

AO

**MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO
ASSESSORIA ESPECIAL PARA MODERNIZAÇÃO DA GESTÃO
CENTRAL DE COMPRAS E CONTRATAÇÕES – CENTRAL**
SRTVS Quadra 701, Bloco M, 1º andar, Edifício Dário Macedo
Brasília/DF
CEP: 70.340-909
E-mail: central.licitacao@planejamento.gov.br

**Ref.: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 03/2015.
PROCESSO nº 04300.002982/2013-73**

MICROSENS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob n.º 78.126.950/0003-16, e, inscrição estadual n.º 101.653.24-24, com sede em Londrina – Paraná, na Rua Dr. Elias César, n.º 55, sala 203, 2º andar, bairro Caiçaras, por seu representante legal, com a assistência de seus advogados, comparece respeitosamente perante Vossa Senhoria para apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** com fulcro no art. 41 §§ 1º e 2º e seguintes, da Lei n.º. 8.666/93 e art. 18 do Decreto n.º. 5.450/05 e item 21.2 do Edital:

I – DOS FATOS:

A signatária tem interesse em participar do Pregão Eletrônico nº 03/2015, cujo objeto é a *“aquisição de equipamentos de videoconferência, áudio e vídeo para instalação em salas de reunião e auditórios, abrangendo a instalação e a garantia on-site, pelo período de 36 (trinta e seis) meses”*. Todavia, analisando os termos e condições editalícias, constatou que o mesmo apresenta ilegalidades, que passa a expor.

II – DO DIREITO:

A. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA DISPUTA EM VIRTUDE DOS DOCUMENTOS EXIGIDOS (DECLARAÇÃO DO FABRICANTE) NÃO ESTAREM CONTEMPLADOS NO ROL DE DOCUMENTOS EXIGÍVEIS NOS ARTIGOS 27 À 31 DA LEI 8.666/93:

Em análise ao disposto no edital, no que se refere à documentação de qualificação técnica/ habilitação, são exigidos documentos e declarações a serem emitidas pelo fabricante, conforme itens abaixo destacados:

8.3.1.9 Os serviços de instalação deverão ser executados e supervisionados por pelo menos 1 (um) técnico certificado pelo fabricante da solução proposta. Entende-se nesse caso, para o lote 1 (um), os fabricantes referentes aos equipamentos de videoconferência.





9.5.4.3 Declaração do fabricante de garantia de continuidade de fabricação de equipamentos para reposição por período de 36 (trinta e seis) meses, ou de que, caso haja descontinuidade dos elementos, o fabricante se responsabilizará pela troca completa dos equipamentos que apresentarem defeito ou falhas, sem custo adicional.

9.8.3 A qualificação técnica dos funcionários que trabalharão no projeto, por meio de Certificado ou Atestado de Capacidade Técnica, emitidos pelo fabricante do equipamento, declarando que são devidamente treinados e com capacitação técnica inerente ao desempenho da atividade pertinente e compatível com as características do objeto da licitação, bem como da entrega, montagem, instalação física e garantia dos equipamentos que irão atender a CONTRATANTE. Responsabilizarse por quaisquer danos ou prejuízos causados aos equipamentos, instalações, patrimônios e bens da Administração ou de terceiros, em decorrência da entrega ou retirada dos produtos e da execução dos serviços garantia.

9.8.4 Apresentar Atestado de capacidade técnica emitido pelo fabricante dos seguintes itens: 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.1.4, 1.1.7, 1.1.8, 1.1.9, 1.1.10, 1.1.11, 1.1.12, 1.1.13, 1.1.14, 1.1.15, 1.1.16, 1.1.17, 1.1.20, 1.1.21, 1.1.22, 1.1.23, 1.1.24, 1.1.31, 1.1.32, 1.1.35, 1.1.36, 1.1.41, 1.1.42, 1.1.46, 1.1.47, 1.2.1, 1.2.2, 1.3.2, 1.3.3, 1.3.4, 1.3.5 e 1.3.6.

19.9 Declaração do fabricante de garantia de continuidade de fabricação de peças e equipamentos para reposição por período de 36 (trinta e seis) meses, ou de que, caso haja descontinuidade dos elementos, o fabricante ou CONTRATADA se responsabilizará pela troca completa dos equipamentos que apresentarem defeito ou falhas, sem custo adicional para a CONTRATANTE.

Em que pese o interesse do Ministério do Planejamento adotar medidas para resguardar o cumprimento da execução do contrato, no tocante à assistência técnica, principalmente, tem-se que a exigência cominada acima fere o caráter competitivo do certame e, portanto, é ilegal.

