

**ILMO. SR. PREGOEIRO DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO,
CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SERGIPE**

A MB DESIGN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA, sediada na rua Amador Bueno, Qd. 17, Lt. 28, nº 490, Setor Cândida de Moraes, no município de Goiânia-GO, devidamente inscrita sob o CNPJ/MF nº 04.472.054/0001-00, neste ato representada pelo seu representante legal, vem respeitosamente perante V. Senhoria, apresentar sua

IMPUGNAÇÃO

Ao edital do Pregão Eletrônico nº 01/2012 que visa o REGISTRO DE PREÇOS PARA A AQUISIÇÃO DE MOBILIÁRIOS, pelos fatos e fundamentos que expõe a seguir:

1) DA LEGITIMIDADE

A legitimidade para apresentação da impugnação ora ventilada tem seu fundamento no disposto no art. 41 da Lei nº 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2 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.

Sendo assim, resta configurada a legitimidade para apresentação desta impugnação.

2) DA TEMPESTIVIDADE

Quanto ao prazo para apresentação da impugnação aponta-se que o artigo supra citado prevê a necessidade de antecipação de 02 (dois) dias úteis. Para tanto, deve-se citar a Lei nº 9.784 de 1.999 que trata da forma de contagem de prazos na Administração Pública, senão vejamos:

Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.

§ 2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo.

§ 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Desta feita, para que se realize a contagem do prazo para apresentação de impugnação, entende-se por necessária a exclusão do dia de início, qual seja o dia de realização do certame, e inclusão o dia de vencimento. Neste sentido, dispõe o Edital:

20.1 Até 02 (dois) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

20.2 A impugnação poderá ser realizada por forma eletrônica, pelo e-mail delc@ifs.edu.br, pelo fax (79) 3711-3137, ou por petição dirigida ou protocolada no endereço Av. Gentil Tavares da Mota, 1166, Getúlio Vargas, 49055-260.

Portanto, considerando que a data de realização é dia 26 de março de 2.012, exclui-se este dia e conta-se retroativamente 02 (dois) dias úteis, até a data de 22 de março de 2.012, limite para apresentação da impugnação.

3) DOS FUNDAMENTOS

a) Dos princípios constitucionais vinculados a Administração Pública

A Administração Pública está sujeita ao Princípio da Legalidade, conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal, onde nenhum ato administrativo é válido a não ser que seja praticado conforme a lei. Completa o dispositivo constitucional

advertindo que a autoridade somente poderá praticar os atos que a lei expressamente lhe autoriza. Vejamos o que preceitua o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República:

Art. 37 (...)

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*
(Grifo nosso)

Licitação é, portanto, um procedimento administrativo formal que tem como escopo proporcionar à Administração uma aquisição, uma venda ou uma prestação de serviços da forma mais vantajosa, respeitando-se os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade de forma a valorizar a livre iniciativa pela igualdade no oferecimento da oportunidade de prestar serviços, bem como de comprar ou vender ao Poder Público. Sucintamente, Hely Lopes Meirelles a definiu:

*Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração seleciona a proposta **mais vantajosa** para o contrato de seu interesse.*

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no art. 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

No § 1º, inciso I, do art. 3º, da Lei 8666/93, está implícito outro princípio da licitação, que é o da competitividade decorrente do princípio da isonomia. A restrição à competitividade é absolutamente ilegal, com ferimento direto ao dispositivo:

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; (grifo de nosso)

O eminente autor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, conceituou o Sistema de Registro de Preços conforme segue:

Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão sui generis, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração.¹ (grifo nosso)

Sobre a primazia dos princípios, institui Celso Antonio Bandeira de Mello:

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*, 3º edição, pág. 30.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²
(grifo nosso)

Considerando a supremacia dos princípios ora relacionados, faz-se necessário rever os seguintes itens editalícios visando a correta aplicação dos alicerces que sustentam as normas licitatórias.

b) Da exigência de comprovação da qualidade dos produtos

A lei confere à Administração, na fase interna do procedimento, a prerrogativa de fixação das condições a serem estabelecidas no instrumento convocatório, seguindo critérios de conveniência e oportunidade de acordo com o objeto a ser licitado, e sempre balizados pelo interesse público e normas cogentes. Adverte-se que essa prerrogativa não desvincula a obrigação da Administração em zelar pelo interesse público de forma a garantir a melhor utilização do erário. Assim, o Poder Público deve exigir a comprovação de parâmetros de qualidade em relação ao objeto pretendido desde que não comprometam a disputa do certame. Nesse sentido, observa-se que o Edital faz exigências quanto a comprovação de conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT mediante apresentação de certificados. Contudo, não o faz da forma aceita pelo Tribunal de Contas da União. *In verbis*:

² BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1984, p. 230.

