

ILMA. SRA.  
Lourdes Terezinha Lena  
M. D. Presidente da CPL/ALE/RO  
Rondônia(RO)

**Ref.: IMPUGNAÇÃO DE**  
**EDITAL.**  
**EDITAL CONCORRÊNCIA Nº**  
**001/2017/CPL/ALE/RO**  
**Processo Administrativo nº**  
**16693/2016-67**

Prezada Senhora:

**DIGITALTEC COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Visconde de São Leopoldo, nº 413 – Vila Rosa – Novo Hamburgo(RS), inscrita no CNPJ sob o nº 08.482.495/0001-44, por seu representante legal abaixo firmado, usando das prerrogativas instituídas pela **Lei 8.666/93** e legislação subsidiária, vem através da presente peça **INTERPOR IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, *uma vez presentes fortes indícios de restrição a competitividade da licitação, o que fere os princípios basilares dos certames licitatórios na esfera pública*, pelos fatos e razões abaixo elencadas:

**DA TEMPESTIVIDADE**

A tempestividade da presente peça impugnativa, está fundamentada no **Art. 41 - § 2º - Lei 8.666/93**.



*Lei 8.666/93 – Art. 41: "in verbis"*

*"§ 2º - Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso"*

## **DOS ATOS IMPUGNADOS:**

→ Exigência Constante no item 5 (Projeto Básico) – subitem 5.1.1, *ipsis litteris*:

*"A Proponente deverá apresentar documentação de garantia solidária por parte dos fabricantes dos produtos fornecidos, atestando: solidariedade quanto aos compromissos por ela assumidos no fornecimento e instalação, que a empresa proponente está apta a prestar assistência técnica no Brasil com uso de peças e componentes originais, bem como suporte técnico aos produtos cotados."*

→ Exigência constante no item 24 – subitem 24.1.2(Projeto Básico), *ipsis litteris*:

*"Apresentar carta de solidariedade do fabricante atestando que a empresa está tecnicamente qualificada para instalar ou supervisionar obra do sistema."*

→ Exigência constante no item 44.1.8 (Projeto Básico), *ipsis litteris*:

*"A licitante deverá apresentar juntamente com a proposta, Carta de Credenciamento emitida em favor da licitante pela fabricante da solução ofertada, habilitando a empresa a instalar os equipamentos e oferecer garantia. Esta Carta de Credenciamento deverá ser específica para esse processo e apresentada com assinatura dos responsáveis da fabricante para solução ofertada";*

→ Promover o certame, com atividades totalmente distintas, em um mesmo processo (princípios da economicidade e eficiência).

## **DA FUNDAMENTAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO**

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA, através da SUPERINTENDÊNCIA DE COMPRAS E LICITAÇÕES, na condição de Administração Pública, lançou edital de licitação, modalidade CONCORRÊNCIA PÚBLICA, para Contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de implementação de data Center, conectividade, telefonia, rede, sistemas de áudio e vídeo, segurança e serviços de infraestrutura de TI, para atender às necessidades da nova sede da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia no Município de Porto Velho/RO, a pedido da Secretaria Especial de Engenharia e Arquitetura – SEEAR - ALE/RO., para tanto, como não poderia deixar de ser, elaborou o edital em questão, textualizando na introdução do edital de que a base seria a legislação vigente citada, portanto reconhecendo de que o edital nada mais é do que uma versão sintetizada dos diplomas legais, demonstrando claramente sua submissão as disposições legais pertinentes, tanto que invoca e nomina em seu edital, a lei a que estará submetida.

Cabe salientar que o norteamento jurídico existente para atos dessa natureza, visa, sem nenhuma sombra de dúvidas, a **AMPLA E IRRESTRITA PARTICIPAÇÃO DE PROPONENTES** que possuam condições de atender os anseios da Administração Pública. Nesse sentido caminha a jurisprudência:

**TJRS**

***“Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver***



***nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório". (RDP 14/240)***

Em um processo licitatório busca a Administração Pública **QUALIDADE, PRESTEZA E PREÇO**, para tanto, necessita o promovedor do certame, estabelecer formas que deem à Administração Pública plena segurança, porém primando também pela ampla e irrestrita participação de vários proponentes, até por isso existem os princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais primam pela amplitude do universo de concorrentes. A legislação e a doutrina dominante prezam pela segurança, porém não transformam essa premissa em excludente através de solicitações pontuais descabidas e que propicie o afastamento de interessados.

A segurança plena da Administração não pode se firmar em exigências que extrapolem aquelas permitidas por lei, a segurança dar-se-á através de uma fiscalização rígida e eficaz quando da execução dos serviços. Nem sempre aqueles que transbordam pastas com documentos são os que melhor executarão.

Seria aceitável, até serve como sugestão, que a Administração ao invés de determinar e legislar sobre a livre iniciativa do comércio, se preocupe em criar mecanismos para averiguar a procedência lícita dos produtos ofertados, a qual poderá ser verificada através da comprovação mediante as respectivas Notas Fiscais de aquisição, nesse caso sim, estaria a Administração preocupada com o erário público e que será servida com produtos legais e de origem lícita, como também estaria de certa forma, auxiliando no combate ao trabalho escravo, comum em determinados países na condição de grandes fornecedores, portanto não traz nenhum benefício exigir a carta de um fabricante para determinar a segurança do produto e capacidade do licitante, pois esse fabricante pode não ser idôneo suficiente na comercialização de seus produtos ou na nomeação de credenciados. Por outro lado, como elencado no item dos "**atos impugnados**", licitar uma obra com várias atividades distintas em um único processo, vai causar mais dispêndio financeiro, visto que uma única empresa



terá que possuir em seu escopo vários tipos de atividades totalmente distintas (engenharia civil, elétrica, telecomunicações, refrigeração e outras).

Quando a Administração Pública, pelos seus servidores, estabelece, MESMO QUE INVOLUNTARIAMENTE, formas que induzem a **limitação de proponentes**, ela está, direcionando a licitação, ou no mínimo proporcionando prejuízos ao erário público, o que a lei não permite de forma nenhuma. No edital em questão, em face das exigências exacerbadas e não desmembramento de atividades a licitar, cria-se dúvidas nesse sentido, mesmo que os atos tenham sido sem intenção para tanto, porém os indícios se tornam, diante dos fatos, extremamente contundentes.

As exigências imposta, no edital, deixam margem, mesmo que não seja o intuito nem o espírito da Administração, de que a licitação tornar-se-á direcionada para poucos fornecedores o que gerará por consequência um prejuízo, além de uma ilegalidade, deixando alijados do processo licitantes em potencial que poderiam ou poderão ofertar maiores vantagens à Administração Pública.

Por outro lado, em se mantendo as exigências, mesmo que as mesmas sejam com o intuito de garantias para a Administração e, estas se transformem em impedimentos, excludentes e/ou afastamento de licitantes, estará o promovedor indo na contramão dos princípios balizadores.