Já é sabido que, quando o licitante participa da sessão eletrônica está ciente de suas obrigações, bem como das sanções a ela imposta quando de sua falta em seu dever, sendo que a limitação indicada nos itens acima, causa alijamento de todos os licitantes capazes de executar o contrato.

Igualmente, as regras do Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicadas aos Contratos Administrativos e, nesse caso, a Lei nº. 8.078/90, no artigo 18, estabelece responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor de produtos, o que torna desnecessária a exigência acima, pois a legislação já determina a vinculação de responsabilidades quanto à garantia do produto.

Quanto à exigência do item 8.3.1.9, de que a instalação deverá ser executada por profissional certificado pelo fabricante, igualmente padece de razoabilidade a referida exigência.

Se assim o fosse, bastaria exigir técnicos autônomos certificados pelo fabricante, e não empresas (pessoa jurídica) que estivessem aptas a prestar os serviços de garantia com grau mínimo de qualidade, pois esta informação só seria possível através de fabricante que tivesse estrita relação comercial com o licitante.

E nem poderia se alegar que este quesito é essencial para o tipo de objeto licitado, respeitado a importância dos documentos oriundos deste Ministério, pois a Administração possui meios eficazes de combater possíveis descumprimentos contratuais seja na figura do fabricante, distribuidor, revendedor, ou do licitante, sem que haja vínculo com os demais.

Inicialmente registre-se que, na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei nº. 8.666/93 (art. 30, § 5º). **Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas.**

A carta magna, em seu art. 37, inc. XXI, traz uma visível determinação no sentido de que os requisitos de capacitação técnica das licitantes sejam reduzidos ao mínimo possível. Como registrado por José Cretella Júnior, **"apenas serão admitidas exigências absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação"** (In Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ed. Forense Universitária, 2ª ed., 1992, v. IV, p. 249).

E foi exatamente para dar maior sustentabilidade ao artigo esculpido na Carta da República que a Lei de Licitações veio a determinar e **limitar em seus artigos 27 à 31 os documentos que podem ser requisitados para fins de habilitação em uma licitação.**

A Lei nº. 8.666/93 estabelece o rol dos documentos que podem ser exigidos em uma licitação para fins de habilitação, todavia, a exigência trazida nos itens acima viola aquele dispositivo. Destarte, **é certo que a previsão no edital, constitui ato ilegal e contrário à ampla competitividade e isonomia do certame.**

E sobre o tema, **exigências que extrapolam os comandos dos artigos 27 a 31 da 8.666/93 o TCU**, em diversas oportunidades, **considerou ilegal a exigência de exigência de certidões, certificados, alvarás como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios**, por não estarem contemplados no art. 27 a 31 da Lei nº. 8.666/93 c/c o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Basta para tanto, uma simples das decisões (Decisão nº 792/2002-Plenário; Decisão nº 1.140/2002-Plenário; Acórdão nº 2.521/2003-Primeira Câmara; Acórdão nº 2.783/2003-Primeira Câmara; Acórdão nº 1.355/2004-Plenário; Acórdão nº 36/2005-Plenário; Acórdão nº 697/2006-Plenário; Acórdão nº 1.844/2006-Primeira Câmara; Acórdão nº 1.979/2006-Plenário Acórdão nº 473/2004 – Plenário; Decisão 739/2001 – Plenário, dentre tantas outras).

E para arrematar a questão, o TCU corrobora a tese da signatária:

1. Para habilitação de licitantes em pregão eletrônico, deve ser exigida, exclusivamente, a documentação disposta no art. 14 do Decreto nº 5.450/2005. Dessa forma, **indiscutível é a falta de amparo legal para**



exigência de declaração do fabricante do produto como condição para habilitação, o que conduz à anulação do processo licitatório.

(TCU. ACÓRDÃO 1729/2008 – Plenário. Ministro Relator Valmir Campelo. Dou 22/08/2008)

A declaração emitida pelo fabricante, para demonstrar alguma condição de qualificação técnica para classificação, tem sido **reiteradamente condenada pelo Tribunal de Contas da União** (e.g., Acórdãos nos 216/2007, 423/2007 e 539/2007, todos do Plenário), bem como os Acórdãos nº. 1.670/2003, 1.676/2005, 223/2006, 2.056/2008, do Plenário, e 2.294/2007 – 1ª Câmara, por restringir indevidamente a competitividade dos certames.

O edital exige que o fabricante se responsabilize a substituir equipamentos defeituosos para reposição ou ainda, caso haja descontinuidade que oferte a troca do equipamento, sem nenhum custo. **Essa obrigação deve vincular somente a Contratada**, não devendo a fabricante ter de emitir a referida declaração.

