



CAMILA BERGAMO

OAB/SC 48.558

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ERNESTINA -RS

Pregão Presencial Nº 09/2021

CAMILA PAULA BERGAMO, inscrita no RG sob o nº 5.753.017 e CPF sob o nº 090.926.489-90, com registro na OAB/SC sob o nº 48.558, estabelecimento profissional à Rua Doutor Maruri, nº 330, Apto 302, Centro, Concórdia/SC, CEP: 89.700-065, fone (49) 99969-5400, e endereço eletrônico camilabergamoadv@hotmail.com, vem, à presença de V.S.^a, com fulcro, no art. 41, § 1º, da Lei 8.666 de 21/06/93 e suas alterações posteriores, tempestivamente apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, consoante os fatos e fundamentos que passa a expor:

PRELIMINAR - DA TEMPESTIVIDADE

Tendo em vista que a sessão pública está prevista para abertura na data de 31/03/2021, insta salientar que a impugnante está dentro do prazo para impugnar previsto no Art. 41, §2º da Lei Nº 8.666/93, qual seja, o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação, e desta forma, a presente impugnação ao edital resta tempestiva.

SÍNTESE DOS FATOS

A presente impugnação diz respeito ao Edital de Licitação na modalidade de Pregão Presencial nº 09/2021, a realizar-se na data de 31/03/2021, proposto pela Comissão de Licitações da Prefeitura Municipal de Ernestina - RS, tendo como objeto a aquisição de pneus novos, conforme especificações do Edital e seus anexos.

Contudo, verificou-se que no texto editalício possui cláusulas e condições que não se encontram de acordo com a legislação vigente, visto que restringem o universo de participantes que comercializam produtos importados e até mesmo de origem nacional.



CAMILA BERGAMO

OAB/SC 48.558

Dessa forma, requer o recebimento da presente impugnação, para que sejam aceitos os questionamentos abaixo elencados, para que seja garantido os princípios norteadores do processo licitatório, inclusive, o da ampla concorrência e proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

MÉRITO

DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE GARANTIA DO FABRICANTE

O presente edital estipulou como condição para habilitação no certame que as empresas licitantes apresentassem certificado de garantia do fabricante.

Contudo, cumpre a impugnante fazer algumas ponderações acerca da ilegalidade da referida exigência.

É sabido que o CDC declara que a responsabilidade dos produtos importados comercializados no Brasil é da empresa importadora ou da empresa que os comercializa.

Dessa forma, sabe-se que é oferecida a garantia de 5 anos contra defeitos de fabricação, sendo que não tem como conseguir referida certificação da fabricante dos pneus.

Primeiro porque a fábrica encontra-se em território estrangeiro, e segundo porque vincular a garantia de terceiros alheio a disputa é completamente ilegal, conforme entendimento sumulado.

Quando o objeto da licitação se referir, exclusivamente, ao fornecimento de bens, como é o presente caso, tornando possível a relação entre fornecedor (contratada) e consumidor (contratante), sem a necessidade da intervenção do fabricante do produto, resta completamente evidente que não há respaldo a exigência de intervenção de terceiros alheios à disputa, sendo completamente ilegal.

É patente a ilegalidade e acintoso ao princípio da isonomia obrigara apenas empresas detentoras da “autorização do fabricante” a participar da licitação. A exigência em tela fere completamente os preceitos da Lei Nº 8.666/93, pois ultrapassa os parâmetros do regramento legal previsto no Art. 30, da CF, em que obriga a administração a se limitar em exigir somente o que está previsto em lei.

É cediço que a previsão legal aponta tão somente que a comprovação da aptidão para desempenho de atividades pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação é obrigatória.



Não há motivos, e sequer justificativas cabíveis para exigir das empresas licitantes o certificado de garantia do produto em nome do fabricante, ALÉM DE QUE, HÁ EMPRESAS QUE LABORAM EXCLUSIVAMENTE COM PRODUTOS IMPORTADOS, SENDO COMPLETAMENTE INVIÁVEL CONSEGUIR REFERIDA CERTIFICAÇÃO COM AS FABRICANTES INTERNACIONAIS.