Para o perfeito entendimento e valoração dos Princípios da Administração Pública, fundamental uma explanação do conceito de princípio. Nesta óptica, CRETELLA Jr., afirma que ***“princípios de uma ciência são as proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência.”*** (2004, p. 92).

MARTINS, no mesmo enfoque, cita MIGUEL REALE que leciona:

***“Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como***



*pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.” (2004, p.92).*

Finalmente, ampliando as definições apresentadas com excelência pelos doutrinadores supracitados, **MARTINS** escreve:

*“O princípio é o primeiro passo na consecução de uma regulação, passo ao qual devem seguir-se outros. O princípio alberga uma diretriz ou norte magnético, muito mais abrangente que uma simples regra; além de estabelecer certas limitações, fornece diretrizes que embasam uma ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação. Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra. A não observância de um princípio implica ofensa não apenas a específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.” (2004, p. 92 e 93).*

Os princípios que norteiam a Administração Pública, em especial em licitações são: **PRINCÍPIO DA,**

- **Moralidade:** comportamento escorreito, liso e honesto da Administração.
- **Impessoalidade:** proibição de qualquer critério subjetivo, tratamento diferenciado ou preferência, durante o processo licitatório para que não seja frustrado o caráter competitivo desta.
- **Legalidade:** disciplina a licitação como uma atividade vinculada, ou seja, prevista pela lei, não havendo subjetividade do administrador.
- **Probidade:** estrita obediência às pautas de moralidade, incluindo não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, bem como as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.
- **Publicidade:** transparência dos atos da Administração Pública.
- **Julgamento objetivo:** vedação da utilização de qualquer critério ou fator sigiloso, subjetivo, secreto ou reservado no julgamento das propostas que possa elidir a igualdade entre os licitantes. Artigo 44, da Lei 8666/93.
- **Vinculação ao Instrumento Convocatório:** respeito às regras estabelecidas no edital ou na carta-convite – artigo 41, Lei 8666/93
- **Sigilo das propostas:** é um pressuposto de igualdade entre os licitantes. O conteúdo das propostas não é público, nem acessível até o

momento previsto para sua abertura, para que nenhum concorrente se encontre em situação vantajosa em relação aos demais.

- **Competitividade:** o procedimento de licitação deve buscar o melhor serviço pelo menor preço.
- **Isonomia:** considerado como um instrumento regulador das normas, para que todos os destinatários de determinada lei recebam tratamento parificado.

A norma positivada, até mesmo pela nossa origem dentro da esfera do Direito, não permite que a Administração Pública refute, desconheça ou afronte os ditames legais assentados pelos princípios balizadores da sociedade na relação Administração e administrados, é translúcido de que o respeito aos diplomas legais é uma imposição à Administração Pública. O poder discricionário do Estado é limitado. Este tem o dever e a obrigação de fazer apenas o que a lei prescreve e como a lei prescreve.

Senhores, a sociedade vive momentos conturbados, onde a mesma anseia por transparência, justiça e resguardo pela coisa pública.

Vive-se um clima tenso, onde não pode a Administração deixar margem, por mínima que seja, de desconfiança. Vivemos uma situação quase beirando o caos e tudo pela inércia, indolência ou irresponsabilidade daqueles que representam o Poder Público, por tudo isso, os cuidados devem ser redobrados, para que num futuro próximo não sejamos os próximos a responder por algo que praticamos mesmo que inocentemente, mas que prejudicou os interesses públicos.

Não pode a Administração em nenhum momento, estabelecer condições que restrinjam o número de participantes. **Em agindo dessa forma**, determinará que o processo perca seu sentido principal, inclusive descaracterizará o próprio nome do evento **LICITAÇÃO**. Então, o que temos hoje é um processo licitatório onde, queremos crer que por equívoco, determinou condições exacerbadas, as quais afastam proponentes, e é contra isso que se insurge a ora impugnante.

Temos na definição do vocábulo licitação, oriundo do "latim", a seguinte definição:



*“Licitação é o processo administrativo responsável pela escolha da empresa apta a ser contratada pela administração pública para o fornecimento de seus produtos e / ou serviços.*

*As licitações visam principalmente a escolha de opções mais vantajosas para os órgãos públicos, ou seja, a contratação de serviços ou compra de produtos com a melhor qualidade e menor preço”.*

Portanto, cercear o acesso através de excludentes sem amparo legal e sem lógica, é apenas mascarar um processo com um vocábulo, porém na sua essência esse processo destoa da sua real finalidade.

## **DOS FATOS**

Buscando ser transparente para a compreensão plena da presente peça, as afrontas através de exigências serão apontadas pontualmente e, sobre a mesma será discorrida a argumentação e fundamentação, dessa forma vejamos:

### **→Com relação ao item 5 (Projeto Básico) – subitem 5.1.1, item 24 – subitem 24.1.2 e item 44.1.8:**

Trazem os referidos itens:

*5.5.1 - “A Proponente deverá apresentar documentação de garantia solidária por parte dos fabricantes dos produtos fornecidos, atestando: solidariedade quanto aos compromissos por ela assumidos no fornecimento e instalação, que a empresa proponente está apta a prestar assistência técnica no Brasil com uso de peças e componentes originais, bem como suporte técnico aos produtos cotados.”*

*24.1.2 - “Apresentar carta de solidariedade do fabricante atestando que a empresa está tecnicamente qualificada para instalar ou supervisionar obra do sistema.”*

*44.1.8 - A licitante deverá apresentar juntamente com a proposta, Carta de Credenciamento emitida em favor da licitante pela fabricante da solução ofertada, habilitando a empresa a instalar os equipamentos e oferecer garantia. Esta Carta de Credenciamento deverá ser específica para esse processo e apresentada com assinatura dos responsáveis da fabricante para solução ofertada;*



A exigência da condição para participação, possuir o licitante **documento de solidariedade do fabricante, como prestar suporte técnico e determinado documento apontar o certame em referência**, é limitar de forma absurda e injustificada a competitividade, além de se assumir o risco de tornar até mesmo ineficaz o procedimento.

De acordo com o § 1º, inciso I, do art. 3, da Lei nº 8666/93, é vedado aos agentes públicos:

**"I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"**(grifo nosso)

Partindo desse princípio, analisando as exigências constantes no instrumento convocatório em questão, não resta dúvida que se consigna cláusula manifestamente comprometedora e restritiva ao caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação, haja vista que a Administração Pública está a exigir um documento de um terceiro, alheio a relação bilateral que se estabelece no certame, esse possível fabricante não faz parte e nem fará do comprometimento entre licitante e órgão promovedor do certame.