Ademais, tanto o licitante quanto o fabricante, outrossim, estão coobrigados a fornecer peças de reposição, pois decorre de obrigação legal, conforme art. 32 do CDC:

Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

Já o Decreto-Lei n. 2.181/97, em seu inc. XXI, do art. 13, dispõe que o período razoável nunca pode ser inferior ao tempo de vida útil do produto ou serviço, assim, se mostra necessária a análise in concreto do período que será tido como razoável para gerar a obrigação, sempre desprezando os exageros, para que seja estimada a média de expectativa de vida útil do produto. Ou seja, **totalmente dispensável apresentação de declaração do fabricante**.

Além disso, **as exigências editalícias exigem do potencial licitante vínculo com o fabricante, que malfeire a competitividade e a isonomia requeridas ao certame**. Nesse sentido, pertinente, por similar, a análise do Ministro Relator, no âmbito do TC 002.887/2007-2:

“2.4 Cabe registrar que, em licitações envolvendo bens e serviços de informática não é raro a exigência de apresentação da chamada ‘carta de solidariedade’ ou ‘carta de responsabilidade’ do fabricante, porém, apenas como critério de pontuação. Em geral, essa carta tem como finalidade garantir que a assistência técnica e a manutenção dos equipamentos sejam realizados de acordo com os padrões mínimos estipulados pelos próprios fabricantes (Acórdãos TCU 1.670/2003 e 223/2006, ambos do Plenário).

Tal ato fere o caráter competitivo do procedimento de licitação, expressamente previsto no artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I da Lei 8.666/93. Veja-se, a Decisão **DC-0811-38/00 do E. Tribunal de Contas da União** em seu subitem 20.2, que determinou o seguinte:

[...] não incluem a exigência, como condição de habilitação, de declaração de co-responsabilidade do fabricante do produto ofertado, por falta de amparo legal, além de constituir uma cláusula restritiva do caráter competitivo das licitações, por não ser, em princípio, uma condição indispensável à garantia do cumprimento das obrigações advindas dos contratos a serem celebrados (cf. art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e art. 37, inciso XXI, parte final da Constituição Federal). [...]” – grifamos.

A exigência que o fabricante declare que possui profissional técnico certificado e treinado, bem como irá substituir os equipamentos eventualmente defeituosos, restringe a participação de diversos licitantes.

Em que pese a justificativa da Administração em obter a assistência do fabricante na abertura de chamados diretamente com aquele, tal medida mostra-se inócua uma vez que rompe a competitividade entre as empresas interessadas a participar no certame.

Tal exigência constante do edital licitatório acabaria por ofender a livre concorrência, havendo que se temperar o rigorismo formal de tal exigência, a fim de manter o caráter competitivo do certame, selecionando-se a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Sendo assim, postula-se pela regularização do edital, sendo retiradas as exigências editalícias restritivas da competitividade, nos termos da fundamentação.

B. AQUISIÇÃO POR LOTES – PREJUÍZO AO ERÁRIO:

O objeto da licitação é aquisição de equipamentos de videoconferência, áudio e vídeo para instalação em salas de reunião e auditórios, abrangendo a instalação e a garantia on-site, sendo o critério de julgamento o **MENOR PREÇO**.

Para que as licitantes tragam benefícios à administração pública, e não sejam alijadas do processo, **é necessário que o Lote 1 seja repartido em itens individualizados, ou em categorias de produtos**, pois outros licitantes terão condições de participar apresentando seu produto (Relação Comercial existente entre a licitante e fornecedor), com igualdade de condições.

Aliás, nesse sentido o Tribunal de Contas da União editou a seguinte Súmula vinculante em relação aos atos da administração pública:

SÚMULA Nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.



Ou seja, para que esta administração realize licitação por Lote tem que obrigatoriamente vincular no processo administrativo estudo técnico e mercadológico que **OBJETIVAMENTE** justifique a aquisição de equipamentos por Lote, não bastando apenas a divulgação sobre a possibilidade de que a administração pública receberá propostas mais benéficas ao adquirir produtos por lote. Para tanto, observe-se o Acórdão 595/2007 – Plenário:

*Estabeleça no edital **critérios objetivos** a serem observados, visando a assegurar que somente sejam adjudicados a uma mesma empresa os lotes para os quais apresente os requisitos necessários a garantir o cumprimento das obrigações contratuais assumidas.*

Tais requerimentos justificam-se uma vez que são várias as empresas que possuem **vantagens comerciais na comercialização de itens específicos do edital.**

No caso retratado, no Lote 01, uma empresa pode ser revenda autorizada de determinado fabricante de equipamentos/ hardware de HDMI, câmeras, terminais, servidores, *switchers* etc, e não o ser de monitores, matriz de vídeo, sistema de áudio etc, fazendo com que a cotação de todo o lote se encareça, perdendo obviamente, a economia e o menor preço.

