

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PACAJUS – ESTADO DO CEARÁ

METALÚRGICA SKYMSEN LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 82.983.032/0001-19, com sede na Rodovia Ivo Silveira, nº 9525, Volta Grande, Brusque/SC, CEP 88355-202, vem neste ato representada pelo seu advogado¹ e pelo seu representante legal, com fundamento no artigo 164 da Lei 14.133/21 e do edital do pregão eletrônico, interpor **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO**, pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas.

1. DOS FATOS

Foi publicado o edital do pregão eletrônico nº 2024.04.26.002-PERP, com a sessão de licitação marcada para o dia 17/05/2024.

O pregão tem como objeto o registro de preço para futura e eventual aquisições de eletrodomésticos e produtos periféricos para atender a rede municipal de ensino de interesse da Secretaria de Educação do Município de Pacajus, nos termos do Anexo I – Termo de Referência.

Todavia, o prazo de entrega dos itens 5 e 6 é de apenas cinco dias, a contar do recebimento da ordem de compra, nos termos do item 5.1.1 do edital, vejamos:

¹ **VITOR GUILHERME AGUIAR BARRETTA**, Advogado, Ex-Procurador-Geral de Município, Especialista em Licitações e Contratos Administrativos, Professor de Licitações e Contratos Administrativos, com mais de 3.500 alunos capacitados em 220 horas aulas (conforme atestados de capacidade técnica), implementando a Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21) em mais de 10 Municípios, com participação em entrevistas, publicações e congressos.

5.1. Local de entrega do Objeto

5.1.1. Os produtos deverão ser entregues em até **05 (CINCO) DIAS**, a contar do recebimento da **ORDEM DE COMPRA/AUTORIZAÇÃO DE FORNECIMENTO/NOTA DE EMPENHO**.
5.1.2. Os produtos deverão ser entregues nota) Rua **LUCIO JOSE DE MENEZES n° 1211 - ZONA RURAL - Pacajus/CE, ALMOXARIFADO CENTRAL - FONE: (85) 99107-5028 - CEP: 62.870-000; de segunda à sexta-feira de 08:00 às 17:00 obedecendo ao calendário local.**

Ocorre que, *o prazo de 5 dias não é hábil para entrega, notadamente pelo fato de empresas de diversas áreas do país terem a possibilidade de participar do certame, em homenagem ao princípio da ampla competitividade, o que é amplamente incentivado pela Lei 14.133/21.*

Diante dos fatos narrados, passa-se a analisar a tempestividade da presente impugnação.

2. DO DIREITO

2.1. DA TEMPESTIVIDADE

Nos termos do edital, o prazo para protocolo de impugnação é de **até 3 (três) dias** úteis da data fixada para o recebimento das propostas, que no presente caso, está marcada para a data 17/05/2024.

Assim, considerando que o prazo judicial e administrativo é contado excluindo a data de início e incluindo a do fim², o prazo findará dia 14/05/2024 (contado o terceiro dia útil anterior, de modo que é **até três dias** úteis), a presente impugnação é tempestiva, de modo que deve ser analisada e julgada nos termos da fundamentação a seguir.

No sentido da inclusão do 3º dia útil para fins de contagem de prazo decidiu o TCE/SC no @PAP 23/80138472, interposto por esta licitante, vejamos trecho da decisão:

² Lei 14.133/21

Art. 183. Os prazos previstos nesta Lei serão contados com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento e observarão as seguintes disposições (...).

Logo, excluída a data de início (20/11), bem como os dias 19/11 e 18/11, que, por serem sábado e domingo, não configuram dias úteis, a contagem se daria a partir do dia 17/11, passando pelo dia 16/11, com seu encerramento no dia 15/11, data em que se daria o limite estabelecido pelo “prazo máximo de até 03 dias úteis anteriores à data fixada para sessão do pregão”. Ocorre que no dia 15/11 o país estava sob o feriado nacional da Proclamação da República, de modo que o último dia útil a ser considerado era o dia 14/11, data em que foi protocolada a impugnação ao Edital pela parte autora (Fl. 14). Nesse sentido, a impugnação, de fato, foi tempestiva, e sua análise era legítima e devida.

