



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

**Ao Ilustríssimo Senhor pregoeiro MÁRCIO GOMES DA SILVA.
PROCESSO CJF – ADM 2015/00334**

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº PREGÃO ELETRÔNICO n. 1/2016

AUTO UNIÃO DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO LTDA, Pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ sob o número 02.720.554/0001-99, com endereço no Núcleo Rural Ponte Alta Norte, Gleba A Chácara 6 Lote 8 – Gama - CEP 72.427-010 vem, por intermédio de seu representante legal, na melhor forma de direito e com arrimo nas disposições contidas na lei 10.520/2002 c/c 8.666/93 e edital de licitação em apreço, apresentar tempestivamente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1/2016

O que faz sob o concurso dos princípios Constitucionais e legais da isonomia, moralidade, legalidade, impessoalidade, igualdade, probidade administrativa, julgamento objetivo e eficiência e proporcionalidade, o fazendo pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO.

1. De acordo com o preâmbulo do edital ora impugnado, a data de abertura da licitação é 15.12.2015, portanto, nos termos do edital e da lei 8666/93, e ainda do decreto 5450/2005, o direito de impugnar os termos do edital de



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

licitação decaiu apenas no dia 13.12.2015, posto **que “até” o segundo dia útil anterior à abertura.** Tempestiva, portanto, a presente.

OBJETO. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2. **DO OBJETO.** A presente licitação tem por objeto a prestação de serviços de manutenção de veículos com fornecimento e substituição de peças, de acordo com o estabelecido neste instrumento convocatório.

3. Entretanto, muito embora o edital tenha sido formulado por pessoa de inegável saber jurídico, o instrumento é contraditório em ponto fundamental e que redundaria em imediata suspensão, pois afeta diretamente a abertura das propostas comerciais e ou atinge diretamente as cotações de preços de mercado, afetando ainda os concorrentes no tocante à oferta da proposta mais vantajosa.

4. Mister ainda identificar que o referido edital trata de órgão federal, sujeito portanto, ao controle do TCU, e nesse diapasão as orientações jurídicas do TCU e ou decisões sobre licitações e contratos deverão ser fielmente acatadas, sob pena de violação à lei e à sua súmula 222, que assim determina:

“As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

DA MEDIDA DE RESTRIÇÃO DE COMPETIÇÃO. DO EDITAL ANTERIOR QUE NÃO PREVIA A REGRA AGORA INSERIDA.

O Edital cuja abertura era dia 18.11.2015 veio assim com os itens 1.1 e 1.2:



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

1.1. O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços de manutenção mecânica com fornecimento de peças, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

1.2. A licitação será dividida em grupos, formados por um ou mais itens, conforme tabela constante do Termo de Referência, facultando-se ao licitante a participação em quantos grupos forem de seu interesse, devendo oferecer proposta para todos os itens que o compõem.

O edital que agora se impugna e cuja abertura é dia 26.01 2016, mudou a regra e inseriu o seguinte no seu termo de referência:

1.5 – Tenham as oficinas, com espaço físico coberto e fechado, localizadas a uma distância rodoviária de no máximo 30 km da Sede do Conselho da Justiça Federal, situada no Setor de Clubes Esportivos Sul – SCES, Trecho III, Polo 8, Lote 9, Brasília/DF, CEP 70.200-003..

Por que uma distancia de 30 KM do da sede do cjf? Por que inseriram a presente regra em detrimento da redação anterior? Qual o motivo? A quem interessa a regra?

5. Dentre uma das obrigações da empresa vencedora do certame está a de se manter a oficina a uma distância de máximo 30 km de distância da sede cjf, que como sabemos, fica no Plano Piloto.

6. Tal cláusula é absolutamente restritiva de competição e representa o que é de pior na licitação, ou seja, o afastamento de empresas interessadas e aptas a prestarem os serviços. Para tanto, mister lembrarmos sobre o que diz a lei 8666/93 sobre o referido tema, verbis:



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#);

7. O edital está fazendo na verdade verdadeira restrição e distinção de domicílio de licitante, em clara violação ao inciso I do artigo 3º da lei 8666/93, impedindo empresas que estão situadas fora do plano piloto de Brasília de prestarem os serviços objeto do edital em apreço.