Essa solidariedade, a declaração de capacidade para suporte técnico e carta de credenciamento indicando a licitação, ferem a legislação pátria, visto que o livre comércio, desde que atendidas as exigências legais, permite a qualquer pessoa jurídica constituída, a adquirir produtos legais e disponíveis no mercado e comercializá-los, como também prestar assistência técnica quando isso se fizer necessário, desde que a empresa tenha sido constituída para esse segmento. Vincular a exploração de uma atividade comercial a uma pseudo licença da própria iniciativa privada é simplesmente dar poderes de Estado a um ente privado, é permitir que um terceiro determine quem pode exercer o livre comércio, contrariando dessa forma um direito constitucional instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil, a qual deixa bastante claro:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*I - soberania nacional;*

*II - propriedade privada;*

*III - função social da propriedade;*

*IV - livre concorrência;*

*V - defesa do consumidor;*

*VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;*

*VII - redução das desigualdades regionais e sociais;*

*VIII - busca do pleno emprego;*

*IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*

*\* Nova redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 6, de 15.8.1995.*

*Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*

Este artigo da norma constitucional introduz um modelo econômico baseado na liberdade de iniciativa, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sem exclusões nem discriminações. Daí entende-se que, independentemente de sua natureza, se pública ou privada, toda a empresa para desenvolver atividade econômica, seja esta indústria ou comércio, ou ainda, prestação de serviços, regem-se pelos princípios contidos neste artigo, não obstante opinião contrária do **Professor Weter R Faria**, que sustenta que:

*“as normas de defesa de concorrência não se aplicam a nenhuma empresa-órgão gerida pela União, nem as que executam serviços públicos, estrito senso, sob a titularidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Aplica-se, todavia às empresas-órgãos de natureza industrial e comercial que operam em regime de concorrência, administradas pelos Estados, pelo Distrito Federal e os Municípios. Excetuam-se os organismos federais, porque não se concebe a União como sujeito passivo das normas que promulga para proteger o mercado contra as práticas comerciais restritas”.*

O Princípio da Livre Iniciativa é considerado como fundamento da ordem econômica e atribui a iniciativa privada o papel primordial na produção ou circulação de bens ou serviços, constituindo a base sobre a qual se constrói a ordem econômica, cabendo ao Estado apenas uma função supletiva pois a Constituição Federal determina que a ele cabe apenas a exploração direta da atividade econômica quando necessária a segurança nacional ou relevante interesse econômico (CF, art. 173).

Sobre a noção de livre iniciativa diz **Celso Ribeiro Bastos**, no seu **Direito Econômico Brasileiro**, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, na pag.119 : *“A liberdade de iniciativa consagra tão-somente a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar peias ou restrições do Estado. Este princípio conduz necessariamente à livre escolha do trabalho, que, por sua vez, constitui uma das expressões fundamentais da liberdade humana”.*

Em lição no mesmo sentido, **Werter R.Faria**, na sua obra **Constituição Econômica. Liberdade de iniciativa e de Livre Concorrência**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1990, pag. 105, afirma que *“nas constituições contemporâneas, a liberdade de empresa quer dizer mais do que acesso ao mercado para desempenhar uma atividade econômica, sem prévia autorização do poder público, salvo nos casos em que a lei exija. Refere-se, ainda, à abstenção da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, mediante empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades”.*

Ressalte-se ainda, que o documento exigido não faz parte do rol de documentos permitidos pela legislação. A ausência de previsão legal específica na **Lei nº 8.666/93**, estabelece uma ilegalidade quando existe a exigência, convém frisar que a **Lei 8.666/93** estabelece o máximo de exigências e somente permite a redução, tão somente a redução de documentos a serem exigidos, desde que não comprometa a consecução do objeto.

**“Art. 27 - Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:”(grifo nosso)**  
**I - habilitação jurídica;**  
**II - qualificação técnica;**



*III - qualificação econômico-financeira;*

*IV – regularidade fiscal e trabalhista;*

*V –*

*cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.*

Se atentarmos para a redação legal, não encontraremos respaldo legal para o que foi exigido (inclusão no polo de relação de terceiros).

Nota-se, de forma transparente, de que não existe nenhuma previsibilidade legal quanto às exigências constantes, em sendo assim, as mesmas não são permitidas porque extrapolam.

Reforçando a tese, a **Carta Magna**, no seu **Inciso XXI, art. 37**, a mesma limita as exigências de qualificação técnica, jurídica, regularidades e econômica, às indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, o que se percebe no caso em tela, além da contrariedade a legislação pertinente, uma afronta a um dispositivo constitucional.

Por outro lado, sustentar a tese de que isso determinará segurança à Administração, não prospera a partir do momento em que se transfere a um terceiro essa capacidade de determinar quem pode e quem não pode comercializar seus produtos, porém não se tem idéia da idoneidade desse "fabricante", sua índole comercial, sua postura diante da exigências legais para o exercício da atividade industrial e comercial, enfim, pode-se afirmar que um "desconhecido" torna-se o senhor único com o poder de escolha.

A partir do momento em que no **item 44.1.8 (Projeto Básico)** a Administração solicita a indicação da presente licitação, transferiu totalmente a escolha de quem participará do certame à iniciativa privada, pois é o fabricante que, ao seu bel prazer e utilizando sabe-se lá de que métodos, vai determinar quem vai fazer parte do processo.

O fato de uma empresa não possuir credenciamento de um determinado fabricante, não retira da mesma sua capacitação técnica. Não é o credenciamento que deve medir as condições técnicas de uma empresa e sim seu estafe e sua estrutura operacional e profissional.

Não pode ser um particular a definir quem é capaz ou não. Isso se mensura através de uma análise nos documentos definidos pela lei, qualquer outra forma é totalmente ilegal.

Quando se fala em solidariedade, exigindo documento específico para isso, está se tripudiando nossa legislação, a qual é rica nesse sentido, ou seja, a partir da introdução do **Código de Defesa do Consumidor**, mesmo que o pretendente não seja autorizado, o fabricante/fornecedor jamais poderá se negar a fornecer um produto solicitado e a este dar plena garantia, inclusive de continuidade de produto, vejamos:

**Artigo 39 da Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990**

***Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)***

***I - ...;***

***II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;***

***III - ...;***

***IV - ....***

Diante da imposição legal, independe da vontade do fabricante que um interessado adquira seus produtos. A partir do momento que esse interessado reunir as condições LEGAIS INSTITUÍDAS POR LEI, para exercer sua atividade e para isso necessite adquirir produtos para revenda, por analogia, o fabricante/fornecedor é obrigado a fornecer, sem nenhuma condição restritiva.

Indo além, o Estado nessa relação, figura como consumidor final, portanto o mesmo dispõe da proteção desse mesmo diploma legal, CDC, o qual rege:

***"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."***

***Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de***



*produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.*

*Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:*

*I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;*

*II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;*

*III - ... .*

*Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.*

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

*“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”*

Diante da exposição, depreende-se de que a responsabilidade pelo fornecimento dos produtos e serviços, objeto da licitação em epígrafe, tem sua garantia assegurada pela legislação pátria, portanto independe da responsabilização mediante documento particular.

Manoel Jorge e Silva Neto, na sua obra “Direito Constitucional Econômico” (1ª ed., São Paulo: LTr, 2001), citando Paulo Sandroni, caracteriza a livre concorrência como sendo a “*situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que*

***nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos”.***

Portanto, não há razão para exigir, da empresa interessada em participar do certame, a “documentação do fabricante”, mesmo porque, o instrumento convocatório deverá fixar as condições rigorosas que a Contratada deverá cumprir sem a intervenção do fabricante e sem qualquer isenção ou privilégio.

