

MUNICÍPIO DE BENEDITO NOVO

PARECER JURÍDICO DO ASSESSOR JURÍDICO

ASSUNTO: Impugnação de Edital nº 56/2015

IMPUGNANTE: BMC HYUNDAI S.A.

Em resposta à IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, apresentada pela empresa acima mencionada, em 25/08/2015, referente ao Pregão Presencial nº 56/2015, que objetiva a aquisição de duas escavadeiras tenho a aduzir o que segue:

I – DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A empresa apresentou impugnação ao referido edital em 26/08/2015. A licitação está marcada para o dia 28/08/2015, sendo, portanto, tempestiva a presente impugnação, conforme dispõe o art. 18, do Decreto nº 5.450/2005, que prevê: **“Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica”**.

II – DO PLEITO

A) A impugnante alega que o edital fere os princípios constitucionais e a legislação aplicável ao processo de licitação acarretando prejuízos ao interesse público. Afirma que a descrição das máquinas incluiu itens desnecessários – motor que atenda as normas de emissão de gases da EPA Tier III, cabine rops/fops . Alega também que é ilegal condicionar que a assistência técnica esteja situado em distância não superior a 100 km do município de Benedito Novo.

III – DA ANÁLISE À IMPUGNAÇÃO

A) DA DISTÂNCIA:

A exigência do edital reflete a preocupação da Administração em fixar requisitos que minimizem o risco de contratar pessoa jurídica que, posteriormente, venha a se demonstrar inapta ao cumprimento do objeto. O princípio da economicidade é um dos cinco basilares da administração pública e deve ser levado em consideração. Mais ágil e barato, logicamente, é termos um prestador de serviços para o objeto do edital em tela, o mais próximo possível, de forma que a sua apresentação não represente, de forma alguma, ferimento a qualquer princípio que norteie o processo licitatório.

Cumprir destacar que o objeto da licitação em discussão são máquinas pesadas, de difícil transporte, sendo necessária manutenção e consertos rápidos para que o Município possa prestar os serviços habituais utilizando estes equipamentos, como: manutenção de estradas vicinais, aberturas de valas, manutenção de ruas, entre outros. O Município de Benedito Novo não possui muitos equipamentos, portanto, sua manutenção e consertos deve ser muito ágil para que os serviços não se prejudiquem. Assim, a discriminação de distância mínima é pertinente e relevante para selecionar a proposta mais vantajosa.

A exigência é relevante para a prestação do serviço a contento, tratando-se de questão de logística, que não ofende a isonomia, mas, isto sim, tem em vista melhor atender o interesse público.

Cumprir destacar que dentro do limite de 100 km da sede do Município de Benedito Novo há diversas empresas que podem participar, citando-se, por exemplo, TRANSPOTECH BLUMENAU, MANTOMAC COMÉRCIO DE PEÇAS E SERVIÇOS LTDA, SHARK MÁQUINAS.

Não há falar, portanto, benefício a determinadas empresas ou direcionamento do certame porquanto o raio de 100 km não frustra o caráter competitivo, permitindo a participação de várias empresas ao certame.

A Lei nº 8.666/93 disciplina a forma como a Administração deve proceder na obtenção da proposta que melhor atenda ao interesse público, cumprindo atentar ao que prevê seu art. 3º, § 1º, I:

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**;

Em relação ao tema, Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, São Paulo, 2008, 12ª ed., pp. 79-80, ressalta que:

“O inc. I reprova a adoção de cláusulas discriminatórias fundadas em critérios não pertinentes ou não relevantes para o objeto da contratação. (...) Estão incluídos aqueles itens que disciplinam, de modo direto, condições de participação, exigência quanto às propostas, regras sobre julgamentos, etc. (...) Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. **A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.** Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (‘...o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica **indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**’).” (grifei).

Prosseguindo, faz ressalva “da pertinência e relevância das circunstâncias concretas”, como o caso presente, apontando a necessidade de se ter em vista “a impossibilidade de avaliar, de modo abstrato e em condições hipotéticas, a validade de qualquer cláusula discriminatória adotada em uma licitação. É imperioso **examinar o objeto concreto da licitação** e identificar suas características. Em face de tais circunstâncias da vida real, tornar-se-á possível **identificar se a discriminação é pertinente e relevante para selecionar a proposta mais vantajosa.** Ou seja, **o próprio § 1º, inc. I, do art. 3º admite, de modo implícito, a adoção de cláusula discriminatória, desde que tenha**

pertinência e relevância para a seleção da proposta mais vantajosa. A parte final do dispositivo examinado deve ser interpretada como **consagrando o princípio da proporcionalidade**. Isso significa que será inválida a cláusula discriminatória quando não tiver pertinência ou relevância. Mais ainda, também ser inválida quando deixar de consagrar a menor restrição possível. (...) Somente **será admitida a mínima discriminação necessária para assegurar a obtenção da contratação mais vantajosa.** (...).”, obra citada, p. 81.

Especificamente quanto à “questão da localização geográfica do estabelecimento do contratado”, enfatiza que “o raciocínio acima se aplica inclusive nas **hipóteses em que a Administração Pública está legitimada a exigir que o particular execute a prestação em determinado local**, sendo impensável para tanto a existência de um estabelecimento geográfico em determinada região. Assim se passa naqueles casos de **contratos de execução continuada, que versem sobre o fornecimento de bens ou serviços destinados à satisfação de necessidades administrativas** renovadas continuamente. Em alguns casos, é cabível a solução de impor ao particular o dever de executar a prestação em local específico e determinado. (...) O exemplo clássico é o do fornecimento de combustível. O contrato pode estabelecer que o particular manterá um posto de fornecimento de combustível, ao qual se dirigirão as viaturas da Administração (...) a distância geográfica até o posto representa um fator relevante por duas razões, eis que o deslocamento do combustível importa consumo de combustível e de tempo. (...) **a questão geográfica apresenta relevância sobre o conteúdo da prestação a ser executada, o que exige indispensável consideração.**” (grifei), obra citada, p. 82.