8. Impende destacar, ainda, que o Projeto Básico deve ser analisado de forma sistemática pelo Administrador Público, de modo a aferir a precisão e a completude das suas especificações, e, conseqüentemente, avaliar os quantitativos e os custos unitários de cada item de modo a atender ao interesse da coletividade. Igualmente, com a propriedade que lhe é peculiar, o professor Marçal Justen Filho aduziu ser necessária não só a existência de um projeto básico eficiente, mas **o seu exame à luz do interesse público e das exigências legais**, bem como a sua aprovação expressa, veja-se:



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

“Nenhuma licitação para obras e serviços pode fazer-se sem projeto básico (ou equivalente, quando o objeto não envolver atividade de engenharia). *Mas é insuficiente a mera elaboração do projeto básico. Faz-se necessária sua aprovação, por ato formal e motivado da autoridade competente, a qual deverá avaliá-lo e verificar sua adequação às exigências legais e ao interesse público.* A autoridade, ao aprovar o projeto, responsabiliza-se pelo juízo de legalidade e de conveniência adotado. Será competente para aprovar o projeto básico a autoridade competente para determinar a contratação da obra ou do serviço a que tal projeto se refere.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 110, 2004). [*grifou-se*].

9. **O INTERESSE É PÚBLICO.** E assim, não é crível que aceite-se exigências que privilegiem o domicílio de empresas, **configurando quicá verdadeira discriminação para com aqueles que não estão situados no plano piloto, como se na periferia ou nas cidades-satélites não existissem empresas aptas a prestarem os serviços** objeto do presente edital. Com a extensão de de um raio de apenas mais 5 km, a administração poderá encontrar outras inúmeras empresas em condições de concorrer na presente disputa.

10. Nota-se que os serviços licitados não o são de fornecimento de combustíveis e sim de reparo de veículos, o que poderia, se fosse o caso de fornecimento de combustíveis, por exemplo, até justificar eventual cláusula neste sentido, pois não faria sentido deslocar-se, por exemplo, até Taguatinga para abastecer um veículo. No caso em tela, trata-se de um veículo que sofrerá reparos, e a depender da diferença de preços a economia poderá ser muito importante e tamanha a justificar o deslocamento até um raio maior que o estipulado no edital.



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

11. O TCU não discrepa quando analisa esses editais, pois eles possuem de fato cláusulas restritivas e caso sejam mantidas poderão trazer sérias conseqüências aos administradores, inclusive a aplicação de multas previstas no regimento interno. Como sabemos, no distrito federal, por exemplo, há um grande polo de oficinas, talvez até mais capacitadas do que as existentes no plano piloto em razão da localidade e portanto, caso mantidas essas regras, oficinas de Taguatinga por exemplo não poderão participar.

Vejam-se os precedentes do TCU sobre o tema:

ACÓRDÃO Nº 520/2015 – TCU – 2ª Câmara

“Em tese, a limitação geográfica tem potencial de restringir a participação de empresas, mas pode ser necessária.

14. Assim, considerando a situação ocorrida, entende-se que o perímetro de doze quilômetros restringiu de fato a participação de outras licitantes no certame, incidindo na vedação contida no art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993.

9.2. recomendar ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, nos termos do art. 250, III, do Regimento Interno do Tribunal, que, ao elaborar o edital referente à contratação para manutenção e reparo de veículos automotores, avalie a possibilidade de agrupar os lotes do certame segundo a marca dos veículos, **bem como avaliar se a disposição geográfica das oficinas mecânicas na cidade de São Paulo/SP é não uniforme**, com vistas a ampliar a competitividade da disputa e atingir maior número de empresas participantes”

ACÓRDÃO Nº 511/2012 – TCU – Plenário

9.2.2. na licitação que vier a ser realizada em substituição ao contrato atual, corrija as seguintes falhas encontradas no Pregão

6



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

Eletrônico nº 256/2011 e explicitadas no relatório e voto que fundamentam este acórdão: i) inadequação da fórmula de preços utilizada; ii) ausência de estimativa prévia de preços para a mão de obra; e iii) **utilização de critério de restrição territorial impróprio;**

Por que não estender a distância de um raio de 30 km, por exemplo, o que aumentaria e muito o número de concorrentes. Por que não aumentar a distância para um raio de até 30 km?

12. Caso sejam mantidas as regras, além de muitas empresas estarem sem condições de participação, os fatos poderão ser comunicados ao CJF para que adote as providências necessárias ao restabelecimento da ordem e da lei.

13. A administração, dentro do possível, deve buscar atender ao interesse público com as mesmas características do setor privado. Ora, o setor privado imporá uma restrição de DISTÂNCIA de sua sede para uma empresa que lhe ofertasse o menor preço? Imaginamos que não. E com base em que isso poderia ser aplicado?