A signatária não pretende causar transtornos com mudanças de datas de Editais, e entende que não devem também ser feitas mudanças para se adaptar a necessidade dos participantes, contudo **NÃO PODE FICAR A COMPETITIVIDADE DO CERTAME PREJUDICADA.**

Nesse sentido, veja-se a **recentíssima decisão do Tribunal de Contas da União**, através do Acórdão 2695/2013-Plenário, Processo TC 009.970/2013-4, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, datada de 02.10.2013:

4. A adoção de critério de adjudicação pelo menor preço global por lote em registro de preços é, em regra, incompatível com a aquisição futura por itens, tendo em vista que alguns itens podem ser ofertados pelo vencedor do lote a preços superiores aos propostos por outros competidores.

Representação relativa a licitação promovida pelo Comando Militar do Leste (CML), mediante pregão eletrônico destinado a registro de preços para futura e eventual aquisição de equipamentos, acessórios e materiais de informática, apontara possível restrição à competitividade do certame. A limitação decorreria, dentre outros aspectos, da utilização injustificada de licitação por lotes. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais, o relator destacou, em preliminar, que a licitação fora “dividida em grupos, formados por um ou mais itens, (...) facultando-se ao licitante a participação em quantos grupos forem de seu interesse, devendo oferecer proposta para todos os itens que o compõem”. Relembrou que a jurisprudência do TCU “tem sido no sentido de que a adoção da adjudicação do menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, pode ser excepcionalmente admissível se estiver embasada em robusta e fundamentada justificativa, capaz de demonstrar a vantajosidade dessa escolha comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação

por menor preço por item, em cumprimento às disposições dos arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei n. 8.666/1993". E anotou que "a modelagem de que se valeu o Comando Militar do Leste, isto é, a adjudicação pelo menor preço global por grupo/lote concomitantemente com a disputa por itens, já foi objeto de crítica por parte do Tribunal de Contas da União (...) nos autos do TC 022.320/2012-1 (Acórdão n. 2.977/2012 – Plenário)". Desse julgado, destacou importante excerto, no qual se lê: "A adjudicação por grupo, em licitação para registro de preços, sem robustas, fundadas e demonstradas razões (fáticas e argumentativas) que a sustente, revela-se sem sentido quando se atenta para o evidente fato de que a Administração não está obrigada a adquirir a composição do grupo a cada contrato, podendo adquirir isoladamente cada item, no momento e na quantidade que desejar. (...) O que fica registrado quando a adjudicação se dá pelo menor preço por grupo, não é o menor preço de cada item, mas o preço do item no grupo em que se sagrou vencedor o futuro fornecedor. (...) Em modelagens dessa natureza, **é preciso demonstrar as razões técnicas, logísticas, econômicas ou de outra natureza que tornam necessário promover o agrupamento como medida tendente a propiciar contratações mais vantajosas, comparativamente à adjudicação por item. É preciso demonstrar que não há incoerência entre adjudicar pelo menor preço global por grupo e promover aquisições por itens, em sistema de registro de preços. A Administração não irá adquirir grupos, mas itens. Repisando, na licitação por grupos/lotos, a vantajosidade para a Administração apenas se concretizaria se fosse adquirido do licitante o grupo/lote integral, pois o menor preço é resultante da multiplicação de preços de diversos itens pelas quantidades estimadas. Em registro de preços, a realização de licitação utilizando-se como critério de julgamento o menor preço global por grupo/lote leva, vis à vis a adjudicação por item, a flagrantes contratações antieconômicas e dano ao erário, potencializado pelas possibilidades de adesões, uma vez que, como reiteradamente se observa, itens são ofertados pelo vencedor do grupo a preços superiores aos propostos por outros competidores"** (grifos do relator). Analisando o caso concreto, registrou o relator que os argumentos apresentados pelo CML foram incapazes de demonstrar a vantajosidade do modelo escolhido. Em conclusão, considerando a efetiva competição verificada no pregão, exceto em um dos grupos, optou o relator pela manutenção da licitação, "devido à possibilidade de que os ganhos com a repetição do certame sejam inferiores ao custo de um novo procedimento". Nesse sentido, caracterizada falha estrutural nesse tipo de modelagem, sugeriu fosse expedida determinação destinada a adoção de iniciativa junto à Secretaria de Logística e Tecnologia do Ministério do Planejamento "no sentido de que seja desenvolvido mecanismo que impeça a administração, em pregões eletrônicos regidos pelo sistema de registro de preços com a opção pela adjudicação por grupos, de registrar em ata de registro de preços item com preço superior àquele de menor valor resultante da disputa por itens dentro do respectivo grupo, ainda que o item de maior valor faça parte da proposta vencedora contendo o menor valor global por grupo", bem como determinação ao CML para que restrinja a utilização da ata de registro de preços ao próprio órgão. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou parcialmente



procedente a Representação, expedindo, dentre outras, as determinações propostas. Acórdão 2695/2013-Plenário, TC 009.970/2013-4, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 02.10.2013

