentação** baseada em estudos prévios à licitação*"⁵. Caso contrário, o órgão licitante desvirtuará o propósito do processo competitivo em face da superveniente impossibilidade da seleção da proposta mais vantajosa.

15. Não é outro o entendimento da doutrina especializada, a exemplo do Prof. Marçal Justen Filho⁶:

"A estipulação de marca ou modelo no edital somente será válida quando houver avaliação de seu cabimento e necessidade durante a etapa interna do procedimento licitatório.

Deve haver motivação apropriada e satisfatória, fundada em elementos objetivos que evidenciem a excepcionalidade da situação. [...]

A fixação de um modelo ou de uma marca como requisito do objeto a ser adquirido configura uma restrição ao universo de possíveis interessados em contratar com a Administração. **Essa restrição somente se configura como válida em hipóteses excepcionais.** Como regra, exigência dessa ordem é inválida e ilegal." (g.n.)

16. E, como já adiantado, não houve justificativa adequada e suficiente para a indicação dos materiais didáticos da editora Standfor, tanto é que não foi mencionada a hipótese legal a qual o Município considera que a contratação estaria inserida – o que, por si só, torna ilegal a indicação de marca no caso concreto, pois requisito formal e essencial para tanto, de modo a evitar o direcionamento indevido de licitações.

17. Pelas justificativas e características apresentadas no Termo de Referência, não é sequer possível identificar em qual das hipóteses legais a indicação se enquadraria. São elas as seguintes:

"Art. 41. [...] I - [...]

a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;

b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;

c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os **únicos capazes de atender às necessidades do contratante;**

d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;"

⁵ TCU. Acórdão 1973/2020-Plenário. Rel. Min. Weder de Oliveira. Data da sessão: 29.07.2020.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [livro eletrônico] / Marçal Justen Filho. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 541.

18. Diante das características do caso concreto e da própria justificativa apresentada pelo Município, entendemos não ser necessário que aqui se discorra sobre a incompatibilidade entre a contratação e as hipóteses das alíneas 'a', 'b', e 'd' – seja porque não há qualquer menção a padronização ('a') ou a compatibilidade dos livros com plataformas e padrões já adotados pelo Município ('b'), seja porque o Edital prevê a aquisição específica dos materiais da Standfor e não uma mera indicação desses materiais como referência ('d').

19. Resta, portanto, a alínea 'c' do art. 41, I, da Lei de Licitações. Tal artigo prevê a possibilidade de indicação de marca quando apenas uma **única** marca ou modelo for capaz de atender às necessidades do contratante.

20. Tal hipótese é derivada de jurisprudência consolidada do TCU no sentido de que a indicação ou preferência por marca em licitação só será admissível em caráter de **exceção** e se restar comprovado que a alternativa adotada é (i) a **mais vantajosa** e, além disso, também (ii) a **única que atende às necessidades do órgão ou entidade**⁷. Apenas a título de exemplo, veja-se o teor do voto condutor do Acórdão 559/2017 – Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler:

"33. Ainda que se possa reconhecer a boa intenção em garantir a aquisição de aparelhos de melhor qualidade (fato certamente sopesado pelo relator a quo no momento da dosimetria das multas), a jurisprudência consolidada desta Corte é no sentido de que a indicação ou preferência por marca em procedimento licitatório só é admissível se restar comprovado que a alternativa adotada é a **mais vantajosa** e a **única que atende às necessidades do órgão ou entidade**. No caso concreto sob análise, os recorrentes não lograram sucesso em demonstrar tal circunstância." (g.n.)

21. Ocorre que, em momento algum, o Município menciona (muito menos justifica) que a coleção POP é a única capaz de atender às necessidades dos alunos do Município.

22. Com as devidas vênias, isso não se confunde com a referida hipótese legal de indicação de marca. Em verdade, o conjunto de objetivos apresentados nos documentos editalícios aos quais a Pearson teve acesso, embora importantes e legítimos, **poderiam ser atendidos por qualquer material didático alinhado às melhores práticas do atual mercado nacional de ensino de língua inglesa**. E, nesse caso, certamente não se prestam a justificar a escolha por uma coleção específica.