14. Através do artigo 54 da lei 8666/93, que prevê:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, **supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.**

15. Ou seja, aplicam-se no contrato administrativo regras de direito privado, supletivamente, portanto, preenchendo a lacuna legal deve-se expor o que prevê o Código Civil por exemplo. Portanto, não há razão para exigir da empresa interessada em participar do certame, que esta fique distancia máximo de 30 km da



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

sede do órgão, restringindo por exemplo as empresas situadas no distrito federal de participarem da disputa.

16. Persistindo a obrigatoriedade, poderá ser propiciada a formação de um “grupo” exclusivo de empresas de um determinado local e apenas elas aptas a participarem 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”.

17. 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” (Lei 8.173/90, “DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E AS RELAÇÃO DE CONSUMO”, artigo 4º, inciso III).

18. Portanto, exigir a “localização de uma distancia de 30 km” 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:

“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 pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de -



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifo nosso)

19. Tratando ainda sobre o tema, eis o que o TCU já decidiu no bojo do acórdão 1141/2011- Plenário, verbis:

Também há ilegalidade quando o edital determina que os interessados em participar do certame deverão comprovar, no momento da habilitação, que a usina de asfalto não pode distar mais que 60 km da sede do Município e deve possuir alvará ou licença de operação em vigor já no momento da sessão de abertura. Tal previsão esbarra na vedação contida na parte final do § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, por constituir-se em prévia imposição quanto à localização. Acaba por consubstanciar evidente direcionamento a empresas que possuam obras em execução nas adjacências ou que disponham de usinas de asfalto nas proximidades do empreendimento, fato que, por via oblíqua, beneficia os donos de usinas da região, criando uma espécie de monopólio.

(...)

A propósito, num deles (Acórdão 2.656/2007-TCU-Plenário), da Relatoria do Exmo Sr.Ministro Augusto Nardes, o Tribunal reputou indevida a exigência de localização prévia em um caso concreto fixado em bases menos restritivas – „**em um raio de 120 km do local da obra**“ – se comparado com o que consta do edital em foco, assim se pronunciando em seu Voto:

„Vê-se que o edital investe, de fato, sobre terreno de duvidosa legalidade ao fixar, ainda que de forma ampla, a área em que as usinas deverão estar instaladas, contrariando o objetivo legal da não regionalização das condições de habilitação, presente na parte final



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

do dispositivo transcrito [refere-se ao art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93]”.

Pela perfeita adequação à controvérsia aqui tratada, colaciona-se ementa do Acórdão 800/2008-Plenário, vazada nos seguintes termos:

„Sumário

REPRESENTAÇÃO. FIXAÇÃO DE EXIGÊNCIAS COM RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA. DETERMINAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. Fixa-se prazo para anular a licitação quando os vícios apurados comprometem o caráter competitivo do certame e representam grave infringência a dispositivos legais.

2. Exigir-se comprovação da qualificação técnica para itens da obra que não se afiguram como sendo de maior relevância e valor significativo, além de restringir a competitividade do certame, afronta os ditames contidos no art. 30 da Lei nº 8.666/1993.

3. É ilegal exigir a comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante na data da licitação.

4. Restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declaração de terceiros detentores de usina, ainda mais quando é fixado limite máximo de distância para sua instalação.

20. Ora, o TCU já considerou ilegal a exigência de localização prévia de instalações num raio máximo de 60 Km e de até 120 Km, como se viu acima, o que dirá então de exigência que exige apenas num raio máximo de 20 KM? Da mesma forma na decisão abaixo transcrita o TCU considerou estranho o fato de utilização de critérios diferentes para exigência de distâncias de estabelecimentos, vejamos.