Além disso, o TCU já externou por diversas vezes o entendimento de que o terceiro dia anterior ao dia da abertura do certame deve ser considerado para fins de contagem de prazo para o recebimento de impugnações ao edital, tendo em vista o disposto no art. 110, caput, da Lei 8.666/1993 (relatório do Ministro Ubiratan Aguiar - itens 3.5 a 3.11 - no âmbito do Acórdão 2.167/2011-Plenário; relatório do Ministro Raimundo Carreiro - itens 1.1.4.1 e 1.1.4.2 - no âmbito do Acórdão 2.625/2008-TCU-Plenário; item 9.2.1 do Acórdão 539/2007-TCU-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer)

Visto isso, analisaremos o direito.

3. DO DIREITO

3.1. DA RESTRIÇÃO A COMPETITIVIDADE. DO PRINCÍPIO DA AMPLA COMPETIÇÃO. CONTORNOS JURÍDICOS. DO PRAZO DE ENTREGA.

Como visto, o prazo de entrega dos itens 5 e 6 é de apenas cinco dias, a contar do recebimento da ordem de compra, nos termos do item 5.1.1 do edital, o que dificulta e até mesmo impossibilita a participação de empresas de diversas regiões do Brasil, ferindo o princípio da ampla competitividade.

Nesse sentido, o art. 5º da Lei 14.133/21 estabelece como princípio a

competitividade, como forma de evitar cláusulas ou condições editalícias que indiretamente excluam a possibilidade de fornecedores participarem da licitação, sem qualquer justificativa prévia, vejamos:

DOS PRINCÍPIOS

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, **da competitividade**, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Sobre tal princípio, importante ressaltar a lição de JOEL DE MENESES NIEBUHR, onde ressalta a importância da competitividade no certame, vejamos:

“O princípio da competitividade significa a exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, aumentando o universo das propostas que lhe são encaminhadas, se favoreça da pressão concorrencial e possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público. A densidade normativa do princípio da competitividade se revela ao impor limites às formalidades e às exigências formuladas em edital de licitação pública. É que as formalidades e as exigências não podem ser exacerbadas a ponto de impedir a participação daqueles que tenham condições de contratar com a Administração Pública. Ou seja, as formalidades e as exigências descabidas, que não guardam justificativa ou utilidade, agridem o princípio da competitividade.”³

Ato conseguinte, o art. 9º, inciso I, alínea “a” prevê expressamente a vedação de restrição de competição pelo agente público, vejamos:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos,

³ Niebuhr, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo (Portuguese Edition) (p. 102). Fórum. Edição do Kindle.

ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

Não obstante, o próprio legislador fixou o dever do órgão de buscar a ampliação na competição através da participação do maior número de empresas possíveis, evitando regras editalícias sem justificativa que afaste a participação de fornecedores, o que viola expressamente o previsto no art. 40, §2º, inciso III da Lei 14.133 - NLLCA, vejamos:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

Conforme dispõe a Nota Técnica TC-3/2023 do TCE/SC, a fixação de prazo exíguo para entrega pelo fornecedor (dois dias, três dias, cinco dias) deve estar alicerçada em justificativa da Administração que demonstre que tal exigência é indispensável às suas necessidades para atender à primazia do interesse público e não ocasionar eventuais prejuízos de continuidade de serviços públicos, como no caso de substituição de pneus em veículos para atender casos emergenciais, como ambulâncias⁴, ***o que obviamente não é o caso!***

Sobre o tema, importante mencionar trecho de lição dada pelo ilustre Prof. Joel de Menezes Niebuhr, que ressalta justamente que a competitividade deve ser respeitada a ponto de evitar formalidades que venham a coibir a participação de empresas nas licitações, vejamos:

⁴ NOTA TÉCNICA N. TC-3/2023 do TCE/SC

“O princípio da competitividade significa a exigência de que a Administração Pública fomenta e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, aumentando o universo das propostas que lhe são encaminhadas, se favoreça a pressão concorrencial e possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público. A densidade normativa do princípio da competitividade se revela ao impor limites às formalidades e às exigências formuladas em edital de licitação pública. **É que as formalidades e as exigências não podem ser exacerbadas a ponto de impedir a participação daqueles que tenham condições de contratar com a Administração Pública.**⁵