Tais lições aplicam-se com perfeição ao caso concreto, apresentando a questão geográfica relevância sobre o conteúdo da prestação a ser executada, garantia/manutenção de máquinas pesadas, prestação continuada, atendendo a exigência da localização geográfica ao primado da proporcionalidade.

Aceitar a argumentação da ora Impugnante, no sentido de não impor limite de distância aos licitantes, obrigaria o contratante a aceitar, por exemplo, prestadores sediados há grandes distâncias do município de Benedito Novo o que não seria razoável e proporcional, mostrando-se descabida a prestação na forma sugerida, completamente dissociada dos termos constantes no edital, observada sua finalidade.

Como se vê, a exigência da municipalidade, repito, mostra-se razoável, tendo por objeto a devida e rápida prestação do serviço, não se podendo impor aos Municípios, diante de avaria em maquinário do ente público, a necessidade de aguardar o deslocamento da prestadora, da região metropolitana de Florianópolis, dependendo de trânsito que, na região, como é cediço, em regra não flui rapidamente.

Portanto, entendo que não é ilegal a exigência da distância máxima de 100 quilômetros, pois há nítida preocupação com a execução mais célere e eficiente da prestação, ausente a apontada ofensa ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

B) CABINES ROPS/FOPS

Insurge-se a Impugnante quanto a exigência de que as máquinas licitadas cabines do tipo rops/fops. Aduz que tal exigência frustra o caráter competitivo do certame.

Entretanto, não merece prosperar a impugnação.

Cabines ROPS: ROPS é a abreviação do termo inglês Roll Over Protective Structure que significa Estrutura Protetora Contra Capotamento.

O principal objetivo desta estrutura é fornecer proteção ao operador em caso de capotamento da máquina. Motivo pelo qual é considerada uma das estruturas mais importantes de segurança em máquinas agrícolas, de construção e mineração.

Cabines FOPS: A exemplo da "ROPS" a FOPS é uma abreviação do termo inglês Falling Objects Protective Structure que significa Estrutura Com Proteção Contra Queda de Objetos.

O principal objetivo desta estrutura é fornecer proteção ao operador em caso de quedas de objetos, como pedras, galhos, troncos.

Registro ainda que as cabines rops/fops obedecem as normas regulamentadoras para as máquinas, (NBR ISSO 3411 e 11112 da ABNT) além de terem menor ruído atendendo a norma regulamentadora nº 31.

Assim, não há dúvidas de que a exigência de que as cabines sejam do tipo rops/fops é pertinente e não fere o princípio da competitividade.

Sabe-se que a administração pública, em qualquer licitação, tem o direito de se assegurar quanto à idoneidade, a capacidade operacional e a regularidade da empresa, bem como quanto à qualidade dos produtos que lhe serão fornecidos, **adquirindo apenas àqueles que lhe são necessários.**

A fixação de exigências que visem à comprovação destes requisitos encontra-se amparada pelo princípio da discricionariedade conferido ao agente público. No caso em apreço, a exigência ora em discussão que se incluiu no Edital para aquisição dos equipamentos não enseja a frustração do caráter competitivo, tão pouco estabelece preferência; ao contrário, como demonstrado, é pertinente e relevante para a segurança dos operadores.

Na defesa desta tese, buscamos socorro na doutrina de Marçal Justen Filho, onde encontramos a seguinte lição:

Prejuízo ao Caráter Competitivo

No Inciso I, arrolam-se os casos em que as condições impostas pelo ato convocatório distorcem o procedimento licitatório. O ato convocatório, ao estabelecer tais requisitos, já predetermina o(s) provável(es) vencedor(es).

*O disposto não significa, porem, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. **Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação.** A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. ...**(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8º ed. São Paulo : Dialética, p. 82).***

Neste sentido, não merece provimento a impugnação apresentada.

C) DO MOTOR

Alega a Impugnante que é irrelevante exigir que as máquinas atendam as normas de emissão de gases da EPA Tier III, entretanto, mais uma vez entendendo que não merece guarida a impugnação.

Os TIER são padrões para emissão de gases do efeito estufa, cujas porcentagens foram publicadas pela EPA ainda no início dos anos 90.

O primeiro padrão data de 1991, e sua implantação decorreu entre os anos de 1994 e 1997. Já em 1999, chegou-se ao Tier 2, com implantação programada para 2004.

O Tier 3, pretensão da municipalidade, passou a vigorar no mesmo ano e teve aplicação a partir de 2008.

Nesse passo, certamente a imensa maioria das escavadeiras hidráulicas atende a este requisito, sendo, portanto razoável.

Isto posto, mais uma vez exigir que as máquinas atendam ao TIER III não prejudica a competitividade do certame.

IV – DA DECISÃO

Assim, pelos motivos expostos **opino por negar** o pedido de impugnação impetrado pela empresa **BMC HYUNDAI S.A.**

Benedito Novo/SC, 26 de agosto de 2015.

LADEMIR KUMMROW
OAB/SC 17.560