Por esta razão, em prol do aumento real de competitividade, conforme orientações do Tribunal de Contas da União, não devem ser feitas licitações de produtos englobados, mas sim individualizados, o que ampliaria o leque de empresas participantes que por certo se dedicam a um único produto ou um único lote de fabricante, evitando-se, pois, atravessadores.

Sendo o Edital por lote e existindo somente alguns itens que a licitante pretende participar, como a administração poderá selecionar a proposta mais vantajosa? Sendo desmembrado, o que se espera, existirão inúmeras empresas em condições plenas de se sagrarem vencedoras da presente licitação.

Como se demonstra, é possível ser realizado o desmembramento para assegurar a **ISONOMIA** e permitir a participação do maior número de fornecedores, possibilitando, assim, a aquisição de produtos com melhores preços sem alterar a qualidade dos mesmos.

A manutenção do critério pelo Lote trará **PREJUÍZOS PARA O PRÓPRIO ÓRGÃO**, uma vez que normalmente os licitantes não dispõem de todos os itens que compõem o lote e, desta forma, terão de buscar no mercado os produtos que não comercializa para poder atender a todos os itens do lote pertinente.

Contudo, há de se convir que, nessa situação, estará havendo sempre um terceiro fornecedor, que não atuará diretamente para o Órgão, mas sim para o licitante.

Há, assim, somente vantagens para a Administração em fazer as cotações desmembrando o lote 01, pois cada item esgotará a capacidade tanto em termos de **QUALIDADE, DISPONIBILIDADE E PREÇOS**.

Note-se, ainda, que, em outras ocasiões, o **Tribunal de Contas da União/ TCU** já decidiu diversas vezes pela restrição à competitividade gerada pelo referido critério, senão vejamos:

*“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. não conhecer da presente solicitação, por não atender aos requisitos do art. 210 do Regimento Interno do TCU; 2. firmar o entendimento, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, § 1º, inciso I; art. 8º, § 1º e artigo 15, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/93, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da **adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes** que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade; e 3. comunicar esta Decisão, enviando cópia da mesma, bem assim da Instrução, Relatório e Voto: 3.1. às unidades integrantes dos*

sistemas de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para conhecimento e orientação aos órgãos e entidades vinculados; 3.2. ao Requerente para conhecimento.” (decisão nº 393/1994)

Não bastasse tal entendimento o Acórdão 1591/2005 – Plenário, abaixo transcrito em parte, revela que:

*“(...) 33. Por tais razões, a jurisprudência desta Corte de Contas tem firmado entendimento de que o **parcelamento de objeto de natureza divisível é, em regra, obrigatória, conforme Decisão TCU nº 393/1994 - Plenário: '2. firmar o entendimento, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, § 1º, inciso I; art. 8º, § 1º e artigo 15, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/93, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispendo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade; (...)' 34. Esse entendimento vem sendo renovado por este Tribunal em sucessivos julgados, destacando-se, a propósito, as Decisões nºs 203/1999, 503/2000, 540/2000 e Acórdãos nºs 298/2002, 300/2003, 357/2005, todos Plenário.***

E ainda o Acórdão 4161/2009 – Segunda Câmara:

Divida o objeto da licitação em lotes, licitando tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se dessa forma com vistas ao **melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala, nos termos do art. 23 da Lei no 8666/1993.**

E o Acórdão 2392/2006 – Plenário:

Verifique a possibilidade de se utilizar a adjudicação por itens, bem como que na eventualidade de divisão do objeto em lotes, que estes sejam compostos de bens com características que permitam a maior competitividade ao certame, consoante previsto nos arts. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei no 8.666/1993, bem como o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União na Decisão no 393/1994.

O saudoso Prof. **Hely Lopes Meirelles**, em sua obra “Licitação e Contrato Administrativo” observava que: “*É nulo o edital omissivo ou errôneo em pontos essenciais, ou que contenha condições discriminatórias ou preferências, que afastem determinados interessados e favoreçam outros*”.