Persistindo a obrigatoriedade, poderá ser propiciada a formação de um “grupo” exclusivo de empresas autorizadas por um determinado fabricante a participar de licitações, podendo inclusive, controlar o aumento abusivo de preços e insumos. É o chamado “cartel”, severamente vedado pela **Constituição Federal, no artigo 173, § 4º, in literis:**

***“§ 4º – A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.***

***A exigência em tela, além de restringir o número de participantes, pode proporcionar às empresas mal intencionadas “discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência”***

Portanto, exigir documento do fabricante é exigência demasiada que restringe o universo de competidores e afasta o caráter competitivo do certame, desferindo golpe fatal ao princípio da Isonomia, amparado pela **Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI.**

Além das afrontas já apontadas, tem-se ainda aquela que diz respeito a não indicação de marca em produtos a serem fornecidos. A partir do momento que a Administração faz a exigência de **documento de fabricante**, seja qual for, está ela sim indicando indiretamente apenas determinadas marcas, ou seja de fabricante que emitir tais documentos. Supondo que um fabricante não tenha, por alguma razão, nomeado um licitante, este fabricante estará alijado do procedimento e por consequência sua “marca”, isso contraria o que estabelece o **art. 15 - § 7º da Lei 8.666/93:**

***Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:***

***[...] § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:***

***1 - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.(grifo nosso)***

Não bastassem as razões lógicas e legais para a supressão dessa exigência, temos as decisões nos Tribunais, as quais não divergem nesse sentido no que concerne a exigir de licitantes **cartas emitidas pelos fabricantes, autorizando um licitante a comercializar, dar suporte técnico em seus produtos e mais grave, indicando esse procedimento licitatório no documento.**

Vejamos como tem entendido o Colendo Tribunal de Contas da União em casos similares:

*"TCU - ACÓRDÃO 2375/2006 – 2.ª CÂMARA (TC 005.777/2005-8) ACÓRDÃO: ... DETERMINAÇÃO: AO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES 15.1 QUE SE ABSTENHA DE FIXAR EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE QUE A LICITANTE É DISTRIBUIDORA OU REVENDEDORA AUTORIZADA DO PRODUTO OFERTADO, COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO OU DE CLASSIFICAÇÃO, POR FALTA DE AMPARO LEGAL, E POR CONSTITUIR RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO, EM AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 3º, § 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.666/93." (grifo nosso)*

**ACORDÃO" nº 1670/2003 – Plenário do Tribunal de Contas da União**, no qual o Ilmo Ministro – Relator Lincoln Magalhães da Rocha, decidiu em resumo o seguinte:

*"A exigência de Carta de Solidariedade só se aplica nas modalidades Licitatórias que exigem TÉCNICA E PREÇOS no intuito de estabelecer pontuação e que "o pedido deste documento consiste em exigência ilegal, uma vez que o Artigo 3º parágrafo 1º da Lei 8.666/93, determina que é vedado aos agentes públicos prever, admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade..."*

**TCU na Decisão nº 486/2000 – Plenário**, que determinou que os órgãos licitantes:

*"8.5.12. 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; 2.8 Assim, entende-se que a exigência de declaração do fabricante contida no subitem 16.5 do anexo I do edital implica restrição ao caráter competitivo do certame, violando o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e o art. 9º, inciso I do Decreto nº 5.450/2005, além de não se enquadrar*

*na documentação prevista no art. 30 da Lei de Licitações como documentação relativa à qualificação técnica”.*

Voto proferido pelo eminente **Conselheiro Renato Martins Costa**, em decisão do e. Plenário, prolatada nos autos do TC- 18123/026/07, em sessão de 13/6/07:

*“Reconheço, na preocupação externada pela representada, a virtude de buscar segurança na escolha de proposta que se apresente simultaneamente vantajosa no preço e na procedência do equipamento. Afinal, no mercado de informática notória é a convivência entre empresas idôneas, regularmente instaladas no país e até de nome consolidado no mercado mundial, com outras que se dedicam exclusivamente à montagem de microcomputadores, não raro encobrando com suas atividades uma série de condutas ilícitas, que vão desde o contrabando de peças e mercadorias até a sonegação fiscal. Isso, contudo, não justifica a exigência de que documentos que restrinjam a competição devam acompanhar a proposta comercial, mais ainda por ser esta, no caso do pregão, a primeira a ser avaliada.” “Acórdão 1676/2005 - Plenário (...) 9.2.3. nos instrumentos convocatórios de futuras licitações, limite-se a exigir, na fase de habilitação, a documentação constante dos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos, abstendo-se de requerer comprovação de que o concorrente é representante autorizado do item ofertado ou declaração de solidariedade do fabricante para com o licitante no tocante à garantia do bem, por se mostrar restritivo à competição; (...).” (Ata 41/2005 – Plenário, Sessão 19/10/2005, Aprovação 26/10/2005, DOU 27/10/2005, página 0, Ministro Relator Valmir Campelo). “Acórdão 216/2007 – Plenário (...) abstenha-se de fixar exigência de declaração de solidariedade do fabricante do produto ofertado, como condição de habilitação ou de classificação, por falta de amparo legal e por constituir restrição ao caráter competitivo, consoante entendimento desta Corte de Contas, consubstanciado na Decisão 486/2000-Plenário, podendo prever tal documento como critério de pontuação em licitações do tipo técnica e preço; (...)” (Ata 07/2007 – Plenário, sessão 28/02/2007, aprovação 01/03/2007, DOU 02/03/2007, página 0, Ministro Relator Guilherme Palmeira). “Súmula de Nº. 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa. Ou seja, Exigir por parte de QUALQUER LICITANTE CARTA DE FABRICANTE, ESTARÁ VINCULANDO TERCEIROS a este certame, neste caso o fabricante dos produtos a serem ofertados. Contrariando assim a Sumula nº15 que PROIBE a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.”(grifo nosso)*

A jurisprudência tem sido pacífica no que tange à impossibilidade dessas estipulações. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou a Súmula 15, que dispõe:

*“Em procedimento licitatório é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.”*

Alguns acórdãos expedidos pelo Tribunal de Contas da União:

*(TCU – Acórdão – 4.300/2009 – 2ª. Câmara). Também carece de amparo legal a exigência de declaração de compromisso de solidariedade do fabricante do produto como condição para habilitação (TCU – Acórdão 1.879/2011 – Plenário). Também não se deve exigir no edital que as empresas licitantes e/ou contratadas apresentem declaração, emitida pelo fabricante do bem ou serviço licitado, de que possuem plenas condições técnicas para executar os serviços. Isso porque são representantes legais e estão autorizadas a comercializar os produtos e serviços objeto do termo de referência (TCU – Acórdão 1.979/2009 – Plenário). Há recente decisão do TCU (Acórdão n.º 847/2012 - Plenário), no sentido de que a exigência de que empresa licitante apresente declaração lavrada por fabricante, atestando que está por ele credenciada para fornecimento do produto pretendido, extrapola os limites para habilitação contidos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993. (grifo nosso)*