Ainda, consoante se vislumbra na situação em apreço, mais uma prova da desnecessidade da referida exigência preceitua-se pelo fato de que o Código de Defesa do Consumidor estabelece responsabilidade solidária ao fornecedor ou fabricante para a garantia do produto ou serviço. (Lei nº 8.078/90)

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.
§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, **todos responderão solidariamente pela reparação** prevista nesta e nas seções anteriores. (grifo nosso)

E ainda, o artigo 24 vincula o fornecedor a prestar a garantia, independentemente da relação existente com o fabricante:

“Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.”

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

Cumprido mencionar ainda que, a exigência em tela, além de restringir o número de participantes, pode proporcionar às empresas mal-intencionadas “discriminar preços de bens ou de serviços por ajustes ou acordo de grupos econômicos, 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 RELAÇÕES DE CONSUMO”, Art. 4º, inciso III)



Portanto, exigir a “autorização do fabricante, ou qualquer outro documento hábil em vigor expedido pelo fabricante autorizando o importador a comercializar seus produtos” restringe o universo de competidores e afasta o caráter competitivo do certame, desferindo golpe fatal ao princípio da isonomia constante no Art. 37, Inciso XXI da CF/88.

Dessa forma, considerando a situação em apreço, a referida exigência deve ser excluída do certame, conforme fundamentação supra.

DECLARAÇÃO DE QUE AS MARCAS COTADAS SÃO HOMOLOGADAS POR MONTADORAS

A exigência de declaração de que os produtos ofertados são utilizados por montadoras não se coaduna com as regras e princípios que norteiam o procedimento licitatório.

Trata-se de imposição, a todos aqueles que queiram participar da licitação, de ônus desarrazoados, já que os licitantes ficam na dependência de ação por parte, quer da montadora, quer do fabricante dos pneus, que sequer fazem parte da competição, configurando compromisso de terceiro alheio a disputa, prática já considerada irregular nesta Corte.

Registre-se que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, inclusive, já sumulou a questão. Segundo a Súmula Nº 15, em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Dessa forma, resta completamente demonstrado que referida exigência é restritiva à ampla competição, porque nem todos os fabricantes ou montadoras dão esse suporte aos revendedores, contrariando o disposto no Art. 37, inciso XXI da CF/88, e, consequentemente o inciso I, §1º do Art. 3º da Lei Nº 8.666/93, e o inciso II do Art. 3º da Lei 10.520/02, que vedam aos agentes públicos incluir aos atos de convocação cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

Nesse sentido, é oportuno transcrever a lição de Marçal Justen Filho:

“Por outro lado, não se pode ignorar a determinação constitucional de que as exigências deverão ser as mínimas possíveis. Quando a CF/88, no art. 37, inc. XXI, determinou que as exigências seriam as mínimas possíveis, isso



significou submissão da Administração a limitação inquestionável. Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário à garantia do princípio da República. Logo, não se validam exigências que, ultrapassando o mínimo, se destinam a manter a Administração em situação “confortável”. A CF/88 proibiu essa alternativa. (...) A adoção de condições de participação desvinculadas do objeto contratual pode desembocar na invalidade. **São inválidas, primeiramente, as condições não necessárias. Isso se passa naqueles casos de exigências que ultrapassam os requisitos mínimos exigíveis do interessado em formular uma proposta. Caracteriza-se o excesso, provocando a exclusão de pessoas que poderiam executar satisfatoriamente o objeto lícito** (...)”¹

Exigir que o produto seja homologado por montadora de veículos é o mesmo que determinar que apenas determinadas marcas participem do processo licitatório, uma vez que cada montadora utiliza apenas uma dentre várias marcas existentes no mercado. Por conta disso, vê-se que tal exigência fere o princípio basilar da competitividade e, por consequência, da busca da proposta mais vantajosa.

O PRODUTO “PNEU” É FABRICADO PARA RODAR EM QUALQUER TIPO DE VEÍCULO, UMA VEZ A MEDIDA É UNIVERSAL. UMA MÁQUINA NÃO É PRODUZIDA PARA APENAS UMA MARCA DE PNEUS! É IRREFUTÁVEL A IDEIA DE EXIGIR QUE O PRODUTO SEJA HOMOLOGADO POR DETERMINADAS MONTADORAS, **POIS CADA MONTADORA NEGOCIA COM A FÁBRICA DE PNEU QUE LHE CONVÉM**, POR ALGUM ACORDO OU NEGOCIAÇÃO QUE ESTÁ MUITO ALÉM DOS PODERES CONFERIDOS A ORA IMPUGNANTE.