23. Vale destacar que os objetivos descritos fazem parte da própria Base Nacional Comum Curricular ("BNCC") e Diretrizes Curriculares Nacionais ("DCN"). Considerando que ambos devem ser seguidos pelas editoras que pretendem ser contratadas para ofertar materiais didáticos no âmbito do ensino regular, **os propósitos almejados poderiam ser alcançados mediante a aquisição de materiais didáticos das**

⁷ TCU. Acórdão 88/2008 – Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Data da Sessão: 30.01.2008; Acórdão 113/2016 – Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Data da Sessão: 27.01.2016; dentre tantos outros.

mais diversas editoras, não havendo, portanto, motivos para que a licitação se restrinja a coleções específicas.

24. A título de exemplo, os materiais da Pearson (Impugnante) cumprem integralmente as DCN, a BNCC e são completamente capazes de suprir as necessidades do Município. Por meio de atividades engajadoras e divertidas, os materiais da Pearson objetivam preparar os estudantes para o uso da língua como linguagem, forma de comunicação e letramento e trazem abordagem sociointeracionista, oferecendo aos estudantes atividades comunicativas e que estimulam os estudantes a utilizar a língua inglesa como expressão e como parte de interações sociais importantes para a faixa-etária.

25. Ora, a presente licitação tem por objeto a contratação de materiais didáticos para o Ensino Fundamental I (1º ao 5º ano) e há outras editoras que possuem materiais tão bons ou melhores que aqueles indicados no Edital.

26. Para o Ensino Fundamental I, por exemplo, a Pearson dispõe a coleção *Dream Kids 3.0*, desenhada especificamente para esse fim, com 5 níveis de aprendizagem, de modo a acompanhar cada período letivo desse ciclo. Por meio de atividades engajadoras e lúdicas, o material objetiva preparar os estudantes para o uso do idioma como linguagem, forma de comunicação e letramento em língua franca. Mediante as metodologias de ensino como PPP (*Presentation, Practice e Production*), cada unidade oferece sessões editoriais para desenvolvimento de projetos e de habilidades socioemocionais da faixa-etária.

27. Nessa linha, a coleção *Dream Kids 3.0* se faz apoiada nas habilidades e competências da BNCC para linguagens e suas tecnologias, trabalha com as DCN e está totalmente adequada às exigências de conteúdo da legislação educacional brasileiras, incluindo textos em letra CAIXA ALTA para o primeiro e segundo anos. Ainda, apresenta pareamento com as escalas internacionais de línguas: CEFR e *Global Scale of English* em cada nível da coleção.

28. A Coleção *Dream Kids 3.0*, além do material didático físico, ainda disponibiliza acesso à Plataforma digital de conteúdos *Blinklearning*.

29. Tal plataforma oferece soluções tecnológicas para a educação, oferecendo a escolas e redes a possibilidade de distribuição de conteúdos digitais e gestão de aulas híbridas. Oferece um espaço com interface simples, intuitiva e segura para todos os perfis de usuários, a saber: gestores, professores e estudantes. A plataforma, ainda, é multi dispositivo: possui aplicativo próprio disponível para todos os sistemas operacionais de computador (Windows, iOS, Chrome OS, Linux), tablets (iOS, Android, Windows RT) e telefones celulares (Android).

30. Destaque-se ainda que as coleções da Pearson contam com livros de exercícios (*workbooks*); mídias digitais; portal educacional com plataforma virtual para professores e estudantes (online e offline) que pode ser acessada, inclusive, via smartphones e tablets, materiais exclusivos para o professor, para além de, naturalmente, oferecer livros didáticos personalizados para os professores (*teacher's books* ou *teacher's*

guide), dentre outras características que se enquadram perfeitamente às necessidades inerentes à contratação.