#### **ACÓRDÃO Nº 107/2013 - TCU – Plenário**

1. Processo nº TC-045.663/2012-2
2. Grupo I – Classe VII - Assunto: Representação
3. Interessada: América Tecnologia de Informática e Eletro-Eletrônico Ltda.
4. Órgão: Superior Tribunal Militar – STM
5. Relator: Ministro José Jorge
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 3ª Secretaria de Controle Externo – 3ª Secex
8. Advogado constituído nos autos: não há

#### **9. Acórdão:**

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa América Tecnologia de Informática e Eletro-Eletrônico Ltda. acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico nº 145/2012, deflagrado pelo Superior Tribunal Militar – STM, objetivando a contratação de empresa para prestação mensal de serviços de manutenção preventiva e corretiva em dispositivo automatizado de backup (tape library) da marca IBM.*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1. conhecer da presente Representação, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la procedente;*

*9.2. dar ciência ao Superior Tribunal Militar - STM de que a exigência de comprovação de credenciamento ou autorização do fabricante do produto ofertado, como condição de habilitação, além de constituir restrição ao caráter competitivo das*

licitações, não possui amparo legal (cf. art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 e art. 37, inciso XXI, parte final, da Constituição Federal), sendo aceita somente em situações excepcionais, devidamente fundamentadas, conforme tratado no Acórdão 1.462/2012 – Plenário.;

9.3. encaminhar cópia do presente acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam, à interessada.

9.4. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU.

10. Ata nº 3/2013 – Plenário.

11. Data da Sessão: 30/1/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0107-03/13-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, José Jorge (Relator) e José Múcio Monteiro.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e André Luís de Carvalho.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
AUGUSTO NARDES  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
JOSÉ JORGE  
Relator

Fui presente:  
(Assinado Eletronicamente)  
LUCAS ROCHA FURTADO  
Procurador-Geral"

O TCU, no Acórdão 423/2007, de 21/03/2007, analisando representação de empresa contra a Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça, decidiu por determinar que o órgão: "abstenha-se de exigir, no ato convocatório, que as empresas licitantes e/ou contratadas apresentem declaração, emitida pelo fabricante do bem ou serviço licitado, de que possuem plenas condições técnicas para executar os serviços, são representantes legais e estão autorizadas a comercializar ou produtos e serviços objeto do termo de referência, uma vez que essa exigência restringe o caráter competitivo do certame e contraria os arts. 3º, §1º, inciso I, e 30 da Lei nº 8.666/1993." Isto porque estas cartas dos fabricantes são firmadas pelos mesmos somente aos seus distribuidores e revendedores autorizados, sendo privado os demais prestadores.

Na Decisão TCU Nº 486/2000 – Plenário, determinou que os órgãos licitantes: "Não incluam a exigência, como condição de habilitação, de declaração de coresponsabilidade 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” Acórdão 216/2007 – Plenário (...)*

*“9.3.4.4 abstenha-se de fixar exigência de declaração de solidariedade do fabricante do produto ofertado, como condição de habilitação ou desclassificação, por falta de amparo legal e por constituir restrição ao caráter competitivo, consoante entendimento desta Corte de Contas, consubstanciado na Decisão 486/2000-Plenário, podendo prever tal documento como critério de pontuação em licitações do tipo técnica e preço; (...)” (Ata 07/2007 – Plenário, sessão 28/02/2007, aprovação 01/03/2007, DOU 02/03/2007, Ministro Relator Guilherme Palmeira).” Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), art. 18, é claro ao estabelecer responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor de produtos. O artigo 14 da Lei nº 8.078 ainda traz a responsabilidade do fornecedor independentemente da existência de culpa aos serviços prestados. Portanto, é desnecessário o pedido, por parte da Administração, de documento expedido pelo fabricante, pois a Lei já determina que exista esse vínculo. In fine, esta digníssima Comissão, deve realizar uma análise mais aprofundada sob o assunto em tela, o agente responsável pela fiel execução do objeto é a empresa signatária do manto contratual não havendo co-responsabilidade do fabricante/distribuidor autorizado do equipamento ofertado haja vista sua não participação no feito licitatório e atos subseqüentes ao processo (vide decisão n. 486/2000 do Tribunal de Contas da União). Caso a Administração mantenha a mesma condição editalícia supramencionada, estará restringindo o pólo de licitantes com a intenção de participar do certame, pois da maneira que está exposto, somente empresas AUTORIZADAS podem figurar como participantes desta licitação, ficando privado de participar empresas idôneas possuidoras de atestados de capacidade técnica relativo ao objeto do certame e estrutura para prestação de assistência técnica no local da instalação dos equipamentos”.*



**"Item 9.2.2, TC-018.833/2011-0, Acórdão nº 2.174/2011-Plenário:**

*LICITAÇÕES. DOU de 24.08.2011, S. 1, p. 134. Ementa: determinação ao (...) para que, nas licitações, abstenha-se de exigir dos licitantes a comprovação para os equipamentos que serão fornecidos de que possuem autorização de comercialização e prestação dos serviços de assistência técnica, por meio de declaração específica emitida pelo respectivo fabricante ou por distribuidor."*

**"Acórdão 1676/2005 – Plenário(...)**

*9.2.3 – nos instrumentos convocatórios de futuras licitações, limita-se a exigir, na fase de habilitação, a documentação constante dos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos, **abstendo-se** de requerer comprovação de que o concorrente é representante autorizado do item ofertado ou declaração de solidariedade do fabricante para com o licitante no tocante à garantia do bem, por se mostrar restritivo à competição; (...) (Ata 41/2005 – Plenário, Sessão 19/10/2005, aprovação 26/10/2005, DOU 27/10/2005, Ministro Relator Valmir Campelo).*

Transcreve ainda a impugnante, extenso voto de plenário do TCU, o qual aborda sobre a matéria, demonstrando de forma cristalina a predominância no que diz respeito ao repúdio desse tipo de exigência:

**"Acórdão 423/2007-Plenário – trecho do voto (grifos nossos)**

*"7. Retornando ao caso concreto, considero desarrazoada a exigência de declaração do fabricante dos equipamentos instalados no MJ de que a empresa vencedora do Pregão tem plenas condições técnicas para executar os serviços, bem como é representante legal e está autorizada a comercializar os produtos e serviços objeto do termo de referência, porquanto tal imposição não se mostra compatível com o mandamento constitucional que veda a exigência de qualificações técnicas e econômicas não-indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do contrato (art. 37, XXI, da CF).*

*8. Com efeito, essa condição contrapõe-se ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, haja vista ser vedada a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.*

*9. Consoante bem ressaltou a unidade técnica, a exigência em tela não consta do rol de documentos previsto no art. 30 da Lei de Licitações, podendo, portanto, ser taxada de impertinente, subsumindo-se ao descrito no art. 3º acima mencionado.*

10. Demais disso, ela confere poder demasiado e irrestrito ao fabricante dos equipamentos, o qual poderia, por questões mercadológicas, comerciais ou outras quaisquer, simplesmente deixar de “habilitar” algumas empresas tecnicamente aptas para a prestação dos serviços ou, ainda, escolher determinados “parceiros” que considere mais adequados para representá-la e comercializar seus produtos e serviços, em detrimento de outras empresas com iguais capacidades técnicas.