Apresentar Certificado de Conformidade emitido pela ABNT, comprovando que o produto está devidamente enquadrado dentro da NBR 13962

Observa-se que o Edital está exigindo tanto a certificação emitida pela ABNT. Dessa forma, a Administração não pode exercer o seu poder discricionário a fim de estabelecer os requisitos que prejudiquem a competitividade do certame, conforme s princípios e dispositivos norteadores do Direito Administrativo. Em entendimento uníssono, Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto aposto à letra 'b' do § 1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitações a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação.³

O Tribunal de Contas da União, através do Enunciado de Decisão nº 351, assim se posicionou:

A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal, art. 3º, § 1º, inciso I, Lei 8.666/1993).

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26º ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 282-283

participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes.

Ademais, ressalto que o Edital aqui impugnado compromete significativamente o orçamento público e, de forma alguma, pode ser utilizado de forma a privilegiar determinada empresa em detrimento das demais.

Sendo assim, entende-se ainda por necessária a republicação do presente edital para que **sejam retiradas as exigências de apresentação de certificados emitidos pela ABNT, considerando que o rol de documentos solicitados compromete significativamente a disputa e direciona o certame a empresa pré-determinada, ainda em atenção ao que dispõe a Súmula nº 222 do Tribunal de Contas da União.**

c) Do direcionamento do certame

Deve-se ressaltar que, como é corriqueira, a licitação pela modalidade pregão tem a intenção de possibilitar a maior amplitude de acesso ao fornecimento para a Administração Pública, evitando-se desta forma cláusula editalícias que restrinjam a competitividade entre as empresas.

Observa-se que a Administração ateve-se a solicitar a exigência de certificados emitidos pela ABNT apenas para alguns itens particular, não solicitando para todos. É com estranheza que percebemos esse comportamento.

Importante destacar que o poder discricionário da Administração não pode ser utilizado de forma ilimitada e irrestrita. O Poder Público deve, prioritariamente, zelar pela legalidade e pela supremacia do interesse público envolvido. Sobre o tema em tela,

expõe a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A fonte da discricionariade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta⁴”.

Desta feita, a escolha da Administração em adquirir os móveis com as exigências solicitadas não pode ser entendida com um ato discricionário uma vez que fere o § 1º, inciso I, do art. 3º, da lei 8666/93, além de vários princípios constitucionais, tais como da isonomia, legalidade, competitividade da supremacia do interesse público.

Neste sentido, a escolha do Poder Público em manter as exigências de documentação no Termo de Referência, impossibilita de sobremaneira a atuação de várias empresas, considerando o direcionamento do certame.

Assim, o prejuízo para a Administração Pública é imenso, pois inviabilizaria a participação das concorrentes em função de não terem os documentos na forma solicitada. Ademais, há verdadeira afronta aos princípios da isonomia e da competitividade e, conseqüentemente a Administração não conseguiria auferir a proposta mais vantajosa a sua pretensão.

Nesse ponto, resta claro que o legislador presume que os princípios da isonomia e da competitividade, tão caros à Administração, não se coadunam com a possibilidade de detalhamento de certificados na forma como está no qual impossibilite a participação da maioria das empresas.

Ressaltamos a estranheza do Edital em solicitar especificadamente a apresentação de certificados de conformidade de produto emitido pela ABNT para alguns itens e nada para os demais.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

Em consulta ao sitio eletrônico da ABNT, verificamos que a única empresa apta a cumprir com exigências editalicias, em especial as documentações solicitadas, é a empresa ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA. Observa-se:

Razão Social	Produto Certificado	Detalhes
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	MESA DE TRABALHO - LINHA 430	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	ARMÁRIO DE ESCRITÓRIO - LINHA AR1 - ARMÁRIO MEIA PORTA; ARMÁRIO MESA ; ARMÁRIO SUPERIOR ; ARMÁRIO FECHADO ; ARMÁRIO ABERTO	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	ARMÁRIO DE ESCRITÓRIO - LINHA AR3 - ARMÁRIO MEIA PORTA - ARMÁRIO MESA - ARMÁRIO SUPERIOR - ARMÁRIO FECHADO - ARMÁRIO ABERTO	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	ESTAÇÃO DE TRABALHO - LINHAS 520, 525 E 530	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	MESA DE TRABALHO - LINHA 925	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	GAVETEIRO	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	CADEIRA DE ESCRITÓRIO - LINHA 2000 - CADEIRAS GIRATÓRIAS ; CADEIRAS FIXAS ; CADEIRAS GIRATÓRIAS ; CADEIRAS FIXAS; CADEIRAS FIXAS - BASE TRAPEZOIDAL - LINHA 3000 - CADEIRAS GIRATÓRIAS; CADEIRAS FIXAS; CADEIRAS GIRATÓRIAS ; CADEIRAS FIXAS; LINHA WORK - CA	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	PROJETO, DESENVOLVIMENTO, SOLUÇÕES E FABRICAÇÃO DE MOBILIÁRIOS CORPORATIVOS	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	MESA DE ESCRITÓRIO - LINHA 425 - ORGÂNICA - MESA 1212 ; MESA 1214 ; MESA 1216; MESA 1414 - MESA 1416 - MESA 1616	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	MESA DE TRABALHO - LINHA 420 ORGÂNICA - MESA 1212 - MESA 1214 - MESA 1216 - MESA 1414 - MESA 1416 - MESA 1616	...→
ALBERFLEX INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA	MESA DE ESCRITÓRIO - LINHA GIOTTO - MESA ANGULAR RETA - MESA ANGULAR SIMPLES - MESA ANGULAR COM CHANFRO - MESA DE REUNIÃO - MESA RETA - MESA AUXILIAR - MESA CENTRAL - MESA EXTENSÃO	...→

Tal fato pode ser facilmente constatado mediante análise dos produtos descritos no Termo de Referência em comparação a linha de mobiliários certificadas pela ALBERFLEX.

c.1) Da exigência de certificados emitidos pela ABNT

Destaca-se que o instrumento convocatório deixa claro que os produtos devem ser certificados com emissão feita pela ABNT. A presente impugnação está baseada no guia "Avaliação da Conformidade Técnica", 5ª edição, elaborado pelo Inmetro⁵.

Conforme define o próprio Inmetro, "ao nos referirmos a um produto com conformidade avaliada significa dizer que ele está conforme à norma ou ao regulamento técnico aplicável ao mesmo" (vide pág. 13 do Guia). O Conselho Nacional de Metrologia, no qual o Inmetro está inserido, expediu a Resolução Conmetro nº 7, de 24/08/1992, instituindo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) como emissor, em âmbito nacional, dos parâmetros de normalização de produtos. (vide pág. 19 do Guia). Ou seja, as normas de certificação voluntária são concebidas pela ABNT, conforme determinação oficial, porém podem ser emitidos por quaisquer entes devidamente acreditados pelo Inmetro.

A ABNT é o órgão responsável pela normalização técnica no país, fornecendo a base necessária ao desenvolvimento tecnológico brasileiro. Suas normas garantem a qualidade do produto e o seu certificado assegura que os produtos possuem qualidade.

Por oportuno, frisa-se que a própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União veda a exigência de verificação da adequação de produtos às normas técnicas pertinentes por laboratório específico, uma vez que diversos laboratórios são acreditados pelo INMETRO para tal finalidade. Em recente decisão constou na fundamentação do Voto exarado pelo i. Ministro André Luis Carvalho, *in verbis*:

⁵ Disponível no site: <http://www.inmetro.gov.br/infotec/publicacoes/acpq.pdf>.

3. Ademais, tem o gestor a faculdade de exigir a certificação do produto em relação à norma escolhida, desde que, devidamente fundamentado, de igual modo, mediante parecer técnico, devendo ser aceitos os certificados emitidos por qualquer entidade acreditada pelo Inmetro para tal.

(...)