31. Outro diferencial do produto fornecido pela Pearson, *vis-à-vis* a coleção POP, é a funcionalidade do "Guia da Família", a qual promove um engajamento significativo dos responsáveis nas atividades escolares. Essa ferramenta não apenas proporciona uma visão abrangente do que é abordado nas aulas de língua inglesa, mas também incentiva ativamente a participação da família no processo educacional, além de encorajar o estudante a assumir uma posição de protagonista mediante sua família.

32. Destaca-se também a ênfase no trabalho com competências e habilidades do século XXI, denominadas como Soft Skills, fomentando a construção de aptidões como comunicação eficaz, trabalho em equipe e resolução de problemas. Assim, ao alinhar as Soft Skills como um elemento-chave, a coleção da Pearson contribui de maneira significativa para a formação de estudantes preparados não apenas para os desafios acadêmicos, mas também para enfrentar os desafios do mundo contemporâneo com habilidades interpessoais essenciais.

33. Além disso, a Pearson oferece serviços de assessoria pedagógica especializada, implantação da coleção presencial e online e treinamentos de materiais didáticos e tecnologias educacionais, inclusive superando as características das coleções da editora Standfor.

34. Como se percebe, não há qualquer dúvida de que a Coleção *Dream Kids* 3.0 da Pearson, assim como as ferramentas que se integram a ela, cumpre com todos os requisitos para a contratação. Para tornar de mais fácil visualização essa constatação, a Pearson preparou uma tabela comparativa entre a *Dream Kids* 3.0 e a POP, tendo como referência as principais características presentes nas coleções de livros didáticos de inglês. Confira-se:

Tabela I – Coleção Dream Kids 3.0, da Pearson *vis-à-vis* coleção POP, da editora Standfor

Principais critérios / características recorrentes em Coleções de Inglês	Coleção Dream Kids 3.0 atende ao critério?	Coleção POP - Standfor atende ao critério?
Student's Book e Workbook integrados	SIM	SIM
Material didático 100% consumível pela criança	SIM	SIM
8 Unidades	SIM	SIM
Guia da Família	SIM	NÃO
Atividades para a Família, com enunciados em Língua Portuguesa	SIM	NÃO
Páginas de apresentação do material com orientações ao professor	SIM	SIM
4 Unidades de revisão	SIM	SIM
1 Unidade de revisão após 2 Unidades trabalhadas em aula	SIM	SIM
Glossário	SIM	SIM
Adesivos (Stickers)	SIM	SIM

Atividades de recortes e destaques (Cut-Outs)	SIM	NÃO
Teacher's Book com orientações e respostas	SIM	SIM
Orientações gerais sobre o material	SIM	SIM
Dicas para o trabalho em sala de aula (gestão e planejamento)	SIM	SIM
Seção Grammar Corner (proporcionando o trabalho com os principais pontos da gramática, a partir do 3º ano)	SIM	NÃO
Canções e áudios	SIM	SIM
Plataforma digital com atividades interativas	SIM	NÃO
Animações/Vídeos para apresentação ou revisão do conteúdo	SIM	NÃO
Livro literário (de literatura) em formato digital – Readers para realização de projetos de leitura na escola	SIM	NÃO
Alinhamento com a Base Nacional Comum Curricular (BNCC)	SIM	NÃO
Alinhamento com parâmetros internacionais de Aprendizagem (Global Scale of English – GSE)	SIM	NÃO
Plataforma digital com material do professor e estudante idênticos ao impresso	SIM	NÃO
Plataforma digital com acesso exclusivo e individual, para professores e estudantes	SIM	NÃO
Atividades interativas	SIM	NÃO
16 Avaliações fotocopiáveis e editáveis	SIM	NÃO
Flashcards em versões digitais e impressos	SIM	NÃO
4 animações por nível / ano	SIM	NÃO
Animações disponíveis em três versões: narração em inglês e sem legenda; narração em inglês com legenda em inglês; narração em inglês com legenda em língua portuguesa	SIM	NÃO
Banco de Jogos	SIM	NÃO
Abordagem comprovada para o ensino de língua inglesa (Presentation, Practice, Production)	SIM	NÃO
Atividades sustentadas em Objetivos de Aprendizagem de Padrões Internacionais linguísticos (Global Scale of English)	SIM	NÃO