11. Portanto, tem-se por vulnerado, nessa situação, o princípio da isonomia, bem como o da ampla competitividade, eis que a exigência em comento limita a participação no certame às empresas “credenciadas” pela fabricante dos equipamentos instalados no Ministério da Justiça, sem qualquer respaldo legal para tanto.”

9. Conforme apontado pela Sefti na multicitada nota técnica, a exigência do credenciamento teria o objetivo de procurar garantir que a empresa contratada tenha efetivas condições de executar os serviços a contento. Tal objetivo foi declarado pelo Ministério da Integração Nacional em sua resposta à oitiva feita pelo Tribunal, que declara ter sido justamente esse o propósito da inserção desse requisito. Ocorre que a exigência do credenciamento não representa medida eficaz para esse fim, pelos seguintes motivos destacados na Nota Técnica 3/2009:

– não há critério técnico objetivo para o credenciamento. Há programas de credenciamento em que são utilizados critérios de natureza econômica, geográfica, de segmento de atuação. Assim, o fato de uma empresa ser credenciada não garante que ela prestará um serviço de melhor qualidade;

– o credenciamento ou não de uma empresa é medida totalmente discricionária do fabricante;

– também não há como se garantir que o contratado vá permanecer credenciado durante todo o contrato.

10. Assim, além dos potenciais efeitos deletérios da exigência do credenciamento, ela também não representa uma garantia robusta de que contratar empresas credenciadas representaria garantias da boa execução dos serviços.

11. Quanto ao argumento utilizado pelo MI de que legislações mais modernas acerca de licitações, como a Lei 12.642/2011 (art. 7º, inciso IV), já autorizariam esse tipo de exigência, ressalte-se que tal norma, que instituiu o chamado Regime Diferenciado de Contratações Públicas, não se aplica a essa licitação, como apontou a unidade técnica. Além disso, o citado dispositivo trata da chamada “carta de solidariedade”, que corresponsabiliza o fabricante do equipamento, diferentemente do que ocorre no credenciamento, em que a responsabilidade pela boa execução do contrato é inteiramente do credenciado.

12. Caracterizada a irregularidade na realização de tal exigência, a unidade técnica entende que o certame deve ser anulado, com a conseqüente anulação também do contrato dela decorrente, nos termos do art. 49, §2º, da Lei 8.666/93.

13. Evidentemente, a configuração de irregularidade em um edital não leva necessariamente a uma determinação para anulação do certame. É preciso avaliar outros

aspectos para determinar qual é o encaminhamento mais adequado, tendo em vista o interesse público, o que não foi feito pela unidade técnica na profundidade necessária.

14. Do que foi exposto em relação ao credenciamento, percebe-se que a principal consequência danosa dessa exigência é potencialmente causar uma restrição indevida da competitividade, ante o poder que os fabricantes ganham de determinar, em última instância, quem poderá e quem não poderá participar da licitação, especialmente no caso do "credenciamento ad hoc".

15. Um dos aspectos que devem ser analisados em um caso concreto envolvendo tal exigência é se há evidências de restrição à competitividade, potencialmente impactando a economicidade da contratação. Esse foi um dos motivos que me levou a determinar que fosse solicitado ao MI, na oitiva, que prestasse informações "quanto ao número de empresas participantes do pregão eletrônico 22/2012 e sobre os preços ofertados por cada uma delas".

16. A SecexPrevi afirmou que não seria possível aferir a competitividade do certame, pois o MI só encaminhou o documento de "aceitação de propostas", e "com base somente nestas informações, não é possível concluir que houve competitividade no certame, pois os valores das propostas estão muito díspares entre si e não há informações sobre os lances efetuados" (peça 22, item 47)

17. Essas informações podem ser obtidas diretamente mediante consulta ao sítio Comprasnet ([www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br)). Tal consulta indica que foram seis as empresas participantes para os itens do Grupo 1 da licitação e duas empresas para os itens do Grupo 2 e que, quanto ao número de lances, ele foi significativo para alguns itens e para outros não. Não é tarefa simples avaliar qual número de empresas seria suficiente para caracterizar uma "competitividade adequada" no caso concreto e se uma determinada exigência indevida restringiu efetivamente potenciais interessados a participar da licitação. Entretanto, alguns fatores podem ser considerados para se fazer essa avaliação.

18. Conforme consulta feita ao Comprasnet, constata-se que nenhuma das impugnações feitas ao edital teve relação com a questão que ora se discute. Normalmente, no caso de exigências com forte conteúdo restritivo, possíveis interessados as questionam. Relevante destacar que nem mesmo a representante, Dady Ilha Soluções Integradas Ltda., apresentou impugnação ao edital em relação a essa exigência. Ressalte-se que a representante, inclusive, venceu os itens do Grupo 2 da licitação, cumprindo o subitem 12.5.1 do edital relativamente a tais itens.

19. Também não há qualquer notícia nos autos indicando que os fabricantes dos equipamentos utilizados para a prestação dos serviços estariam a impor restrições à realização do credenciamento, de forma a limitar o número de possíveis participantes na licitação.

20. Em relação ao Grupo 1 da licitação, com seis empresas participantes, que representava mais de 80% do valor da contratação, o valor obtido (RS 2.017.440,00) foi cerca de 15% inferior ao que havia sido estimado pela administração (RS 2.362.080,00). Em relação ao Grupo 2, cuja vencedora foi a representante e que contou apenas com mais uma empresa participante, o valor contratado foi idêntico ao estimado (RS 432.000,00).

21. Ainda em relação a preços, no Grupo 1 o valor ofertado pela empresa contratada, H Print Reprografia e Automação de Escritório Ltda., foi de RS 2.017.440,00, apenas 0,08% superior ao que havia sido proposto pela Dady Ilha – RS 2.015.858,28, proposta recusada pelo pregoeiro uma vez que a empresa não atendeu o subitem 12.5.1 do edital. A

desclassificação dessa última empresa, portanto, não trouxe prejuízos financeiros para a administração.

22. Dessa forma, verifica-se a ausência de elementos que sinalizem para uma efetiva restrição da competitividade da licitação, nem evidências de que os preços obtidos no certame não tenham sido adequados.

23. A determinação para anulação de um certame licitatório, notadamente quando já há contrato em vigor, é medida que deve ser cuidadosamente avaliada, ante os impactos que causam na administração, uma vez que geram custos administrativos adicionais, privam o órgão de contar com os serviços por um determinado tempo e/ou exigem que se façam contratações emergenciais (normalmente mais caras). Neste caso, em que pese a irregularidade caracterizada, ante a ausência de evidências de que a contratação tenha sido desvantajosa para a administração, considero que determinar a anulação da licitação e do contrato dela decorrente não é a medida mais adequada, tendo em vista o interesse público.