9. Destarte, penso que deva ser expedida determinação ao Incra, quanto a esse aspecto, para que se abstenha de exigir, em contratações futuras, a observância a procedimentos que sejam inerentes apenas ao organismo certificador, haja vista que devem ser aceitos os certificados emitidos por qualquer entidade acreditada pelo Inmetro, como já mencionado.⁶ (grifo nosso)

No mesmo sentido, extraímos o trecho abaixo de outro recente julgado da Corte de Contas:

9.3.2. o administrador tem a faculdade de exigir a certificação do produto em relação à norma escolhida, desde que devidamente fundamentado no processo licitatório, mediante parecer técnico, devendo ser aceitos os certificados emitidos por qualquer entidade acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) para tal.⁷

Assim, é urgente que a Administração suspenda o Edital visando corrigir a exigência quanto a emissão de certificados pela ABNT permitindo que qualquer outro laboratório credenciado pelo INMETRO possa elaborar os mesmos. Nesse sentido, destaca o Informativo Sobre Licitações e Contratos nº 59 do Tribunal de Contas da União:

Não se admite, de modo geral, licitação com especificação de marca de produto, a não ser que tal exigência encontre-se técnica e juridicamente justificada

⁶ Tribunal de Contas da União; Processo nº 020.870/2008-1; Acórdão nº Acórdão 1846/2010 – Plenário; Rel. Min. André Luis Carvalho, DOU 06/08/2010.

⁷ Tribunal de Contas da União; Processo nº 017.812/2006-0; Acórdão nº 2392/2006 – Plenário; Relator Min. BENJAMIN ZYMLER, DOU 13/12/2006.

*Mediante representação, licitante insurgiu-se contra o Pregão, com registro de preços, nº 12/2010, promovido pela Unidade Regional de Atendimento da Advocacia-Geral da União no Rio Grande do Sul (URA/RS), cujo objeto consistiu na aquisição de suprimentos de informática. A inicial, apresentada pelo representante e distribuidor da empresa Samsung no Brasil, contestou a aquisição de cartuchos de toner para impressoras Samsung, fundamentalmente sob o argumento de que o edital deveria exigir cartuchos originais do fabricante do equipamento, sob o risco de perda da garantia de manutenção. Inicialmente, o relator observou que a jurisprudência do Tribunal seria firme em condenar, de modo geral, a especificação de marca para a aquisição de toner de impressoras. Ressaltou, todavia, que o Tribunal tem admitido especificação de marca, “desde que ela se encontre técnica e juridicamente justificada”. No caso em exame, segundo o relator, “poder-se-ia admitir como justificativa plausível a perda da garantia das impressoras em decorrência da utilização de cartuchos de outras marcas”. Ainda quanto ao caso examinado, enfatizou que a restrição ao certame, mediante a exigência de cartuchos originais do fabricante, ainda que possível, “constituía uma prerrogativa do gestor e não uma obrigação à qual se visse vinculado. Competia ao gestor avaliar as possibilidades e decidir-se por aquela que, em seu juízo, melhor se adequasse aos interesses públicos”. **E essa avaliação, segundo o relator, fora efetuada, tendo o gestor adotado precauções que, em princípio, estariam a resguardar a Administração, uma vez que foi exigido, no termo de referência anexo ao edital do pregão eletrônico, que as empresas licitantes comprovassem a qualidade dos cartuchos ofertados mediante a apresentação de laudos técnicos, “emitidos por laboratório/entidade/instituto especializado, de reconhecida idoneidade e competência, pertencente a órgão da Administração Pública ou por ele credenciado, com acreditação do INMETRO, vinculado à Rede Brasileira de Laboratórios de Ensaio (RBLE), com escopo de acreditação na norma ABNT/NBR/ISO/IEC17025”. Na sequência, ressaltou o relator a providência adotada pelos gestores da URA/RS, quanto a avaliações e ensaios diversos que deveriam constar dos referidos laudos, dentre eles “ensaio comparativo, utilizando como parâmetro os valores publicados pelo fabricante da impressora, comprovando a situação da similaridade do produto com relação ao original em termos de bom funcionamento, qualidade, desempenho, consumo de toner e rendimento, (...)”, “ensaio para verificação de densidade óptica dos cartuchos” e “avaliação atestando a qualidade das condições de apresentação e acabamento dos cartuchos, não podendo apresentar vazamentos, trincas ou defeitos que comprometam a segurança em sua utilização”. Assim, no ponto de vista do relator, “não se pode questionar, portanto, a opção efetuada pela URA/RS, uma vez que atendeu aos requisitos legais e foi devidamente motivada”. Votou, então, por que se negasse provimento à representação, no que foi acompanhado pelos demais membros do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 3129/2009 e 2154/2008, da 1ª Câmara, 3233/2007 e 354/2007, da 2ª Câmara, 520/2005, 1010/2005 e 696/2010, do Plenário. **Acórdão n.º 1008/2011-Plenário, TC-007.965/2008-1, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 20.04.2011.*****

Ressaltamos ainda a necessidade de se instruir os autos com empresas aptas a fornecerem os produtos conforme os requisitos peculiares definidos no Edital, considerando o claro direcionamento.