Áudios e Vídeos disponíveis para download via Portal	SIM	NÃO
Seção dedicada ao trabalho com competências socioemocionais (Values) – pensamento crítico, criatividade, empatia, liderança, comunicação	SIM	NÃO
Seção dedicada ao trabalho com Projetos (Project) – sustentabilidade, meio ambiente, comunidade	SIM	NÃO
Capas dos materiais com personagens que representam inclusão e diversidade	SIM	NÃO
Trabalho com seções sustentadas na abordagem Content and Language Integrated Learning (CLIL), proporcionando experiências educativas em que a língua inglesa é assumida como meio para se trabalhar quaisquer temas e conteúdos	SIM	NÃO

35. Da análise comparativa realizada acima, fica nítido que o material da Pearson é mais sofisticado e completo que aquele ofertado pela marca indicada da licitação, de modo que atende aos anseios do Município. Contudo, está sendo impedida de participar do certame porque não é aquela preferida pelo gestor público, em razão da indicação de ilegal de marca.

36. Logo, é fundamental que essa irregularidade seja corrigida pelo Município por meio da republicação do Edital.

II.3. A INDICAÇÃO ILEGAL DE MARCA NA LICITAÇÃO É MEDIDA ANTIECONÔMICA

37. O fato de o Edital indicar marca específica à revelia da expressa previsão do art. 41, I, da Lei de Licitações, por si só, já torna imperativo a suspensão do certame com a consequente republicação do ato convocatório. Mas não é só. A indicação de marca, no caso concreto, não traz qualquer benefício diferenciado ao aprendizado dos estudantes e, muito menos, ao erário municipal.

38. Ao contrário: **sem justificativa adequada, restringe a competitividade do certame e tem o potencial de, inclusive, privar os próprios estudantes (e seus pais, contribuintes) de se beneficiarem indiretamente da diferença monetária positiva que pode advir de licitação com ampla competitividade** (i.e., sem indicação de marca).

39. E mais. O art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 ("Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro" – "LINDB") impõe que as decisões administrativas sejam sempre justificadas "*em face das possíveis alternativas*" e que não se decida com base unicamente em valores abstratos, o que claramente não ocorreu, já que não houve comparação com outras coleções e a justificativa para a contratação dos livros

se pautou em objetivos absolutamente genéricos, sem sequer uma única palavra explicando por quais motivos seria imprescindível contratar a referida coleção.

40. Essa deficiência identificada no caso concreto impede a aferição da economicidade do procedimento licitatório, o que é inadmissível. Não custa repisar que a economicidade é princípio constitucional (art. 70, caput, CF) e que, por isso, *"o Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Isso significa que a contratação comporta avaliação como modalidade de relação custo-benefício."*⁸

41. Portanto, é natural que o processo licitatório tenha por objetivo a *"seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública"* (art. 11º, Lei nº 14.133/2021). Como bem explicado por Marçal Justen Filho⁹:

"6) Os fins buscados pela licitação: as 'vantajosidades'
Toda e qualquer contratação administrativa envolve uma solução quanto ao uso de recursos escassos de titularidade de um sujeito administrativo. Existe um dever de a Administração adotar a escolha mais eficiente para a exploração dos recursos econômicos de sua titularidade. Portanto e como regra, a licitação visa a obter a solução contratual economicamente mais vantajosa para a Administração." (g.n.)

42. Não é diferente o entendimento do TCU, o qual entende que a licitação *"legitima a presunção de que a proposta selecionada no certame representa a proposta mais vantajosa que poderia ser obtida pela Administração Pública"*.¹⁰ Isso se dá porque os recursos públicos são, notadamente, escassos, não podendo, então, serem desperdiçados pela Administração Pública. Nesse sentido, o mencionado autor continua:

"Em terceiro lugar, **não se admite que a licitação propicie o desperdício de recursos públicos.** Ainda que não seja orientada primordialmente à busca da vantajosidade econômica, **a licitação deverá ser orientada a obter a maior vantagem econômica possível.**

Não se admitem contratações ruinosas, especialmente quando o mesmo resultado indireto (social ou econômico) pudesse ser obtido mediante a adoção de solução economicamente mais vantajosa.