Raul Armando Mendes, estudioso da matéria, em sua obra “Comentários ao Estudo das Licitações e Contratos Administrativos”, Ed. Revista dos Tribunais, às fls.18, quando comenta o art. 3º da Lei 8.666/93, assim se manifesta: “*Os incisos I e II, destacam*



o caráter competitivo da licitação, vedando que qualquer agente do Poder Público crie cláusulas ou condições que venham comprometer, restringir ou frustrar o procedimento.”

Sabe-se que a licitação visa a duas finalidades igualmente relevantes – atendimento ao princípio da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa. Estas duas finalidades unem-se para o perfeito cumprimento das disposições legais e também para evitar a violação de direitos e garantias individuais.

Em razão do critério de julgamento pelo menor preço, esta administração pública deixará de economizar e pagar preços bem acima do valor que poderia pagar se o critério de julgamento fosse por **TIPO DE PRODUTO**, não justificando esta forma de julgamento tal como previsto no edital.

Portanto, **requer-se o desmembramento do lote 1, em itens individualizados, ou ainda, por categorias de produtos.**

C. DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO PARA AQUISIÇÃO DE BEM COMUM.

Por fim, diante de todas as considerações aqui expostas e pelos argumentos apresentados, a licitação na modalidade pregão tem como objetivo a aquisição de bens e serviços comuns, conforme expressa o artigo 1º da Lei 10.520/02:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Neste contexto, criar determinadas exigências e regulamentos, tornando o objeto por demais específico (tal como ocorre com o presente edital), desnatura a noção de bem comum, sendo que para tanto, colaciona-se o entendimento de Armando Moutinho Perin a respeito dos conceitos de bens e serviços comuns:

[...] somente poderão ser classificados como "comuns" os bens e serviços de fácil identificação e descrição, cuja caracterização tenha condições de ser feita mediante a utilização de especificações gerais, de conhecimento público, sem prejuízo da qualidade do que se pretende comprar. Bem comum, para fins da Lei nº 10.520, é, por exemplo, um automóvel, em que a indicação de apenas algumas características, de conhecimento público e notório, mostra-se suficiente para identificação plena do objeto. Serviço comum, por exclusão, é todo aquele que não pode ser enquadrado no art. 13 da Lei nº. 8.666, que arrola os serviços qualificados como técnicos profissionais especializados.

No caso, pela noção de bem comum, há muita especificidade que seria melhor licitar através de outra modalidade que não fosse pregão eletrônico, seja no quesito de especificação técnica, seja na exigência de documentos para comprovação de qualificação técnica, descaracterizando a modalidade de pregão, uma vez que está em

desconformidade, com a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), visto que fere diretamente o caráter competitivo do procedimento licitatório, pois o torna tão específico que não se obterá o menor preço, se fosse considerado o conceito de “bem comum”.

Todavia, mesmo não existindo essa justificativa, o pregão eletrônico não seria o procedimento adequado para licitar, visto que a indicação expressa de especificações restritivas (levando em consideração ser um “bem comum”) é característica incompatível, que é sempre utilizado nos processos de aquisição de bem comum.

Contudo, caso a exigência dos itens editalícios sejam essenciais para a prestação de serviço que o d. órgão precisa, aconselha-se a opção pela modalidade diversa de pregão, a exemplo da concorrência do tipo técnica e preço e não pregão.

Desta forma, amparada nas legislações que norteiam o procedimento de licitação e na doutrina majoritária, a impugnante demonstrou que são incompatíveis a permanência de determinadas disposições no presente edital convocatório, pois tais convalidam de ilegalidades.

D. DA ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DAS PENALIDADES:

A minuta do contrato e o Edital estipulam as situações em que poderão incidir a aplicação de penalidades de multa. Todavia, os índices utilizados e percentuais de multas não atenderiam a finalidade da penalização, pois representariam onerosidade à Contratada por eventual descumprimento de prazos, levando a administração ao enriquecimento sem causa, desvio da finalidade, pois os índices de aplicação de multa são excessivos e extrapolam a razoabilidade e conveniência do ato administrativo.

Vejamos:

13.2.2 Multa;

13.2.2.1 Multa moratória de 5% (cinco por cento) sobre o valor do Contrato, pela recusa da CONTRATADA em assinar Contrato, e pela não apresentação da documentação exigida no Edital para sua celebração, nos prazos e condições estabelecidas, caracterizando o descumprimento total da obrigação assumida, com base no art. 81 da Lei nº 8.666, de 1993, independentemente das demais sanções cabíveis;

13.2.2.2 Multa moratória de 1% (um por cento) sobre o valor do item, ou conjuntos de itens, por dia de atraso, no caso da CONTRATADA não entregar e/ou não instalar os equipamentos nos prazos estipulados no subitem 7.2, até o limite máximo de 30 (trinta) dias;