Data venia, é primordial que a Administração formule de modo claro as suas pretensões **alterando o Termo de Referência que possa ser emitidos certificados/laudos de conformidade com a ABNT elaborados por qualquer laboratório devidamente acreditado pelo Inmetro, nos termos do entendimento do TCU e que sejam não sejam exigidos certificados e relatórios de forma cumulativa.**

c.2) Do prazo para obtenção dos certificados

No mesmo sentido, sobre a exigência das certificações sugeridas, deve-se discorrer sobre o disposto no Acórdão nº 2706/2008 emanado do Tribunal de Contas da União, que, tratando de representação sobre a inviabilidade de requerer Certificação de Conformidade de Produtos para o objeto do certame, determina a possibilidade de restrição à competitividade através de referido requerimento, senão vejamos:

9.4 determinar ao (...) que conceda prazo adequado aos interessados em participar do Pregão Eletrônico nº 009/CINDACTA 1/2008 providenciem certificado de conformidade de marca, emitido pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), e laudo técnico, emitido por laboratório certificado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), conforme exigência contida no edital de licitação; (Acórdão nº 2706/2008 – Tribunal de Contas da União – Plenário)

Sendo assim, entende-se ainda por necessária a republicação do presente edital para que **seja determinado prazo razoável para as empresas interessadas em**

participar do certame que providenciem os certificados de conformidade com a ABNT para sua participação, ainda em atenção ao que dispõe a Súmula nº 222 do Tribunal de Contas da União.

d) Da exigência de quantidade mínima de atestado de capacidade técnica

O Edital faz a seguinte previsão:

8.6.1. Comprovação de aptidão para o fornecimento de bens em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por meio da apresentação de no mínimo 02 (dois) atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Acerca da exigência de comprovação de qualificação técnica mediante a apresentação de atestado de capacidade técnica pronunciou o TCU, ao dispor que, *in verbis*: pode-se concluir que a entidade que promove a licitação deve fundamentar adequadamente a exigência da capacidade técnica, demonstrando de forma inequívoca sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado, de modo a afastar eventual possibilidade de restrição ao caráter competitivo do certame.⁸

O documento em análise serve como meio de comprovação da qualificação técnica operacional em licitação, busca dar garantia e segurança para a Administração Pública de que a empresa licitante tem a aptidão para desempenho do objeto licitado, ou seja, que esta tem a experiência necessária para a efetividade do serviço a ser contratado e, conseqüentemente, destina-se a restringir a participação de licitantes que não possuam condições operacionais de executar o objeto licitado.

⁸ Acórdão 32/2003 - Primeira Câmara. Grupo II / Classe VI / Primeira Câmara Processo - 007.358/2002-5. Disponível em <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em julho de 2007.

A exigência de capacidade técnica é legal e comumente realizada pela Administração Pública de modo a garantir que a empresa vencedora da licitação comprove efetivamente, que tem condições técnicas e operacionais de cumprir com o objeto do contato. No que diz respeito ao tema, dispõe a Lei nº 8666/93, art. 30, II, e §§ 4º e 5º:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Dessa forma, a norma é clara ao exigir que a Administração estabeleça os requisitos mínimos de qualificação técnica segundo os princípios e dispositivos norteadores do Direito Administrativo. Em entendimento uníssono, Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto apostado à letra 'b' do § 1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitações a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação.⁹

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26º ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 282-283

Ademais, tal requisito é essencial para que a Administração não incorra em contratações frustradas com empresas que não apresentam aptidão para executar os serviços.

Com efeito, alinhado ao paradigma constitucional de se aumentar quantitativamente a participação de licitantes, a Lei nº 8.666/93 estabelece que a comprovação de qualificação técnica será feita pelo licitante e mediante atestados que demonstrem o seu repositório técnico adquirido no curso de sua atividade empresarial que, notoriamente, compreende contratos com pessoas jurídicas de direito privado ou, então, de direito público.

Contudo, o TCU não admite que seja exigido um número mínimo de atestados e conclui:

Identificação Acórdão 2462/2007 – Plenário. Número Interno do Documento AC-2462-49/07-P Grupo/Classe/Colegiado. Grupo II / Classe V / Plenário. Processo 023.732/2007-0. Natureza Levantamento de Auditoria. Entidade: Prefeitura Municipal de Lucas do Rio Verde.