[...]

Quando a Administração desembolsa um montante de recursos para uma contratação determinada, o referido montante não poderá ser utilizado para promover outras atividades.

Por isso, **existe o dever de a Administração desembolsar o menor valor possível para obter uma prestação inclusive porque isso lhe assegurará a possibilidade de satisfazer outras necessidades com os recursos remanescentes.**" (g.n.)

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos [livro eletrônico]: Lei 8.666/1993 / Marçal Justen Filho. -- 3. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. RL-1.2

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71.

¹⁰ TCU. Acórdão 3043/2010-Plenário. Rel. Min. Weder de Oliveira. Data da Sessão: 10.11.2010

43. Assim, a conclusão pela maior vantajosidade dependeria da conjugação de duas variáveis: (i) preço e (ii) características dos bens a serem adquiridos. Entretanto, no caso concreto, a análise do Edital e de seus anexos revela que não se debruçou adequadamente sobre a questão do preço (afeta ao procedimento de pregão) e não trouxe elementos minimamente adequados para permitir a conclusão de que haveria vantajosidade na escolha pela coleção da editora Standfor em relação às suas concorrentes de mercado.

44. A bem da verdade **não se encontra qualquer análise comparativa entre os produtos da coleção POP** e outras boas coleções do mercado. Com efeito, caso a licitação seja concluída do modo como está – com indicação ilegal de marca – haveria a materialização de prejuízos ao erário. E isso é particularmente relevante, já que, em respeito ao princípio da proporcionalidade, as consequências práticas da decisão devem consideradas pelo gestor público.

45. Como se sabe, tal princípio exige dos agentes públicos equilíbrio entre as ações a serem realizadas e os seus objetivos. Assim, conforme o entendimento do TCU, **"a atuação do poder público não pode ocasionar um dano maior que aquele objetiva combater com a medida administrativa"**.¹¹

46. É por essa razão que o já citado art. 20 da LINDB estabelece que que "[N]as esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**"

47. É o alerta de Marçal Justen Filho, para quem **"[A] previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado. [...]. O processo de concretização do valor envolve não apenas a escolha de um dentre esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada. A previsão dos efeitos práticos da solução adotada é indispensável para verificar a compatibilidade entre a dita decisão e o próprio valor invocado de modo abstrato"**.¹²⁻¹³

¹¹ TCU, Acórdão nº 4911/2015, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Primeira Câmara, Data da Sessão: 01.09.2015.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018

¹³ A esse respeito, José dos Santos Carvalho Filho afirma que: A intenção do legislador foi evitar que decisões se fundamentem exclusivamente em valores abstratos, usualmente contidos na Constituição, como dignidade da pessoa humana, moralidade administrativa, interesse público, valores sociais do trabalho etc. No caso, busca-se atenuar a força normativa dos princípios realçada pelo pós-positivismo, dado que, por serem eles de grande amplitude, acabam propiciando um certo subjetivismo em sua aplicação, sobretudo porque, em última análise, quase tudo resta incluído em sua dimensão, algo que enseja insegurança jurídica. É imperioso notar, contudo, que a norma não veda decisões fundadas em valores abstratos, mas sim que sejam proferidas de modo irresponsável, sem considerar as consequências práticas delas decorrentes. A ratio consiste em evitar o que não raras vezes ocorre – decisões que culminam por encerrar consequências desastrosas pelo fato de serem proferidas sem qualquer padrão de razoabilidade. Exemplos: Município condenado a fornecer vaga para crianças até 5 anos de idade; Estado condenado a realizar obras emergenciais em estabelecimento prisional. A ideia da norma é digna de louvores, buscando reduzir o perigoso ativismo judicial, mas, sem dúvida, será, na prática, de difícil aplicabilidade. Tais decisões provocam grande incerteza jurídica e não só afastam investimentos do setor privado como também dificultam a retomada do crescimento da economia. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 36ª ed., São Paulo: Atlas, 2022 (Versão Digital)