Verifica-se que referida exigência contida no edital ora impugnado resta completamente desarrazoada, além de que, a garantia e a qualidade dos pneus pode ser obtida por meio de certificação do INMETRO e que estejam em conformidade com as normas técnicas da ABNT.

Tanto é que, a Lei 9.933/99, em seu Art. 3º, confere competência ao INMETRO para elaborar e expedir regulamentos no que se refere à qualidade dos produtos.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, pp. 380-381



Em decorrência de sua competência de verificar a conformidade dos produtos às normas e regulamentos técnicos e, considerando a existência, no mercado, de pneus novos fabricados no País ou importados, destinados a automóveis, camionetas, ônibus, micro-ônibus e caminhões, inadequados ao uso e capazes de provocar acidentes quando utilizados, o INMETRO baixou a Portaria nº 5 de 14.01.2000, aprovando Regulamento Técnico para certificação compulsória de todos os tipos de pneus comercializados no Brasil.

De acordo com tal norma está ainda a cargo do INMETRO e das entidades de Direito Público com ele conveniadas a fiscalização da conformidade do produto comercializado com as disposições contidas na portaria, que estabelece os requisitos (altura, capacidade, desenho, diâmetro, estrutura, largura, pressão, etc...) e métodos de ensaios para os pneus. Dessa forma, resta evidente que as exigências de apresentação de declaração de fabricante de que os pneus são homologados por montadoras é completamente abusiva e ilegal, visto que a qualidade dos produtos pode ser atestada por meios legais pertinentes ao caso.

DECLARAÇÃO DO FABRICANTE DE QUE POSSUI CORPO TÉCNICO NO BRASIL

A previsão que consta no edital de que condiciona a cotação a declaração do fabricante de que os pneus possuírem corpo técnico responsável no Brasil afronta de forma clara o que consta no Art. 3º, §1º, I da Lei Nº 8.666/93, pois impõe aqueles que querem participar do certame ônus desarrazoado, já que os licitantes ficam na dependência de ação de terceiros que não fazem parte da competição.

Além do mais, a empresa impugnante labora exclusivamente com produtos importados, sendo que as fábricas não possuem sede no Brasil.

Posto isso, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 12 e 32, que trata dos casos em que o fabricante não possui sede no país, dispõe que o **IMPORTADOR DOS PRODUTOS** passa a ser os responsáveis legais pela assistência técnica, garantia e reposição nos casos de defeito de fabricação, inclusive no que se refere à responsabilidade de civil.

Dessa forma, resta completamente demonstrado que a exigência contida no edital de que a empresa licitante deverá apresentar declaração de que possui no Brasil corpo técnico responsável resta completamente ilegal, além de restringir a participação de empresas importadoras do certame.



CAMILA BERGAMO

OAB/SC 48.558

DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CARTA DE REPRESENTAÇÃO OU DOCUMENTO HÁBIL EM VIGOR EXPEDIDA PELO FABRICANTE AUTORIZANDO O IMPORTADOR A COMERCIALIZAR SEUS PRODUTOS

O presente edital estipulou como condição para habilitação no certame que as empresas licitantes apresentassem carta de representação ou documento hábil em vigor autorizando o importador a comercializar seus produtos.

Contudo, cumpre a impugnante fazer algumas ponderações acerca da ilegalidade da referida exigência.

Quando o objeto da licitação referir-se, exclusivamente, ao fornecimento de bens, como é o presente caso, tornando possível a relação entre fornecedor (contratada) e consumidor (contratante), sem a necessidade da intervenção do fabricante do produto, resta completamente evidente que não há respaldo a exigência de intervenção de terceiros alheios à disputa, sendo completamente ilegal.

É patente a ilegalidade e acintoso ao princípio da isonomia obrigara apenas empresas detentoras da “autorização do fabricante” a participar da licitação. A exigência em tela fere completamente os preceitos da Lei Nº 8.666/93, pois ultrapassa os parâmetros do regramento legal previsto no Art. 30, da CF, em que obriga a administração a se limitar em exigir somente o que está previsto em lei.