(...)

6. Os indícios de irregularidades graves que ensejaram a adoção da medida cautelar são os seguintes:

(...)

b.2) comprovação da capacitação técnico-operacional das licitantes por meio de certidões ou atestados provenientes de no mínimo dois e no máximo três contratos, sem expressas justificativas técnicas.

(...)

12. Por fim, sugere também a unidade técnica: a) determinar à Prefeitura de Lucas do Rio Verde que, no caso de nova licitação para execução das obras em comento: a.1) abstenha-se de exigir comprovação de experiência em serviços de maior relevância em percentuais superiores a 50% dos quantitativos a executar, consoante firme jurisprudência deste TCU (Acórdãos 1.284/2003 e 2.088/2004, ambos do Plenário);

(...)

Acórdão

(...)

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

(...)

9.1.1. abstenha-se de estabelecer percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos

excepcionais, cujas justificativas deverão estar tecnicamente explicitadas no processo administrativo anterior ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, art. 3º, § 1º, inciso I, e art. 30, inciso II, ambos da Lei 8.666/93;

9.1.2. abstenha-se de exigir número mínimo ou certo de contratos/atestados para comprovar a aptidão técnica dos licitantes, exceto quando o estabelecimento de um número definido for justificado e expressamente considerado necessário à comprovação requerida, em conformidade com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e com o art. 30, inciso II, e §§ 3º e 5º, da Lei nº 8.666/93.

Sob ângulo do PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE, qualquer um que pretenda ingressar ao certame e possua aptidão técnica para o desempenho das atividades requeridas, poderá fazê-lo, independentemente, do número de atestados que possua. É um completo absurdo afirmar que um licitante somente teria capacidade de executar um determinado objeto se já o tivesse realizada mais de uma vez. Não se trata de uma competição, simplesmente, para verificar se o licitante é detentor da maior quantidade de atestados; trata-se de certame licitatório que visa obter a proposta mais vantajosa à Administração, proveniente do participante que apresente afinidade com execução do objeto através de um ou mais atestados de capacitação.

Assim, faz-se necessário que a Administração **retire a exigência de apresentação de, no mínimo, 02 (dois) atestados de capacidade técnica, face ao entendimento do TCU.**

e) Da exigência de documento Instrução Normativa nº 01 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

A Administração também deve pautar-se pela sustentabilidade de suas aquisições. Desta feita, como grande consumidora de bens e serviços públicos, o Poder

Público tem o dever de fazer a contratação licitando o objeto em conformidade com a manutenção e preservação do meio ambiente. Assim, o Edital faz a seguinte menção:

Este Edital observará em todas as fases do procedimento licitatório as orientações e normas voltadas para a SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL, em conformidade com a Instrução Normativa nº 1 de 19 de janeiro de 2010 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do MPOG (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), prevendo, inclusive, as recomendações quanto à responsabilidade do fornecedor pelo recolhimento e descarte de embalagens dos materiais fornecidos, bem como a apresentação de documentos físicos, copiados ou impressos, EXCLUSIVAMENTE, através de papel reciclado.

A norma basilar que rege a licitação sustentável está disposta no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, que prevê o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito de todos, impondo ao Poder Público a obrigação de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras contratações.

A Lei nº 6938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 13 atribui ao Poder Público a função de fomentador de atividades para ao desenvolvimento sustentável, como desenvolvimento de meios que busquem a diminuição da degradação ambiental através de pesquisas e processos tecnológicos.

Nesse sentido, complementa a Lei nº 8.666/93, em seu art. 12, que ao tratar dos projetos básicos e executivos de obras ou serviços, traz como requisito o impacto ambiental (inc. VII), o qual deve ser observado pelo administrador público, ressaltando ainda o art. 30, IV, do Estatuto Licitatório, “a prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial”.

Em recente publicação, a Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010 dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens,

contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Afirma:

Art. 1º Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas.

Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade.

(...)

Art. 5º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, quando da aquisição de bens, poderão exigir os seguintes critérios de sustentabilidade ambiental:

I – que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável, conforme ABNT NBR – 15448-1 e 15448-2;

II – que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares;

III – que os bens devam ser, preferencialmente, acondicionados em embalagem individual adequada, com o menor volume possível, que utilize materiais recicláveis, de forma a garantir a máxima proteção durante o transporte e o armazenamento; e

IV – que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada na diretiva RoHS (Restriction of Certain Hazardous Substances), tais como mercúrio (Hg), chumbo (Pb), cromo hexavalente (Cr(VI)), cádmio (Cd), bifenil-polibromados (PBBs), éteres difenil-polibromados (PBDEs).