48. Eis a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal ("STF"), em sede de controle concentrado de constitucionalidade, já se manifestou a respeito na necessidade de se considerar as consequências práticas da decisão. Confira-se:

"A tendência do Direito Administrativo contemporâneo, importa lembrar, consiste em rechaçar formulações dogmáticas incompatíveis com a realidade ou com as novas demandas da sociedade pós-moderna. **Sob o viés do pragmatismo, o Direito Administrativo passa a ser entendido como um plexo de ferramentas, um instrumentário vocacionado a oferecer soluções – e não perpetuar problemas – através da "rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento. Trata-se, afinal, de negar que o pensamento seja passível de uma fundação estática, perpétua, imutável"** (POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e prática. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 25) Nessa linha, **este Tribunal não pode desprezar as considerações práticas inerentes às contratações públicas e ao desenvolvimento da infraestrutura nacional, impondo ideais ineficientes, perfeccionistas e incompatíveis com as limitações orçamentárias, administrativas e técnicas próprias da atuação do Poder Público**. É esta, aliás, a orientação hoje contida no art. 20, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, após as alterações da Lei nº 13.655/2018, que positiva essa vertente pragmático-consequencialista da função judicante ao determinar que "nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão".¹⁴ (g.n.)

49. Como se vê, a indicação de marca específica no Edital não é apenas ilícita, mas, também, antieconômica – e, em função disso, afronta ao princípio constitucional da economicidade (art. 70, caput, CF), bem como ao mandamento da seleção da proposta mais vantajosa pela Administração (art. 5º, Lei nº 14.133/2021).

50. Essa deficiência configura não apenas uma fragilidade na elaboração dos documentos editalícios – e como reflexo, na própria licitação como um todo –, mas sobretudo uma deficiência na formação do ato administrativo em si.

51. É por essa razão que o Edital deve ser republicado para a correção da ilegal indicação de marca.

II.4. A INDICAÇÃO ILEGAL DE MARCA NA LICITAÇÃO VIOLA O DEVER DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

52. Para além do exposto até então, a indicação dos materiais da coleção POP, da editora Standfor, como os únicos passíveis de aquisição, contém evidentes vícios de motivação.

¹⁴ STF. ADI 4645, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux. Data da Sessão: 12.09.2023.

53. É fato que o gestor público possui uma certa margem de liberdade¹⁵ para atuar, a partir da qual ele é capaz de definir, de acordo com o interesse público, o material didático mais adequado à satisfação das necessidades administrativas, em face das alternativas existentes.

54. Entretanto, a **"competência discricionária não atribui à autoridade administrativa o poder jurídico para produzir o ato que bem entender"**¹⁶, de modo que não será válido **"o ato administrativo concreto que praticado no exercício de competência discricionária, invoque como fundamento de sua validade exclusivamente a autonomia de escolha decisória"**.¹⁷

55. Não é só. Como afirma Marçal Justen Filho, a **"competência discricionária assegura à autoridade administrativa o poder de escolher entre diversas alternativas, sempre impondo aquela que se configure como a mais satisfatória e adequada em face das circunstâncias"**. É natural, portanto, que a escolha de determinada alternativa dependa da formalização dos motivos da decisão adotada, o que **"se constitui em requisito indispensável para permitir o controle da regularidade da atividade administrativa"**.

56. Assim, considerando que a validade do ato administrativo está condicionada não apenas a sua motivação adequada, mas, sobretudo, a comprovação de sua vantajosidade em face das alternativas existentes, **a indicação específica da coleção POP na licitação não deve subsistir**. Isso porque, como já exposto, essa motivação não apenas não ocorre no caso concreto, como também não houve uma análise comparativa entre diversos materiais didáticos.