13.2.2.3 Multa moratória no percentual de 10% (dez por cento), calculada sobre o valor total do contrato, pela inadimplência além do prazo acima, o que poderá ensejar a rescisão do Contrato, independentemente das demais sanções cabíveis;

13.2.2.4 Multa moratória de 5% (cinco por cento) sobre o valor do contrato, pela inexecução parcial, total ou execução insatisfatória do contrato, aplicada em dobro na sua reincidência, ou pela interrupção da execução do contrato sem prévia autorização da CONTRATANTE, independentemente das demais sanções cabíveis;

13.2.2.5 Multa moratória de 1% (um por cento) sobre o valor do contrato, pela recusa em corrigir qualquer objeto rejeitado ou com defeito, caracterizando-se a recusa caso a correção não se efetivar nos 10 (dez) dias que se seguirem à data da comunicação formal da rejeição ou defeito, independentemente das demais sanções cabíveis;

13.2.2.6 Multa moratória de 1% (um por cento) sobre o valor do contrato, pela mora na apresentação, além dos prazos definidos neste documento, do PPI, do PDI ou do Relatório de Acompanhamento de Nível de Serviço Mínimo, constante dos subitens 7.2, 8.2.7, 11.9 ou mesmo com a apresentação desse documento com informações incorretas;

13.2.2.7 Multa moratória de 1% (um por cento) sobre o valor total do Contrato, por descumprir ou infringir qualquer das obrigações estabelecidas nos demais itens referentes ao item 10 – Das Obrigações da Contratada, aplicada em dobro na sua reincidência, independentemente das demais sanções cabíveis;

13.2.2.8 Multa compensatória de 10% (dez por cento) sobre o valor do Contrato, sendo deste valor, deduzido o (s) valor (es) referente(s) à(s) multa(s) moratória(s), no caso de rescisão do Contrato por ato unilateral da administração, motivado por culpa da CONTRATADA, garantindo defesa prévia, independentemente das demais sanções cabíveis.

As cláusulas acima citadas estabelecem multa por descumprimento, sobre o valor total do contrato, sem estabelecer diferença quanto à inexecução total ou parcial (mora) do acordado. Não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

Desta forma, em caso de descumprimento das obrigações, a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso ou inadimplido, e não sobre o valor total do contrato.

Ou seja, resta claro que se houverem atrasos (seja no cumprimento de prazos de entrega ou quanto aos níveis de atendimento), haverá incidência de multa, sobre o valor total do contrato, independentemente da quantidade de equipamentos em atraso ou da parcela inadimplida ou em mora, em clara afronta ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, devido à existência das chamadas “cláusulas exorbitantes”, presentes em todos os contratos realizados com a Administração Pública, mostra-se necessária, no presente caso, a observância de preceitos da legislação civil, bem como dos princípios da razoabilidade, aplicáveis ao caso em análise. Veja-se a decisão do STJ a respeito de tal possibilidade:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.

2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.
3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.
4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).
5. Princípio da Razoabilidade.
6. Recurso improvido.
(STJ, REsp 330677/RS, Ministro JOSÉ DELGADO, T1 - PRIMEIRA TURMA, Publicado em DJ 04.02.2002).

Assim, a aplicação de multa deve estar de acordo com a legislação e ser **proporcional à quantidade de bens/serviço em mora** (parcialmente inadimplentes), pois se calculados em face do total do contrato, é inadmissível o enriquecimento ilícito da administração pública, mediante cláusulas onerosas desnecessárias, que fogem ao âmbito de penalização e caráter punitivo da empresa contratada que incidir em mora.

Portanto, deve sempre refletir os princípios basilares do Direito Administrativo – **razoabilidade, legalidade e proporcionalidade** – obrigatoriamente presentes nos atos praticados pela Administração Pública.

A multa moratória tem caráter punitivo em razão do descumprimento da obrigação e, sendo assim, o percentual máximo permitido para a multa de mora está fixado nas legislações pertinentes a cada caso. Contudo, da forma como está redigido, as multas serão calculadas sobre o total de equipamentos ou serviços discriminados contratualmente, independentemente de ser calculada proporcionalmente à parcela que eventualmente possa estar em atraso.

A aplicação de multa excessiva é decisiva ao desequilíbrio do contrato, e as condições mencionadas para de aplicação de multas (sobre o valor total do contrato ou dos produtos fornecidos) representam **onerossidade excessiva ao licitante**, que passam da finalidade pedagógica de punição, configurando-se em ganho sem causa pela administração pública.

Portanto, é necessário adequar as penalidades a serem aplicadas em caso de inexecução parcial do contrato, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entendimento da corrente majoritária de tribunais e doutrinárias acerca de contratos administrativos, conforme já exposto.