É cediço que a previsão legal aponta tão somente que a comprovação da aptidão para desempenho de atividades pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação é obrigatória.

Não há motivos, e sequer justificativas cabíveis para exigir das empresas licitantes a autorização dos fabricantes dos produtos, ALÉM DE QUE, HÁ EMPRESAS QUE LABORAM EXCLUSIVAMENTE COM PRODUTOS IMPORTADOS, SENDO COMPLETAMENTE INVIÁVEL CONSEGUIR REFERIDA DECLARAÇÃO COM AS FABRICANTES INTERNACIONAIS.

Ainda, consoante se vislumbra na situação em apreço, mais uma prova da desnecessidade da referida exigência preceitua-se pelo fato de que o Código de Defesa do Consumidor estabelece responsabilidade solidária ao fornecedor ou fabricante para a garantia do produto ou serviço. (Lei nº 8.078/90)



Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. (grifo nosso)

E ainda, o artigo 24 vincula o fornecedor a prestar a garantia, independentemente da relação existente com o fabricante:

“Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expreso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.”

Portanto, não há razão para exigir, das empresas interessadas em participar do certame, a “autorização do fabricante”, mesmo porque, o instrumento convocatório deverá fixar o prazo de garantia e as condições rigorosas que a Contratada deverá cumprir sem a intervenção do fabricante e sem qualquer isenção ou privilégio.

Cumprir mencionar ainda que, a exigência em tela, além de restringir o número de participantes, pode proporcionar às empresas mal-intencionadas “discriminar preços de bens ou de serviços por ajustes ou acordo de grupos econômicos, 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 RELAÇÕES DE CONSUMO”, Art. 4º, inciso III)

Portanto, exigir a “autorização do fabricante, ou qualquer outro documento hábil em vigor expedido pelo fabricante autorizando o importador a comercializar seus produtos” restringe o universo de competidores e afasta o caráter competitivo do certame, desferindo golpe fatal ao princípio da isonomia constante no Art. 37, Inciso XXI da CF/88.

Dessa forma, considerando a situação em apreço, a referida exigência deve ser excluída do certame, conforme fundamentação supra.

DO PRAZO DE ENTREGA DAS MERCADORIAS

Conforme analisado o presente edital, não há o prazo de entrega dos produtos em dias úteis. A não fixação de prazo para a entrega das mercadorias é exigência irregular que, por sua vez, acaba



por restringir o universo de participantes, privilegiando a penas os comerciantes locais e, mais do que isso, aqueles que possuem a mercadoria em estoque.

Até porque, é ressabido que a prática mercantilista não admite a fixação de prazo tão exíguo, máxime em razão de que a dinâmica das empresas e fabricantes é outra sendo que, na maioria das vezes, faz-se necessário que o produto seja encomendado diretamente do fabricante para que o envie à empresa para posterior entrega e cumprimento do contrato administrativo.

Inclusive, perante os certames licitatórios não é comum deparar-se com prazo tão curto, sendo que, para a entrega o edital deve obedecer à ampla competitividade, considerando o tempo em que o fornecedor disporá entre o recebimento da ordem de compra e a efetiva entrega das mercadorias.

O contrário, acaba submetendo os participantes a condições praticamente impossíveis, deixando-o em constante e imediata prontidão para atender à solicitação em prazo sobremodo curto.

Inclusive, já se decidiu:

Ademais, não se mostra razoável que a Administração Municipal, a quem compete o exercício de suas obrigações pautada em mínimo planejamento, submeta empresas com quem contrata a súbitas necessidades, colocando-as em eterno estado de prontidão para atender a demandas em prazo demasiado exíguo.

A exigência retratada no Edital de Pregão Presencial [...], sem a menor dúvida, afronta a competitividade e a razoabilidade, sendo contrária, portanto, aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93², (...).

Ocorre que a própria legislação é enfática ao coibir práticas dessa ordem, sendo uníssono o entendimento doutrinário quanto à inclusão de circunstâncias irrelevantes.

Inclusive, colhe-se dos ensinamentos do insigne Marçal Justen Filho:

O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, **mas a beneficiar ou prejudicar alguns particulares.**

2 TCE MG - Denúncia n 862.797 – Relator: Conselheiro Presidente Antônio Carlos Andrada, sessão de julgamento para referendo pela Segunda Câmara em 09/02/2012



Portanto, a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação e com os critérios de seleção mais da proposta mais vantajosa³. (grifou-se).