57. Rememore-se que a Lei nº 9.784/1999 ("Lei de Processo Administrativo") obriga os gestores públicos a motivarem seus atos de maneira **"explícita, clara e congruente"** (art. 50, § 1º), sendo essa conduta ainda mais importante quando se está a excepcionar um comando legal expresso, como ocorre no caso concreto (art. 41, I, Lei nº 14.133/2021).

58. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que os **"atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são insuficientes e invalidáveis"**.¹⁸ É por essa razão que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") é uníssona no que diz respeito à necessidade de motivação adequada e suficiente dos atos administrativos. Confira-se:

"[...] 3. O princípio da motivação regula a condução dos atos administrativos que negam, limitam ou afetam direitos e interesses do administrado. É certo que o ato administrativo,

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello define discricionariedade como **"a margem de liberdade" que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente**". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 440.)

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico] / Marçal Justen Filho. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018 .

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116.

para que seja válido, deve observar, entre outros, o princípio da impessoalidade, da licitude e da publicidade. Estes três pilares do Direito Administrativo fundem-se na chamada motivação dos atos administrativos, que é o conjunto das razões fáticas ou jurídicas determinantes da expedição do ato.

4. O motivo do ato administrativo é pressuposto de fato e de direito, servindo-lhe de fundamento objetivo. Não se confunde, contudo, com a motivação, que é o dever de exposição dos motivos, a demonstração de que os pressupostos de fato e de direito realmente existiram no caso concreto. A motivação, nos atos administrativos, é obrigatória e irrecusável, não existindo, neste ponto, discricionariedade alguma por parte da Administração." ¹⁹ (g.n.).

"1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato." ²⁰ (g.n.)

59. Entretanto, em afronta à legislação ordinária, à jurisprudência do STJ e à doutrina, não se demonstrou em momento algum, por qual motivo apenas a coleção POP seria capaz de atender às necessidades dos discentes do Município.

60. A grande verdade é que não existe qualquer explicação ou justificativa técnica e satisfatória que autorize concluir que a referida coleção teria características que, além de mais vantajosas, seria a única capaz de atender às necessidades dos alunos do Município.

61. Aliás, não há razões plausíveis para crer que apenas as turmas do Município detenham características tão particulares a ponto de necessitarem dessa coleção em específico. Isso, sobretudo, levando em consideração que, em todo o Brasil, são realizadas licitações com ampla competitividade entre diversas editoras para fornecimento de coleções didáticas equivalentes, sem que haja notícias de que alguma não se presta a viabilizar a aprendizagem.

62. Nesse sentido, vale mencionar que o TCU, recentemente²¹, assentou posicionamento de que o direcionamento da licitação para marca específica sem a devida justificativa técnica adequada pode ser, até mesmo, tipificado como erro grosseiro (art. 28, da LINDB), para fins do exercício do poder sancionatório do TCU.

63. Destaca-se também que o TCU²² também reafirmou o entendimento de que, diante de impugnação ao edital apontando a existência de cláusulas restritivas à competitividade do certame (como

¹⁹ STJ, AgInt no AREsp nº 1.108.757/PI, 1ª Turma, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 30.11.2020.

²⁰ STJ, Mandado de Segurança nº 9.944/DF, 1ª Turma, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, j. em 25.05.2005.

²¹ TCU. Acórdão 1264/2019 – Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Data da Sessão: 05.06.2019.

²² TCU. Acórdão 7289/2022 – Primeira Câmara. Rel. Min. Vital do Rêgo. Data da Sessão: 10.10.2022.

é o caso), **é dever do responsável por conduzir licitação no âmbito da Administração realizar a revisão criteriosa dessas cláusulas, sob pena de responsabilização**, na medida em que seu dever funcional a correção de ilegalidades que cheguem ao seu conhecimento.

64. Logo, é fundamental que se revise o encaminhamento dado, alterando o Edital e possibilitando a apresentação de materiais equivalente de outras editoras, sob pena de a contratação afrontar não só a Lei de Licitações, mas os princípios da isonomia, da ampliação da competitividade, do julgamento objetivo, da impessoalidade, da eficiência e da economicidade.