§ 1º A comprovação do disposto neste artigo poderá ser feita mediante apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio de prova que ateste que o bem fornecido cumpre com as exigências do edital.

§ 2º O edital poderá estabelecer que, selecionada a proposta, antes da assinatura do contrato, em caso de inexistência de certificação que ateste a adequação, o órgão ou entidade contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do produto às exigências do ato convocatório, correndo as despesas por conta da licitante selecionada. O edital ainda deve prever que, caso não se confirme a adequação do produto, a proposta selecionada será desclassificada.

Sobre a comprovação de cumprimento das normas estabelecidas na IN n° 01/2010, verifica-se que o legislador afirmou que poderia ser feito por qualquer meio de prova. Assim, considerando que não existe norma que regulamente quais são esses meio de prova, a exigência exclusiva de apresentação de certificado mostra-se bastante onerosa.

13.11. Apresentar certificação do FSC que os tampos confeccionados são com fibras de madeira selecionadas, provenientes de eucalypto e pinus (cultivados em florestas renováveis).

13.16 Apresentar, conforme disposto na IN 01/2010 do Ministério do Planejamento, laudo ou certificado que comprove que a EMPRESA LICITANTE E/OU FABRICANTE observa os requisitos ambientais para a certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial - INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares.

Ademais, importante destacar que a apresentação de documento de sustentabilidade ambiental na fase de habilitação também não acompanha as normativas legais.

É sabido que a finalidade principal de um certame licitatório é a escolha da proposta comercial mais vantajosa para a Administração Pública. Evitando uma contratação irregular e temerária, propensa a causar prejuízo ao erário, a Lei Federal n.º 8.666 de 21 de junho de 1993 e suas sucessivas alterações posteriores, traz em seu bojo uma relação de documentos que o Administrador Público deve exigir do licitante proponente quando da efetiva participação no certame, evitando assim uma contratação frustrada, ou seja, inicia-se uma determinada obra ou um determinado fornecimento e no

decorrer da execução do instrumento contratual o contratado o interrompe por insuficiência técnica, administrativa e/ou econômica-financeira.

Para tanto, a lei determina que o licitante demonstre à Administração Pública, através de prova documental, a sua habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômica-financeira e a regularidade fiscal. Obedecidos aos comandos supra, a contratação encontra-se coberta de legalidade, estando a Administração Pública ciente das condições do futuro contratado. É na fase habilitatória que a Administração Pública certifica se o licitante proponente está apto a participar do certame e em condições de executar, posteriormente, o objeto que lhe será adjudicado. Até aqui a exigência dos documentos comprobatórios é legal. Entretanto, essa cautela não pode extrapolar as fronteiras da lei.

O dispositivo legal é bastante claro ao determinar no *art. 27* que "*Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I- habilitação jurídica; II- qualificação técnica; III- qualificação econômica-financeira; IV- regularidade fiscal; V- cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal^[1].*" Assim, pode-se concluir que a exigência de qualquer outro documento não arrolado nos artigos 28 (habilitação jurídica), 29 (regularidade fiscal), 30 (qualificação técnica) e 31 (qualificação econômica-financeira) da citada lei, é ilegal, estando o instrumento convocatório viciado, sanável por intermédio de impugnação, nos termos do art. 41, § 2º do mesmo diploma, e a persistir, pelo Mandado de Segurança.

No intuito de coibir abusos desse tipo o legislador pátrio fez constar no bojo da lei licitatória, mais precisamente no art. 3º, § 1º, que:

É vedado aos agentes públicos: I- admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam,

restringam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou Domicílio dos licitantes proponentes ou de qualquer outra circunstância ou irrelevante para o específico objeto do contrato;(grifo nosso).