24. A unidade técnica entende que não se deve aceitar o argumento utilizado pelo Ministério da Integração Nacional de que a anulação do contrato traria prejuízos ao órgão, pois alega que se o ministério se apressou em celebrar o contrato, mesmo diante dos questionamentos existentes, assumiu os riscos de fazê-lo. Também afirma que “o rito das representações relativas a processos licitatórios no TCU é célere. Assim sendo, aguardar a solução da controvérsia por esta Corte de Contas não importaria prejuízo relevante às atividades da administração”.

25. No que tange à celeridade no exame dos processos que envolvem medidas cautelares, de fato, este é um aspecto via de regra observado por este Tribunal. Neste caso concreto, entretanto, a celeridade ficou comprometida, uma vez que a unidade técnica só encaminhou a instrução com a análise das oitivas mais de quatro meses após ter recebido as respectivas respostas.

26. É verdade que a administração “assumiu o risco” de celebrar o contrato, ciente da eventual irregularidade que estava sendo apurada no Tribunal, uma vez que já tinha recebido o ofício de oitiva. Destaque-se que não havia óbice de caráter jurídico para que a administração assim procedesse, visto que o Tribunal não tinha adotado qualquer medida no sentido de suspender a licitação. Conforme destaquei no despacho em que determinei a realização da oitiva, negando a concessão da cautelar inicialmente defendida pela unidade técnica, cabia “às autoridades licitantes competentes, cientes dos questionamentos existentes neste processo e de suas obrigações como responsáveis pela boa e regular aplicação dos recursos públicos, avaliar que medidas deverão ser tomadas”. No caso presente, os gestores do MI decidiram celebrar o contrato já em 16/11/2012, tendo de fato assumido os riscos de terem eventualmente o contrato anulado e até mesmo de sofrerem sanções em razão da irregularidade contida no certame.

27. Pelos motivos expostos anteriormente, entendo não ser o caso de determinar a anulação da licitação e de contrato. Quanto à possível apenação, a própria unidade técnica sequer levantou essa possibilidade, apesar de ter entendido que a irregularidade se revestia de gravidade a ponto de levar à anulação da licitação.

28. Considero também não ser o caso de se fazer a audiência dos responsáveis pela inclusão da cláusula irregular no edital, para fins de eventual apenação. Não se configurou um propósito de restringir a competitividade do certame, de beneficiar alguma empresa e também não se detectou que tal exigência tenha gerado prejuízos concretos à

contratação realizada. Em razão de tais circunstâncias, entendo suficiente que se dê ciência ao órgão da irregularidade detectada.

Sala das Sessões, em 16 de abril de 2013.

AROLDO CEDRAZ

Relator

ACÓRDÃO Nº 2081/2013 – TCU – 2ª Câmara

1. Processo nº TC 041.268/2012-1.
2. Grupo II – Classe VI – Representação
3. Interessada: H Print Reprografia e Automação de Escritório Ltda. (CNPJ 00.831.964/0003-43).
4. Órgão: Ministério da Integração Nacional (vinculador).
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social (SecexPrevi)
8. Advogados constituídos nos autos: Bruno Calfat, OAB/RJ 105.258 e Guilherme Silveria Coelho, OAB/DF 33.133.
- 8.1. Interessados em sustentação oral: Bruno Calfat, OAB/RJ 105.258 e Guilherme Silveria Coelho, OAB/DF 33.133, ambos em nome de Dady Ilha Soluções Integradas Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de representação formulada pela empresa Dady Ilha Soluções Integradas Ltda. acerca de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 22/2012, conduzido pelo Ministério da Integração Nacional.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 conhecer da Representação para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2 **dar ciência ao Ministério da Integração Nacional a respeito da irregularidade contida no Pregão Eletrônico 22/2012, ante a exigência, no subitem 12.5.1 do edital, de carta de credenciamento do fabricante como requisito de habilitação, contrariando o que dispõem os arts. 27 e 30 da Lei 8.666/93, indo de encontro também a diversas deliberações deste Tribunal, a exemplos dos Acórdãos 423/2007, 1.281/2009 e 889/2010, todos do Plenário;**

9.3 dar ciência deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam, à representante e ao Ministério da Integração Nacional;

9.4 arquivar os presentes autos.

10. Ata nº 11/2013 – 2ª Câmara.

11. Data da Sessão: 16/4/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2081-11/13-2.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Jorge (na Presidência), Aroldo Cedraz (Relator) e Ana Arraes.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)  
JOSÉ JORGE  
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)  
AROLDO CEDRAZ  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA  
Subprocuradora-Geral"

"TCU – Acórdão – 4.300/2009 – 2ª. Câmara – Não se deve exigir em editais que a licitante seja credenciada, autorizada, eleita, designada, ou outro instituto similar, pelo fabricante, para fornecer, instalar, dar suporte e configurar os equipamentos que constituam objeto da licitação, tendo em vista tratar-se de condição que restringe indevida e desnecessariamente o caráter competitivo do certame".

"TCU - Acórdão n.º 847/2012-Plenário, TC 036.819/2011-5, rel. Min. José Jorge, 11.4.2012.- A exigência de que empresa licitante apresente declaração lavrada por fabricante atestando que está por ele credenciada para fornecimento do produto pretendido extrapola os limites para habilitação contidos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993."

"TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS - Representação nº658.091 Representação provida – Licitação – Irregularidades – Exigência de carta de credenciamento – Ilegalidade do ato convocatório – Extrapolação da relação de requisitos constantes da Lei n. 8.666/93 – Numerus clausus – Preclusão do direito do licitante de impugnar o edital não constitui argumento válido para sua manutenção – Desrespeito ao prazo legal para interposição de recurso – Ausência de comunicação da interposição de recursos aos demais licitantes – Aplicação de multa e advertência ao Prefeito Municipal. Relator: Conselheiro Sylo Costa

Quando nos debruçamos sobre a doutrina encontramos:

**JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR:**

"As cabeças dos arts. 30 e 31 (qualificação técnica e econômico financeira) fazem uso do modo verbal 'limitar-se-á', o que significa que, em cada caso, o respectivo ato convocatório não poderá exigir documentos além daqueles mencionados nos artigos,

*que demarcam o limite máximo de exigência, mas poderá deixar de exigir os documentos que, mesmo ali referidos, considerar desnecessários para aferir as qualificações técnica e econômico-financeira satisfatórias, porque bastarão à execução das futuras obrigações que se imporão ao licitante que surgir vencedor do torneio (...)*

*"Ainda no que toca às generalidades dos documentos exigíveis na fase de habilitação, sublinhe-se que o ato convocatório padecerá de vício de ilegalidade se exigir qualquer documento, por mais plausível que pareça, imprevisto nos arts. 27 a 31." (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Op. cit. p. 323 -324)"*

*"Art. 27 - Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:"(grifo nosso)*

Extrai-se do artigo citado, de que a Lei indica de forma clara e direta, OS DOCUMENTOS QUE DEVEM SER SOLICITADOS, ou seja, nada mais que aqueles elencados no referido dispositivo, tanto que deixou clara a palavra **EXCLUSIVAMENTE**. Em nenhum momento no escopo da norma, o legislador deu ao ente público a prerrogativa de escolher o que exigir a mais, ao seu bel prazer, portanto, na concepção da impugnante, é ilegal considerar tal documento condição excludente no procedimento licitatório.