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

“Ainda na auditoria realizada na Diretoria Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos do Estado do Rio Grande do Sul (EBCT/DR/RS), outra possível irregularidade detectada fora a realização da Dispensa de Licitação 59/2007, que resultou na contratação de posto de abastecimento para veículos lotados nas unidades de Canoas/RS. Conforme a unidade instrutiva, em duas licitações anteriores, fracassadas, previu-se a distância máxima de 3,5 km de raio a partir da unidade de Canoas – RS para a localização do posto a se responsabilizar pelo abastecimento. Em seguida, ocorreria a contratação, por dispensa de licitação, de um posto localizado a 10 km da referida unidade, não se observando, portanto, as condições pré-estabelecidas nas licitações fracassadas anteriormente, em descumprimento ao estatuído no inciso V do art. 24 da Lei 8.666/93. Nos argumentos apresentados pelo responsável, ouvido em audiência, constou o de que *“não havia mais tempo hábil para uma terceira tentativa de instauração de procedimento licitatório, e, caso não houvesse a dispensa de licitação, haveria prejuízos para a ECT”*. Em sua análise, a unidade técnica destacou que não fora formulado, pelo TCU, questionamento quanto à necessidade de realizar a dispensa de licitação, mas sim *“quanto ao critério de escolha do fornecedor, que deveria ter observado as mesmas condições da licitação. É possível que, caso admitida no certame a participação de estabelecimentos situados dentro do raio em que se encontra a empresa contratada por dispensa (10 km), as licitações não teriam sido desertas”*. A respeito da situação, o relator ressaltou que *“o responsável não apresentou justificativa, não demonstrando porque na licitação se estabeleceu um raio de 3,5 Km e na dispensa um raio bem maior, de 10 Km”*. Ao final, o relator votou pela não aplicação de multa ao responsável, sem



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

prejuízo da expedição de determinação corretiva para futuras licitações a serem promovidas pela EBCT/DR/RS, o que foi aprovado pelo Plenário. *Acórdão n.º 2219/2010-Plenário, TC-005.383/2007-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 1.º.09.2010.*

21. Também no seio do acórdão 5900/2010- 2ª Câmara, o mesmo tribunal de contas já decidiu:

9.3.1. abstenha-se de exigir, para a comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, o requisito **de propriedade e de localização prévia dos equipamentos a serem utilizados na obra**, conforme disposto no § 6º do art. 30 da Lei n. 8.666/93, a exemplo de declaração formal de que dispõem de usina de asfalto com capacidade de produção igual ou superior a 60 ton/h, com licença de operação (LO) emitida pelo órgão ambiental competente já em vigor na data de entrega das propostas, **e localizada num raio máximo de 60 Km de distância da sede do Município;**

MULTA SEM ESPECIFICAÇÃO E SEM DISCRIMINAÇÃO.

Vejamos a regra imposta:

17.3. O licitante/adjudicatário que cometer qualquer das infrações discriminadas no subitem anterior ficará sujeito, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal, às seguintes sanções:

17.3.1. Multa de 2% (dois por cento) sobre o valor estimado do(s) item(s) prejudicado(s) pela conduta do licitante;

Em que circunstância poderá a empresa ser multada e em que montante? E toda e qualquer falha aplica-se 2% sobre o item prejudicado? E o que seria item prejudicado?



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

22. A Lei do Pregão, Lei n. 10520/02, estabelece, em seu art. 7º, a aplicação da pena de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios pelo prazo de até 5 anos e descredenciamento do SICAF caso o contratado pratique determinadas condutas, dentre elas a de retardar a execução de seu objeto e falhar na execução do contrato.

23. O pregão eletrônico restou disciplinado pela Lei n. 10.520/02, que é uma legislação especial, sendo necessária uma análise jurídica mais detalhada a respeito da aplicação da penalidade prevista no art. 7º da Lei do Pregão de maneira cumulativa com a aplicação das sanções previstas na Lei n. 8666/93.

24. Tal questão é bastante relevante, na medida em que desta definição resultam diferentes consequências no que toca à autoridade que deve aplicar a penalidade e a abrangência da sanção.

Veja o que estabelece o art. 7º da Lei n. 10.520/02:

Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

25. Analisando discussão semelhante – aplicação da Lei n. 8666/93 no procedimento atinente ao Pregão –, já assinalou o TCU que a modalidade pregão é regulada pela Lei. 10.520/02, com normas próprias. Nesse sentido a aplicação da Lei 8.666/93 é apenas subsidiária (Acórdão 5263/2009 - Segunda Câmara).

26. Portanto, a Lei nº 8.666/93 possui aplicação apenas subsidiária ao pregão, conforme disposto no art. 9º da Lei nº 10.520/02. Disso resulta que a Lei Geral de Licitações será aplicável nos casos em que a lei do pregão for omissa.

27. Assim, quando se tratar de pregão, a aplicação das penalidades deverá se dar de acordo com o art. 7º da Lei nº 10.520/02, tendo em conta haver dispositivo disciplinando (inexistência de omissão) as sanções administrativas a que se sujeitam tanto os licitantes como os contratantes.