Mais do que isso, a matéria é abordada também no âmbito da Constituição Federal, cujos primados foram adotados pela Lei de Licitações, especialmente no que versa sobre a prevalência de igualdade entre os licitantes. Assim como com relação à vedação de restrições que não tenham pertinência ao objeto.

Colhe-se:

Art. 37 A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e também ao seguinte:**

(...)

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 qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifou-se).

A FIXAÇÃO DE PRAZO TÃO EXÍGUO TRADUZ-SE EM DIRETA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA QUE, POR CONSEQUÊNCIA LÓGICA, MACULA O CARÁTER COMPETITIVO QUE DEVE SER A FORÇA MOTRIZ DO CERTAME.

A isonomia que deve ser imperativa nos certames não se limita meramente ao tratamento igualitário dos participantes é, muito antes disso, o comando imperativo que deve assegurar iguais oportunidades aos participantes, evitando exigência que se resultem em preterição.

Por seu turno, o notável Celso Antônio Bandeira de Melo preceitua:

(...) O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis

3 Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 80/81.



condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do texto constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do processo licitatório e veda o estabelecimento de preferências em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como de empresas brasileiras ou estrangeiras ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato⁴.

Como corolário, o Princípio da Competitividade é a força motriz da licitação e figura como a própria razão determinante, porquanto, havendo competição e disputa, quanto maior o número de interessados, mais elevada a probabilidade de adjudicação com menor dispêndio.

Em face disso, o Princípio da Competitividade impõe o dever de que seja refutada qualquer exigência irrelevante e carente de interesse público capaz de impedir a participação do maior número de participantes.

Diante dos fundamentos transcritos, impõe-se o acolhimento das razões de impugnação para o fim de que seja devidamente retificado o instrumento convocatório, estipulando prazo razoável e comum aos certames licitatórios, possível de ser cumprido para a entrega das mercadorias.

PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

- a) O recebimento da presente Impugnação ao Edital com o devido processamento aos autos do Processo Licitatório;
- b) Seja devidamente julgado procedentes os pedidos formulados na Impugnação ao Edital, para o fim de retificar o edital nos seguintes termos:

Item 6.8. Apresentar DECLARAÇÃO DO FABRICANTE DE PNEUS, CÂMARAS DE AR E COLARINHOS que os mesmos possuem garantia de 05 (cinco) para os pneus e 03 (três) anos para as câmaras e colarinhos e que os mesmos estão HOMOLOGADOS COMO PRODUTOS DE EQUIPAMENTOS ORIGINAIS

⁴ Curso de Direito Administrativo, 6ª edição, capítulo IX, página 296.



CAMILA BERGAMO

OAB/SC 48.558

(1ª linha) e com o nome de algumas montadoras as quais usam seus produtos, (mínimo duas montadoras).

Passe a constar a exigência da garantia de 5 anos do LICITANTE FORNECEDOR VENCEDOR, e, seja excluída a exigência de homologação dos produtos por montadoras.

Item 8.1.I) Declaração do Fabricante de pneus que possua no Brasil um corpo técnico responsável por qualquer tipo de garantia;

Seja excluída determinada exigência, conforme fundamentação supra.

Item 8.1.j) Comprovação de ser o fabricante ou distribuidor autorizado dos produtos ofertados. O documento deverá ser apresentado em língua portuguesa ou no caso de documento firmado em outro idioma deverá mesmo ser traduzido por tradutor juramentado;

Seja excluída determinada exigência, conforme fundamentação supra.

ENTREGA DOS PRODUTOS

Seja estipulado um prazo razoável e comum aos certames licitatórios, possível de ser cumprido para a entrega das mercadorias.

Seja determinada a republicação do edital, escoimando o vício atacado em face da exigência ilegal, com a observância e cumprimento do artigo 21, § 4º da Lei de Licitações.

Nestes termos, pede deferimento.

Concórdia, 23 de março de 2021



CAMILA BERGAMO

OAB/SC 48.558

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Camila Bergamo'. The signature is fluid and cursive, positioned above a horizontal line.

CAMILA BERGAMO

OAB/SC 48.558