III. AS POSSIBILIDADES CONCEDIDAS AO MUNICÍPIO

65. Como demonstrado acima, há uma impossibilidade não apenas jurídica, mas fática, de o Município justificar de forma suficiente e adequada a aquisição específica dos materiais didáticos da coleção POP. Portanto, a solução para a resolução desse impasse (que macula a legalidade do Pregão) passa por duas etapas subsequentes.

66. A primeira delas é a suspensão da licitação para correção dos vícios de legalidade aqui apontados. A segunda, e subsequente, é a republicação do Edital com novas especificações para o objeto a ser adquirido, as quais, ao contrário de restringir a competitividade, estimulem a competição no certame.

67. Para tanto, vislumbra-se dois caminhos não excludentes (sem prejuízos de outros a serem definidos pelo Município). O primeiro seria a análise de conjunto representativo de outros editais (de outros municípios e estados) com objetivos semelhantes ao do atual, mas sem indicação de marca e outras restrições à competitividade do certame, para verificar como tem sido elaborados os termos de referência e as especificações do objeto.

68. O segundo caminho é a utilização das características (da coleção POP) consideradas essenciais pelo Município para balizar as especificações técnicas do objeto do Pregão no Edital a ser republicado, após a devida análise comparativa de materiais didáticos de outras editoras.

69. O TCU²³, ainda no âmbito da Lei nº 8.666/1993, tem diversos julgados²⁴ no sentido de permitir a utilização das características de determinada marca para facilitar a descrição do objeto da licitação, desde que (i) tecnicamente justificada a escolha da marca e das respectivas características e (ii) a indicação da marca-parâmetro esteja seguida de expressões do tipo "ou equivalente", "ou similar" ou "ou de melhor

²³ "A vedação à indicação de marca (arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (arts. 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada." TCU. Acórdão 2829/2015-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas. Data da Sessão: 04.11.2015.

²⁴ TCU. Acórdão 808/2019 – Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão: 10.04.2019; Acórdão 113/2016 – Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Data da Sessão: 27.01.2016; dentre outros.

qualidade", permitida a exigência de que as licitantes demonstrem desempenho, qualidade e produtividade compatíveis (se aplicáveis) com a marca de referência mencionada.

70. Seguindo o caminho da jurisprudência do TCU, a Nova Lei de Licitações previu essa possibilidade expressa e excepcionalmente no seu art. 41, I, 'd' ("*quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo **aptos a servir apenas como referência***"), condicionada à apresentação de justificativa adequada. E esse, como visto, não foi o caso.

71. De toda forma, vale frisar que as especificações técnicas a serem previstas no Edital, mesmo que aderentes às coleções primeiramente pretendidas, não podem restringir, indevidamente, a competitividade da licitação.

72. Os dois caminhos acima são apenas sugestões, sabendo-se que a decisão quanto à forma de corrigir essa irregularidade está, é claro, no âmbito de discricionariedade dos gestores públicos. O que cabe a esta Impugnação é o apontamento da evidente irregularidade descrita e quanto a isso, evitando-se representações ou judicializações desnecessárias para as sanar.

IV. REQUERIMENTOS

73. Por todo o exposto, requer-se o conhecimento desta Impugnação e o seu deferimento, no sentido de que seja suspensa a Licitação, para **correção das irregularidades apontadas** e, conseqüentemente, republicação do Edital sem esse vício.

Termos em que,
Pede deferimento.

Louveira, 18 de abril de 2024.

PATRICIA SILVEIRA
FLAVIO:33309180808

Assinado de forma digital por PATRICIA
SILVEIRA FLAVIO:33309180808
Dados: 2024.04.18 10:05:50 -03'00'

PEARSON EDUCATION DO BRASIL LTDA
PATRICIA SILVEIRA FLAVIO
GERENTE DE RELAÇÕES GOVERNAMENTAIS
CPF: 333.091.808-08
RG: 434191383 SSP SP