28. Confira-se ainda que, em outra ocasião, o TCU afirmou que: *a Lei 8.666/93 trata de diversas modalidades de licitações, sendo que algumas podem ser consideradas mais complexas que as do pregão e outras não. Em relação a todas essas modalidades, o legislador previu diversas espécies de sanções, sendo a do inciso IV do art. 87 da Lei 8.666/93 (declaração de inidoneidade) de gravame compatível com aquela da lei do pregão.* (Acórdão 653/2008 – Plenário).

29. Isso quer dizer que não há possibilidade de aplicação das penalidades insertas no inciso IV do artigo 87 da Lei de Licitações no âmbito do Pregão, posto que as finalidades de sua aplicação se equivalem à penalidade do art. 7º da Lei n. 10.520/02, especificamente para este tipo de procedimento licitatório.

30. Nesse tocante, os Editais de Pregão devem fixar as penalidades a que estão sujeitas os licitantes em consonância com o art. 7º da Lei n. 10520/02 e não com base na Lei n. 8666/93. E nesse caso, o edital em análise não atendeu ao disposto em lei.



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

31. Relevante ponderar, no entanto, que o art. 7º da Lei n. 10.520/02 não exclui as sanções da Lei n. 8666/93 que são mais brandas que a do impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios previsto na lei do pregão, quais sejam, a pena de advertência, a pena de multa e a pena de suspensão de licitar e contratar com a Administração (entendida esta como o ente/entidade que aplicou a penalidade).

32. A doutrina, a este respeito, aduz que não seria razoável nem proporcional punir faltas leves praticadas pelos licitantes ou contratantes apenas com a sanção de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até 5 anos e descredenciamento do SICAF.

33. Destarte, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, é possível valer-se da penalidade de advertência, da pena de multa e da pena de suspensão de licitar e contratar com a administração, previstas somente na Lei n. 8666/93, a faltas leves praticadas em procedimento regido pela Lei n. 10.520/02. Ensina Niebuhr (2004, p. 200):

"... para harmonizar o princípio da legalidade e o da proporcionalidade os agentes administrativos devem interpretar o art. 7º da Lei 10.520/02 de maneira ponderada, evitando que ele seja utilizado com excessos, para situações que não merecem tamanha reprimenda.

Quer-se dizer que os agentes administrativos, conquanto devem obediência ao prescrito no art. 7º da Lei 10.520/02, devem também interpretá-lo de modo consoante aos demais princípios jurídicos informadores da matéria, entre os quais merece destaque o da proporcionalidade. Logo, a referida penalidade, por ser extremamente gravosa, deve ser aplicada somente nos casos em que



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

se percebe ou há indícios de que o licitante faltoso tenha agido de má-fé tentando arditosamente participar de licitação do qual, de antemão, sabia que não cumpriria os resultados da licitação."

34. Com efeito, a interpretação no sentido de que o art. 7º da Lei n. 10.520/02 prefere às penalidades do art. 87 da Lei n. 8666/93 não é infirmada com a possibilidade de aplicação das penas mais brandas que a estabelecida na lei do pregão, posto que tal entendimento visa assegurar ao administrador a observância de princípios administrativos, dentre eles o da proporcionalidade e razoabilidade, com possibilidade de o fato punível ser apenado adequadamente: para uma infração branda, uma penalidade branda; para uma infração grave, uma penalidade grave.

35. Assim, não deve ser aplicado o art. 87, IV, da Lei n. 8666/93 ao procedimento licitatório do pregão, porquanto se trata penalidade mais grave que a prevista no art. 7º da Lei n. 10520/02 em estando o procedimento licitatório regulado por lei especial do pregão. O TCU repele interpretação extensiva do artigo 7ª da lei 10.520/2002.

36. O TCU também adotou tal posicionamento no acórdão n. 2242/2013-Pl:

Noutro giro, versando agora sobre os limites de sanção correlata prevista na Lei do Pregão (Lei 10.520/02, art. 7º - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), e diante da possibilidade de que o Serpro/SP venha a conferir demasiado alcance a esse dispositivo, consignou o relator que "a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos do Plenário 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013) é firme no sentido de que tal penalidade impede o concorrente punido de licitar e contratar apenas no âmbito do ente federativo que aplicou a sanção, em



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

consonância com o que dispõe o art. 40, inciso V e § 3º, da IN SLTI 2/2010.

37. Já a multa moratória inserta no item é geral, sem discriminação, não encontrando qualquer precedente na administração pública, ela poderá ser aplicada desta forma infinitamente, formando uma fonte de enriquecimento ilícito da União em detrimento de particulares.

38. A multa moratória está embasada nos termos do art. 86 da Lei de Licitações, ou seja, (isso após chegar-se a conclusão de descumprimento de atraso na entrega de algum serviço contratado), sem o condão de descumprimento contratual por inexecução, seja parcial ou total, conforme recomenda o art. 87 do mesmo diploma legal.

39. O TCU, em célebre julgado, já assentou o entendimento de que a multa por descumprimento contratual deverá incidir sobre a parcela inadimplida e **não sobre todo o contrato e no máximo em 10%, sendo que deverá estabelecer percentual irrisório por dia de atraso, no caso abaixo foi de 0,1% por dia de atraso (no edital em tela é de 2% e sem estabelecer percentual diário mínimo)**. Transcreve-se, com as devidas *vênias* trechos do acórdão 597/2008 - Plenário:

- Na minuta de edital atual, as penalidades constam da Cláusula Décima Segunda da minuta de contrato (Anexo 4) e, para a finalidade, utilizou-se a atual redação do Senado Federal; Apesar de introduzidas algumas modificações com relação à minuta anterior, a ressalva persiste.

58.2 *Análise*

58.2.1 *A Cláusula Décima Segunda da nova Minuta de Contrato prevê, dentre outras, as seguintes penalidades pelo atraso*



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

injustificado ou inexecução total ou parcial do contrato (mantendo os termos da redação original, exceto quanto ao percentual diário da multa, que foi reduzido):

‘Parágrafo Primeiro – O atraso injustificado na execução de cada etapa do cronograma físico-financeiro aprovado sujeitará a Contratada à multa de 0,1 % (um décimo por cento) ao dia sobre o valor total da etapa, até o limite de 30 (trinta) dias.

Parágrafo Segundo – Durante o período de 30 (trinta) dias previsto no parágrafo anterior, a critério do Senado, este contrato poderá ser rescindido, sem prejuízo das demais sanções.

Parágrafo Terceiro – Findo o prazo limite previsto no parágrafo primeiro sem adimplemento da obrigação, aplicar-se-á, cumulativamente, multa de 10 % (dez por cento) sobre o valor global deste contrato, podendo ainda o Senado, a seu critério, fazer uso da garantia prestada pela empresa e impor outras sanções.

Parágrafo Quarto – Além das multa previstas nos parágrafos anteriores, poderá ser aplicada, pela inexecução total ou parcial deste ajuste, multa correspondente a até 10 % (dez por cento) do valor global deste contrato, fixada, a critério do Senado, em função d gravidade apurada.’.

58.2.2 A cominação de multa por atraso injustificado na execução do contrato encontra-se disciplinada nos arts. 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, sem no entanto haver disposições quanto a limites de percentuais de aplicação. Por ocasião do julgamento do TC – 016.487/2002-1 – Representação (Acórdão n.º 145/2004 – Plenário), que versou sobre inadequações de contrato de concorrência internacional promovida pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal, quanto à inserção de cláusula relativa



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

a atraso na entrega do objeto licitado, o E. Ministro-Relator, em seu Voto condutor, registrou:

‘ (...)

Com relação ao valor da multa a ser aplicada, conforme análises já realizadas acerca do Relatório Final da Comissão de Sindicância, a aplicação da referida penalidade nos percentuais previstos no contrato, de fato, acabaria por onerar desproporcionalmente a contratada. (...)

Observa-se que o percentual assinalado tanto no edital quanto no contrato acaba por gerar uma multa que extrapola o limite previsto no art. 9º da Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, revigorado por Decreto sem número de 29 de novembro de 1991), na qual é previsto que ‘não é válida cláusula penal superior à importância de 10 % do valor da dívida’.

58.2.3 Observa-se, pelas disposições contratuais retrotranscritas, que há previsão de cumulatividade na aplicação de multas por atraso na execução, o que poderá implicar em apenação em percentual superior aos 10 % a que se refere o dispositivo legal referenciado.

58.2.4 Assim, em consonância com a linha de raciocínio exposta na mencionada deliberação, entende-se ser pertinente a realização de recomendação ao órgão licitante no sentido de promover a pertinente adaptação da Cláusula Décima Segunda da minuta de contrato, vez que referido dispositivo prevê a possibilidade de cumulatividade de aplicação de penalidades pecuniárias por atraso na execução do objeto contratual as quais poderão importar em extrapolação do limite de 10 % previstos no Decreto n.º 22.626, de 07/04/1933.



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

40. Qual seria então o valor da dívida citada no acórdão acima? Exatamente o valor da obrigação trabalhista infringida, ou seja, a multa deve ser aplicada apenas sobre a parcela inadimplida e no exato período do atraso, sendo **limitada a 10% do valor da parcela inadimplida**. Mas como aplicar aleatoriamente uma parcela fixa de 2%?

41. Sobre a ordem de cobrança de multas, também houve determinação para que primeiro se execute a garantia e somente depois faça descontos de faturas, vejamos:

Justificativas/Providências

- Na minuta de edital atual, as penalidades constam da Cláusula Décima Segunda da minuta de contrato (Anexo 4) e, para a finalidade, utilizou-se a atual redação do Senado Federal; Apesar de introduzidas algumas modificações com relação à minuta anterior, a ressalva persiste.

59.2 Análise

59.2.1 Segundo dispõe o art. 86 da Lei n.º 8.66/93:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.’.

59.2.2 *Desta forma, a lei estabelece, em sequência prioritária, o desconto da garantia e o desconto nos pagamentos eventualmente devidos, caso esta seja insuficiente.*

59.2.3 *Os Parágrafos Quinto e Sexto da Cláusula Décima Segunda da nova minuta contratual estabelecem:*

‘Parágrafo Quinto – A multa, aplicada após regular processo administrativo, garantido o direito de ampla defesa, será descontada das faturas emitidas pela Contratada.

Parágrafo Sexto – Não ocorrendo quitação total da multa, na forma do parágrafo anterior, será o valor remanescente descontado da garantia ou, em último caso, cobrado judicialmente.’.

59.2.4 *Percebe-se, assim uma inversão de ordem, a qual deve motivar recomendação ao órgão licitante no sentido de que sejam reformuladas os Parágrafos Quinto e Sexto da minuta de contrato, estabelecendo prioritariamente, nos casos de atraso injustificado na execução do contrato, desconto da respectiva multa da garantia do contratado e, caso seja esta insuficiente, desconto dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração, de modo a ajustar referidos dispositivos aos ditames do art. 86 da Lei n.º 8.666/93.*

NECESSIDADE DE GRADAÇÃO DAS SANÇÕES.

42. Outro aspecto importante e que reporta ao presente edital, é que o mesmo é um cheque em branco ou norma administrativa branca, por isso, é preciso ter razoabilidade na aplicação da sanção. **Não é por outra razão que o**



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

próprio Tribunal de Contas recomenda a definição clara das hipóteses e definição de sanções em edital e contrato a fim de evitar discussões sobre a possibilidade de sua aplicação após iniciado o conflito de interesses:

Acórdão 137/2010 Primeira Câmara

Preveja, tanto no edital quanto no respectivo contrato, situações claras para aplicação das penalidades, estabelecendo gradações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada, em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei no 8.666/1993.

43. Certo é que a sanção ao particular deve ser definida e aplicada não ao talante do Administrador, ou conforme sua interpretação particular do edital, mas previamente definida nos termos do edital ou contrato em que se deu a punição, nos termos preconizados pelos princípios da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório.

44. Necessária a observância da lesão causada ao ente público, do grau de culpa na conduta do agente e, principalmente, do interesse público, para a dosagem da sanção a ser estipulada, adequando-a à finalidade da norma e cumprindo os preceitos legais.

45. A aplicação de multas exorbitantes onera sobremaneira as empresas contratadas na medida em que influenciam diretamente da contraprestação devida pelos serviços executados, ou seja, considerando que as multas determinadas serão descontadas dos valores devidos pelos fornecedores particulares, em determinados casos, estes acabam por não receber o valor devido, prestando serviços sem custo.



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

46. Nesta esteira, o objetivo legal para cláusula de penalidade moratória é apenas penalizar o contratado ou contratante pelo período de mora (de atraso), sendo que os padrões usuais aplicáveis aos contratos de prestação de serviços exigem multas sobre o valor da parcela do serviço em atraso ou inadimplida, a ser apurada na proporção de 0,1% (baixa criticidade); 0,2% (média criticidade); ou 0,3% (alta criticidade), sendo em todos os casos, este tipo de penalidade limitado até o percentual de 2% (dois por cento) até 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela do serviço em atraso, o que for aplicável e devido na época do inadimplemento.

47. A limitação do percentual da penalidade moratória é respaldado na legislação do Código de Defesa do Consumidor o qual permite a aplicação de 2% (dois por cento), buscando tornar justa e adequada a aplicação de penalidade contratual.

48. Além dos diplomas legais citados acima, acrescenta-se as disposições contidas no Código Civil, que por força do art. 54 da Lei de Licitações se aplicam subsidiariamente aos contratos administrativos. Dentre elas, destaca-se o art. 413, cuja redação é clara no sentido de permitir a redução da penalidade caso seja excessiva ou a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.

49. É neste sentido que as penalidades devem ser aplicadas em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública ou Privada, buscando seu único fim, qual seja, ressarcir o atraso causado, conforme a própria nomenclatura dada à penalidade moratória, QUE DECORRE DE MORA - ATRASO, completamente diferente dos casos de infração contratual que acarretem na rescisão por inexecução parcial ou total do Contrato, em que se aplica apenas a hipótese da penalidade penal (compensatória).



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL.

50. Todas as falhas antes apontadas exigem a republicação do edital. Assim dispõe o art. 21, §2º, inc. II, da Lei 8.666/93, de aplicação subsidiária ao pregão, *in verbis*:

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

*I – no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda,
(...)*

*§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:
(...)*

51. E, seguindo o § 4º do mesmo art. 21, *in verbis*:

“§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”.

O artigo 20 do decreto 5450/2005, reza:



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

Art. 20. Qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas."

52. Nos ensinamentos do célebre Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, vemos que:

*“O prazo mínimo, que deve mediar entre a divulgação do aviso e a data de comparecimento dos interessados para entrega das propostas ou participação no evento, destina-se a permitir que os eventuais interessados avaliem a conveniência de sua participação no certame, obtenham as informações necessárias **e elaborem suas propostas** ou (na hipótese de concurso) preparem a obra que apresentarão para disputa. **Em princípio o prazo é tanto mais elevado quanto mais complexa se configurar a elaboração da proposta** ou da atividade relativa ao concurso.”¹ (Grifei).*

*“Podem existir defeitos no instrumento convocatório. Também pode apurar-se a conveniência de alterar condições nele previstas. Essas alterações tanto podem surgir de modo espontâneo no seio da Administração como ser provocadas por manifestações de interessados. A administração tem total liberdade para alterar as condições inseridas no instrumento convocatório (respeitada a lei, é claro). **Porém, a alteração não pode frustrar a garantia do prazo mínimo prevista no § 2º. Se a Administração introduzir alteração após publicado o aviso, deverá renovar-se a publicação. Se assim não fosse, haveria redução do prazo mínimo.** (...)”²*

¹ Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª ed. art. 21, p. 192.

² Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª ed. art. 21, p. 194



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

PEDIDOS

Assim sendo, diante de tudo o que foi exposto à sociedade nos parágrafos anteriores, a impugnante, requer a Vossa Senhoria:

(1) O devido recebimento e processamento desta impugnação editalícia, posto que legalmente prevista e tempestivamente apresentada, remetendo o mesmo ao ilustre presidente da entidade licitante com as seguintes providências;

(2) A suspensão imediata dos trâmites licitatórios até decisão acerca dos temas apontados na presente impugnação;

(2.1) Caso sejam mantidas as cláusulas e condições ora atacadas, sejam os autos remetidos à superior instância administrativa para devido e necessário pronunciamento;

(3) No mérito, sejam acolhidas todas as impugnações aqui lançadas sobre o edital, levando à renovação de todo o procedimento e retificação do item impugnado alterando assim o critério de distância da sede do órgão, alargando assim a participação de empresas cuja localização esteja fora do raio máximo imposto pelo edital, **e que o raio máximo exigido seja de até 30 km do cijf**, e em homenagem ao artigo 21 da lei 8666/93 e artigo 20 do decreto 5450/2005, republique o edital com obediência ao prazo mínimo estabelecido pela lei, após proceder a alteração nos itens impugnados, vez que tratam de itens de suma importância e que muitos deles afetam diretamente a apresentação ou formulação das propostas.



DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA

E-mail: uniaops@brturbo.com.br

Reserva-se no direito de adoção de demais medidas visando o resguardo do interesse público, como representação ao MPF, Tribunal de Contas competente e medidas judiciais.

Nesses termos,
P. E. deferimento.

Brasília, 14 de janeiro de 2016.

Felix Roberto Salgueiro da Rocha
Sócio Administrador