Corroborando com o princípio da ampla competitividade, o Tribunal de Contas da União proferiu acórdão asseverando que o princípio da competitividade está acima das questões jurídicas e teóricas, sendo que se faz necessária uma análise de mercado para promover, em primeiro lugar, a ampla competitividade, excluindo cláusulas restritivas, vejamos:

A hipótese de restrição à competitividade não deve ser examinada somente sob a ótica jurídica e teórica, deve levar em conta também se as cláusulas supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade do certame. Acórdão 2066/2016-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Além disso, o Tribunal de Contas da União já fixou que é dever, neste caso, do Pregoeiro, de revisar criteriosamente as cláusulas restritivas, sob pena de responsabilização, vejamos:

É dever do responsável por conduzir licitação no âmbito da Administração, **a partir de impugnação** ao edital **apontando a existência de cláusulas restritivas** à competitividade do certame, **realizar a revisão criteriosa dessas cláusulas**, ainda que a impugnação não seja conhecida, **sob pena de violação** do princípio da autotutela. Acórdão 1414/2023-Plenário | Relator: JORGE OLIVEIRA. ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Impugnação Outros indexadores: Comissão de licitação, Princípio da autotutela, Revisão de ofício, Restrição, Competitividade, Pregoeiro Publicado: - Boletim de Jurisprudência nº 456 de 31/07/2023

⁵ Niebuhr, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo (Portuguese Edition) (p. 102). Fórum. Edição do Kindle.

Na prática, diante da preferência por licitações eletrônicas previstas no art. 17, §2º da Lei 14.133/21 será comum a participação de fornecedores de outros Estados, de modo que contrariar tal disposição legal através do prazo exíguo de entrega do produto, limitando a participação dos fornecedores viola expressamente o princípio da ampla competitividade e desnuda o objetivo traçado pelo legislador de trazer a disputa eletrônica.

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais decidiu pela limitação à competitividade diante da escolha de prazo de entrega exíguo, que indiretamente impõe uma limitação geográfica à localização das licitantes, restringindo o universo de participantes do certame, vejamos:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇO. MENOR PREÇO POR ITEM. AQUISIÇÃO DE PNEUS. SEPARAÇÃO DE ITENS POR LOTES DE PRODUTOS NACIONAIS E IMPORTADOS. INDETERMINAÇÃO NA DEFINIÇÃO DO OBJETO. PRAZO EXÍGUO PARA A ENTREGA. LIMITAÇÃO À COMPETITIVIDADE E À ESCOLHA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO. 1. O tratamento uniforme entre empresas e/ou produtos nacionais e estrangeiros é garantia constitucional, incidindo ao caso o princípio da isonomia em sua integralidade, donde, não se admite que alguma empresa estrangeira deixe de vencer um certame simplesmente por ser estrangeira. 2. Julga-se parcialmente procedente a Denúncia, posto que apresenta a falta de definição correta e clara do objeto da licitação e ofende, sobremaneira, o princípio fundamental da licitação, que é o do julgamento objetivo. 3. **O prazo de entrega não pode comprometer o caráter competitivo do certame, pois, o prazo exíguo, indiretamente impõe uma limitação geográfica à localização das licitantes, restringindo o universo de participantes do certame.** (TCE-MG - DEN: 1012169, Relator: CONS. WANDERLEY ÁVILA, Data de Julgamento: 24/05/2018, Data de Publicação: 08/06/2018)

Diante do exposto, requer-se a alteração do prazo de entrega dos itens 5 e 6 para 10 a 15 dias úteis, em respeito ao princípio da ampla competitividade, nos termos da fundamentação.



Se é Skymesen, pode confiar.



4. DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto:

- a) requer-se a alteração do prazo de entrega dos itens 5 e 6 para 10 a 15 dias úteis, em respeito ao princípio da ampla competitividade, nos termos da fundamentação.

METALURGIC
A SIEMSEN
LIMITADA:829
83032000119

Assinado de forma
digital por
METALURGICA SIEMSEN
LIMITADA:82983032000
119
Dados: 2024.05.13
08:44:35 -03'00'

Brusque/SC, 12 de maio de 2024.

METALÚRGICA SKYMESEN
REPRESENTANTE LEGAL

VITOR GUILHERME AGUIAR BARRETTA
OAB/SC 46.912