O doutrinador Marçal Justen Filho[1], entende que *"O elenco dos artigos 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos."*

A legislação é clara no que concerne a inclusão em editais de cláusulas e exigências que inibam a participação de interessados:

*"Art. 44 - No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei.*

*§ 1º - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes."*

Indo além, o legislador preocupou-se com possíveis exigências impeditivas no que concerne a amplitude de participação:

*Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

*§ 1º - É vedado aos agentes públicos:*

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;*

Dessa forma, com base nas exigências, pode-se afirmar com plena convicção que a Administração afastará do certame inúmeras empresas....**E ISSO É ILEGAL!!!!**

**→ Com relação a promover o certame, com atividades totalmente distintas, em um mesmo processo (princípios da economicidade e eficiência):**

Inicialmente, a fim de justificar quando apontamos os princípios da economicidade e eficiência, os textualizamos conforme a doutrina:

→ **PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE:** é a característica de algo que é econômico, isto é, que pode ser realizado com baixos custos.

→ **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA:** é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Feitas as observações, conclui-se de que a Administração Pública deve primar também pelos princípios citados.

Em promovendo o processo licitatório, por óbvio, tais princípios não serão considerados.

Cabe ressaltar, que o objeto, pela sua amplitude e complexidade, traz em seu cerne atividades distintas, tais como: **engenharia civil, engenharia elétrica e telecomunicações, sistema de ar condicionado e etc.** Fica evidente de que são atividades que dificilmente serão encontradas em uma só empresa, portanto, as postulantes terão que montar uma estrutura exclusiva para esse certame.

É evidente que uma empresa especializada em CFTV, por exemplo, não tenha infraestrutura para obras civis de engenharia, onde seja necessário para a demanda inclusive equipamentos totalmente adversos aos usuais da empresa, por exemplo betoneiras, vibradores de concreto e etc. Por óbvio tais empresas, irão criar essa estrutura, o que por consequência lógica, será diluída no custo dos serviços, o que fatalmente tornará mais caro para o Poder Público.

O desmembramento das atividades distintas em um processo licitatório não fere nenhum dispositivo legal, pelo contrário, vai ao encontro dos princípios acima elencados.

Argumentar de que a unificação de todas as atividades a um só contratado facilitaria o controle e a eficiência técnica não se sustenta, porque está a Administração nesse caso, promovendo uma troca de comodidade pela elevação do custo para os cofres públicos, diante disso são insuficientes, por si só, para justificar a licitação por lote único, em consonância com o que dispõe o **art. 23, § 1º, da Lei 8666/93**:

*"As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala".*

O TCU, na **Decisão 393/94 do Plenário**, assim se posicionou:

*"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 8.666/1993, 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 dispo 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".*

Na esteira desse entendimento, foi publicada a **Súmula nº 247 do TCU**, que estabeleceu que:

*"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 dispo 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".*

Na doutrina encontramos no ensinamento do eminente jurista **Marçal Justen Filho**, "**consiste na concentração, em um único procedimento, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos**"<sup>2</sup>. *Continua, ensinando que "a licitação por itens deriva do interesse em economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública, agilizando a atividade licitatória".*

Já para **Jessé Torres Pereira Júnior**, ao comentar acerca do parcelamento do objeto, o dispositivo quer "**ampliar a competitividade no âmbito do mesmo procedimento licitatório, destinado à compra da integralidade do objeto. A ampliação adviria da possibilidade de cada licitante apresentar-se ao certame para cotar quantidades parciais do objeto, na expectativa de que tal participação formasse mosaico mais variado de cotações de preço, barateando a compra, de um lado, e proporcionando maior acesso ao certame a empresas de menor porte, de outro**".

O mesmo autor ensina que, existindo a possibilidade de parcelamento do objeto, esse é dever da Administração, sob pena de descumprir princípios específicos da licitação, tal como o da competitividade.

Nesse mesmo entendimento, **Justen Filho** diz que "**o fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência**".

Por fim, cabe ressaltar que quando a Administração Pública estabelece exigências exageradas, que não vão enriquecer o processo

nem tampouco gerar total segurança, ela está, mesmo que inconscientemente, direcionando a licitação e tripudiando o erário público e, quer a ora impugnante ter a convicção, de que esse não é o intento da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, a casa do "povo", a que prima pelos interesses da sociedade.

Expostas as razões lógicas da presente impugnação, requer a ora impugnante, que **SEJAM SUPRIMIDAS AS CLÁUSULAS E CONDIÇÕES RESTRITIVAS APONTADAS NA PRESENTE PEÇA (item 5 – subitem 5.1.1, item 24 – subitem 24.1.2 e item 44.1.8 - (Projeto Básico)**, dando provimento a presente impugnação, fazendo valer dessa forma, o espírito máximo de uma licitação, qual seja mais COMPETITIVIDADE, descaracterizando assim, **mesmo que involuntariamente**, o direcionamento do processo licitatório em questão, sob pena de sermos obrigados a chamar no processo o **Tribunal de Contas, como também promover a devida denúncia ao Ministério Público.**

Tais fatos obrigatoriamente se não corrigidos, terão que ser levados a esfera superior, qual seja o judiciário através de medidas jurídicas cabíveis, entre as quais **“mandado de segurança”**, visto que os pressupostos essenciais para tanto emergem no caso em tela, quais sejam **“fumus boni juris e periculum in mora”**, buscando cessar o procedimento licitatório até se esgotarem todas as discussões do mérito, as quais por certo premiarão nosso pleito, em função de que os “equivocos e as ilegalidades” que estão na presente peça apontados são de origem “legal”, ou seja, existiu uma brutal contrariedade nesse sentido, prejudicando totalmente o anseio da Administração Pública.

Em caso de não provimento faça a presente peça subir a autoridade competente dentro dos prazos legais.

Novo Hamburgo(RS), 19 de outubro de 2017

**N. Termos**



Em caso de não provimento faça a presente peça subir a autoridade competente dentro dos prazos legais.

Novo Hamburgo(RS), 19 de outubro de 2017

**N. Termos**  
**P. Deferimento**

08 482 495/0001-44  
DIGITALTEC COMERCIO E  
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.  
RUA VISCONDE DE SÃO LEOPOLDO, 413  
BAIRRO VILA ROSA - CEP 93315-070  
NOVO HAMBURGO - RS

  
REPRESENTANTE LEGAL