Por todo o que foi exposto, resta clarividente que **as penalidades de multa elencadas nos itens acima devem ser calculadas sob a fração efetivamente em atraso**, proporcionalmente assim, à parcela inadimplida ou em mora, afastando a possibilidade de enriquecimento sem causa por parte da Contratante e **desequilíbrio econômico financeiro do contrato**.

Dessa forma, a revisão da forma de cálculo das multas por mora ou inadimplência devem ser revisadas, para que, em conformidade com os princípios da proporcionalidade,



e razoabilidade, sejam incidentes tão somente aos produtos/ equipamentos/ serviços em atraso, não calculadas sobre o valor total do contrato ou dos produtos fornecidos.

Portanto, a manutenção das cláusulas ora impugnadas estará submetendo a Contratada a uma penalização exorbitante, bem como a prejuízos e danos econômico-financeiros.

A multa moratória tem caráter punitivo em razão do descumprimento da obrigação e, sendo assim, o percentual máximo permitido para a penalidade pecuniária está fixada nas legislações pertinentes a cada caso.

Se é permitida a adoção de cláusulas exorbitantes, pois o administrador estaria em condição de superioridade frente ao particular, o interesse econômico-financeiro deste na formalização do contrato, qual seja, a obtenção da justa remuneração (lucro), não pode ser afetada. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo:

"[...] a tipologia do chamado contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas. Delas procede que, pela via designada contratual, o Poder Público pode se orientar unicamente para satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste. É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo, o particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas. Dês que atenda como deve, INCUBE AO PODER PÚBLICO RESPEITAR ÀS COMPLETAS A EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA AVENÇADA, A SER ATENDIDA COM SIGNIFICADO REAL E NÃO APENAS NOMINAL. Descabe à Administração menosprezar este direito. Não lhe assiste, por intuítos meramente patrimoniais, subtrair densidade ou o verdadeiro alcance do equilíbrio econômico-financeiro". (Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, pág 620).

Contudo, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública, muitas vezes em dissonância com os direitos do particular na celebração da avença.

Além disso, o art. 412 do Código Civil reza que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação legal. As penalidades admitidas em contratos podem ser do tipo moratória ou compensatória, onde a primeira é devida em caso de inadimplemento contratual por mora (atraso) no cumprimento das obrigações e a segunda relativa ao inadimplemento capaz de gerar rescisão parcial ou total do contrato celebrado.

Portanto, caso não se considere que o valor máximo de aplicação de penalidades de multa seja até 2%, merece guarida e deferimento o argumento de que os valores de penalidades à título de multa estejam limitados a 10%, pois valores e índices superiores a tal situação não encontra respaldo na Lei de Licitações, nem na Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 07/04/1933), cuja principal preocupação é não gerar ônus excessivo e consequente desequilíbrio do contrato para o Prestador do Serviço em simples mora (atraso).

Desta feita, requer-se a retificação do item impugnado para adequação dos limites de multa aos princípios da legalidade, proporcionalidade e legalidade, sob pena de nulidade do ato.

III – DOS PEDIDOS:

Ante o acima exposto, vem à presença de Vossa Senhoria, com o devido respeito e acatamento, a fim de conhecer a Impugnação e julgá-la PROCEDENTE, a fim de que:

a) Sejam retificadas as exigências contidas nos itens impugnados, conforme já demonstrado, sobre declaração do fabricante, contrário aos documentos exigidos por lei (arts. 27 a 31 da Lei nº. 8.666/93);

b) O lote 1 seja desmembrado em itens individualizados, ou separados por categorias de produtos, a fim de garantir o melhor preço;

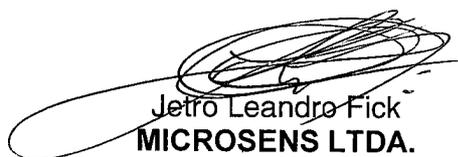
c) As penalidades e multas sejam reduzidas, retirando a menção de que determinado percentual de multa será aplicado sobre o valor do contrato, pois deve ser proporcional à eventual falha/ mora havida na execução do instrumento;

d) Seja respeitado o prazo para resposta desta impugnação, conforme estabelece o § 1º do Artigo 41 da Lei 8666/93 – 24 (vinte e quatro) horas para resposta, após ter sido apresentada a impugnação;

e) De qualquer decisão proferida sejam fornecidas as fundamentações jurídicas da resposta e todos os pareceres jurídicos a este respeito;

Nestes termos,
Pede deferimento.

Curitiba, 17 de março de 2015.



Jetro Leandro Fick
MICROSENS LTDA.