Com muita propriedade o renomado doutrinador mineiro Carlos Pinto Coelho Mottai citando o saudoso Hely Lopes Meirelles, leciona no sentido de que:

Nenhuma outra documentação deverá ser exigida, pois o legislador empregou deliberadamente o advérbio `exclusivamente`, para impedir que a Administração, por excesso de cautela ou vício burocrático, condicione a habilitação dos licitantes à apresentação de documentos inúteis e dispendiosos, que muitas vezes afastam concorrentes idôneos pela dificuldade em obtê-los".¹⁰,

No mesmo sentido temos a lição de *Jessé Torres Pereira Júnior* ao dizer que:

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 31.¹¹

Acompanhando a doutrina, o Tribunal de Contas da União, em decisão n.º TC/6.029/95-7^[4], já manifestou que:

Na fase de habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo desatendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração.

¹⁰ Eficácia nas Licitações & Contratos, 8ª edição, 2001, Del Rey- Página 169

¹¹ Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 4ª edição, 1997, Renovar, pag. 219

Por fim, sendo o dispositivo em análise taxativo, exigências daquela natureza só comprometem o certame licitatório, emperrando-o, protelando-o, o que deve ser evitado.

Assim, conclui-se que **a exigência de apresentação de certificação que comprove o cumprimento das diretrizes trazidas pela IN nº 01 do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão pode ser feita por qualquer meio, inclusive uma declaração.**

f) Da motivação dos atos administrativos

Por oportuno, destaca-se que os atos da Administração devem zelar pelo princípio da motivação. Nas palavras da ilustre mestre Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*In Direito Administrativo*, 21ª Edição, pg. 77) ensina que:

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões... A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. (grifo nosso)

A motivação feita pela autoridade administrativa afigura-se como uma exposição dos motivos, a justificação do porquê daquele ato, é um requisito formalístico do ato administrativo. No mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (*In Direito Administrativo*, 2003, p. 366-367):

(...)é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se

estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.

O Poder Público deve, prioritariamente, zelar pela legalidade e pela supremacia do interesse público envolvido. Sobre o tema em tela, expõe a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta¹²”.

Para Odete Medauar, a exigência constitucional do dever de motivar os atos administrativos está implícita, ainda, nos dispositivos constitucionais que consagram a Democracia, a publicidade e o contraditório. Segundo a autora:

A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro texto, não elide a exigência de motivar, pois esta encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1º da CF), no princípio da publicidade (art. 37, caput) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inc. LV do art. 5º).¹³

Considerando que a resposta a esta impugnação não pode ser entendida com um ato discricionário **caso a Administração não acolha os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais aqui arrolados, que a mesma apresente justificativa devidamente motivada para tal.**

3) CONCLUSÃO

Ex positis, requer-se a republicação ou cancelamento do presente edital para que:

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

¹³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005

- a. seja recebida e julgada dentro do prazo legal, a presente IMPUGNAÇÃO AO EDITAL (a qual é interposta sem o prejuízo da eventual adoção de outras medidas), se necessário com a concessão de efeito suspensivo, que lhe é facultada pelo art. 109 §2º da Lei n 8.666/93, para que sejam analisadas e acolhidas as fundamentações abaixo;
- b. seja suspenso o Edital considerando o direcionamento para a empresa ALBERFLEX por ser a única a possuir os produtos solicitados pelo Termo de Referencia conforme a sua linha certificada pela ABNT;
- c. seja suspenso o Edital visando a correta exigência das normas em conformidade com a ABNT podendo ser entregues documentos emitidos por laboratório acreditado pelo Inmetro retirando-se a exigência de apresentação de certificado e relatório de forma cumulativa considerando as orientações do TCU;
- d. seja determinado prazo razoável para as empresas interessadas em participar do certame que providenciem os certificados de conformidade com a ABNT para sua participação;
- e. seja retirado a exigência de apresentação de, no mínimo, 02 (dois) atestados de capacidade técnica, face ao entendimento do TCU;
- f. Sejam retirados os itens 13.11 e 13.16 considerando trata-se de exigência não prevista em lei regulamentar admitindo-se ainda que a IN nº 01/2010 não limitou a comprovação de exigência de cumprimento de suas normas mediante apresentação

de certificado e ainda que este documento não encontra-se no rol taxativo de documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação;

- g. posteriormente, pugna-se pela republicação do Edital, com a reabertura dos respectivos prazos e publicação dos atos, em obediência ao art. 21,§ 4º da Lei 8.666/93;
- h. caso esta impugnação seja considerada improcedente, total ou parcialmente, a Administração apresente a devida justificativa que motivou a decisão.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Goiânia, 21 de março de 2.012.



LUCÉLIO LUIZ DUARTE

MB DESIGN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA