ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 41/2013 – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CNMP

EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 041/2013 – A presente licitação tem por objeto o Registro de Preços, pelo prazo de 12 meses, para eventual aquisição de água mineral, café, açúcar e adoçante para atender as necessidades do Conselho Nacional do Ministério Público, conforme especificações do Edital e anexos. CLÁUSULAS QUE APRESENTAM EXIGÊNCIAS QUE VIOLAM PRINCÍPIOS BÁSICOS DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. NECESSIDADE DE RETIRADA OU ALTERAÇÃO DOS REFERIDOS ITENS SOB PENA DE NULIDADE DE TODO O CERTAME.

CAFÉ PIRACANJUBA COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA - EPP, inscrita no CNPJ sob o nº 08.632.421/0001-47 e registrada na Junta Comercial do Distrito Federal SOB O Nº 53201382214, com sede no SEES QUADRA 12, LOTE 28, SOABRADINHO/DF CEP 73.020-412, doravante denominada **IMPUGNANTE, representado por seu procurador HUDSON SANTOS NOGUEIRA, CPF Nº 005.014.633-56 e RG Nº 1021126982 SSP/MA,** vem, tempestivamente, à presença de V.Sª, por intermédio de seu Advogado (Procuração anexa), com fundamento na Lei Federal nº 10.520/2002, Decreto nº 5.450/2005 e, subsidiariamente, artigo 41 e seus parágrafos da Lei Federal nº 8.666/93 e com fundamento no próprio Edital convocatório do pregão nº 41/2013 do CNMP, oferecer a presente

IMPUGNAÇÃO

DOS ITENS : 3.1, 3.6, 7.10 e 7.11 do Termo de Referência

Em especial, porque no entender desta Impugnante, tal exigência não pode prosperar, uma vez que sua permanência irá inviabilizar a participação de diversas empresas neste certame, reduzindo o caráter da competitividade do mesmo, assim como a quebra dos critérios de avaliação de qualidade do produto (café), ensejando, portanto, o fornecimento de produtos de qualidade duvidosa durante a execução do objeto contratado, o que acabará por gerar irregularidades e ilegalidades no procedimento, haja vista a violação aos princípios constitucionais basilares de todo

procedimento licitatório (Motivação, Publicidade, Economicidade, Legalidade, Probidade, Igualdade).

O que faz nos seguintes termos:

DA TEMPESTIVIDADE

O Ato Convocatório prescreve em seu Capítulo 7, que tanto a impugnação quanto os pedidos de esclarecimentos, porventura, necessários ao perfeito entendimento do Edital deverão ser encaminhados ao Pregoeiro em até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública. De se notar que o Edital segue o preceito legal norteador do Pregão Eletrônico, o que, já de início, demonstra que o CNMP como sempre, imprime aos seus procedimentos licitatórios extrema lisura e idoneidade.

Saliente-se que, no mesmo sentido, dispõe a Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, expressando no *caput* do art. 41 os pressupostos do princípio da *vinculação ao instrumento convocatório* e normatizando a impugnação ao edital. Segundo os §§ 1º e 2º do referido artigo, detêm legitimidade para impugnar editais o cidadão e o interessado em participar dos respectivos certames. Senão vejamos:

§ 2º do art. 41 da *LLC*, *ipsis verbis*:

> "Art. 41. (...)
>
> § 2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Conforme dita melhor doutrina, acaso a impugnação seja aceita pela autoridade que subscreveu o edital, o impugnante permanecerá na licitação sem atender aquela condição irregular; ao revés, a impugnação deverá subir para decisão da autoridade superior, o que acreditamos, não será o caso.

De igual forma, o fato de a impugnação ao edital ser aceita pelo Pregoeiro não implica necessariamente a anulação do certame, mesmo porque, no presente caso, a reclamação se

refere apenas a alguns dispositivos editalícios, e assim sendo, entendemos que o Pregoeiro poderá simplesmente desconsiderar tais itens, ou retificá-los e dar andamento ao procedimento.

Por força do pequeno exposto, a impugnação é tempestiva e a solução, vale dizer, a alteração e/ou retirada dos itens acima descritos, não trará maiores problemas ao regular andamento do Edital.

DO OBJETO DO PREGÃO

Conforme item I. DO OBJETO, o pregão eletrônico nº 41/2013 tem por objeto o Registro de Preços, pelo prazo de 12 meses, para eventual aquisição de água mineral, café, açúcar e adoçante para atender as necessidades do Conselho Nacional do Ministério Público, conforme especificações do Edital e anexos.

Pois bem, o que ocorre é que os itens ora hostilizados pela Impugnante trazem exigências que quebram o caráter de isonomia do certame e impõe, por sua vez, dificuldades injustificadas e desnecessárias, especificamente no que diz respeito à exigência de que a data de fabricação e de validade do produto deverá ser de no mínimo 12 meses a contar da data da entrega, haja vista que, o produto, por sua própria natureza, já possui data de validade de doze meses a partir da fabricação, e, partindo do pressuposto de que não há como fabricar e entregar o produto no mesmo dia, a exigência é descabida.

Neste sentido, há que se estabelecer que a data de fabricação do produto deverá ser de no máximo 1 (um) mês anterior á data de entrega, e de que deverá ter prazo de validade de 11 (onze) meses, a contar da data de fabricação.

No mesmo raciocínio, é de se questionar o teor do subitem 3.6 e 7.11 que impõe à licitante o ônus de arcar com os custos de análises laboratoriais do produto. Ora, a exigência trará custos desnecessários às licitantes, e observe-se que **todas as empresas são** de pequeno porte ou micro, o que impõe um ônus a mais nas finanças das mesmas, sem qualquer necessidade, afastando, inclusive, algumas da competição.

Por fim, e visando a segurança desse Conselho do Ministério Público, temos que os subitens 7.10 também deveriam sofrer alteração, no sentido de que o próprio CNMP, e não a empresa contratada, deveria se obrigar a fazer, periodicamente, laudos das amostras do produto para certificar-se quanto ao cumprimento das obrigações pactuadas pelo licitante vencedor, durante a execução do contrato. Ou ainda, no mesmo sentido, permitir que quaisquer interessados solicitem ou façam, a sua própria custa, a análise do produto fornecido pela contratada, de modo a contribuir

com a busca da verdade sobre a qualidade do produto que está sendo fornecido.

Trata-se, *data máxima vênia,* da criação de mecanismos que se foram corrigidos ou alterados conforme se exporá abaixo, permitirão ao CNMP a garantia de que por toda a execução do contrato, o fornecimento do produto seja em conformidade com o exigido. Caso contrário, da forma em que foram estabelecidos os itens impugnados, o certame quedar-se-á prejudicado.

DO MÉRITO

No entender desta Empresa, tais exigências, se não forem alteradas, não podem prosperar, uma vez que sua permanência irá impor gastos desnecessários às licitantes, talvez até inviabilizando a participação de diversas empresas neste certame, reduzindo, injustificadamente, o caráter da competitividade do mesmo, o que acabará por gerar irregularidades e ilegalidades no procedimento, haja vista a violação aos princípios constitucionais basilares de todo procedimento licitatório (Motivação, Publicidade, Economicidade, Legalidade, Probidade, Igualdade e competitividade).

O tema da qualificação técnica, especificamente no que se refere à exigência de apresentação de laudos de qualidade dos produtos não é de fácil assimilação no direito positivo, em especial, por conta do teor do art. 30 da Lei 8.666/93. Trata-se da norma que impõe limites à exigência de documentação comprobatória da capacidade técnica dos licitantes, e isto, com plena autorização da Constituição Federal, que em seu artigo 37, inciso XXI, dispõe que:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência 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."**

Ora, no presente caso, temos que é injustificável a exigência constante no subitem 7.10, de apresentação pós-contrato, de laudo comprovando a qualidade do produto. Em verdade, tal exigência deveria ser feita em fase anterior, ainda no âmbito do certame. Ademais, a apresentação de que trata o subitem, possibilita àquele contratado de má-fé, produzir um laudo satisfatório, haja vista a previsibilidade do momento de apresentação do laudo, em outras palavras: quando tiver que apresentar o laudo, o contratado de má-fé submeterá aos órgãos de análise uma amostra muito boa a fim de que o laudo seja satisfatório. Mas no decorrer do fornecimento, poderá entregar um produto de péssima qualidade.

Outra situação seria o próprio CNMP, se obrigar, ele mesmo, a providenciar em períodos incertos e sem o conhecimento do contratado, a análise laboratorial do café que está sendo fornecido, isto, sim, seria uma providência mais eficiente para apurar e constatar a qualidade do produto. Vejamos o que diz o subitem 7.10:

"7.10 Apresentar, trimestralmente, laudo da qualidade dos produtos, emitido por laboratório especializado e credenciado, constando características microscópicas, físico-químicas e microbiológicas e o nível da qualidade, compatíveis com o padrão estipulado pela ANVISA e pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;"

Pois bem, a Administração, quando licita, além do preço mais vantajoso, e de outros demais benefícios, busca também a segurança do produto, a qualidade do produto, enfim, é de se questionar por que o referido item 7.10 não pode ser alterado, impondo-se à Administração Pública o dever e não a faculdade de, periodicamente, durante a contratação, proceder à análise de amostras do café que está sendo fornecido, e não de simples e preparadas amostras entregues pelo contratado. Assim, seria muito fácil afastar aquele contratado de má-fé, que entrega uma análise adulterada, ou uma amostra boa e, durante o contrato, fornece um produto de péssima qualidade.

O bem perseguido é o próprio interesse público, na medida em que serão os próprios servidores e membros do CNMP e, ate, o público, que irá consumir o produto. E ainda, desta forma, no atual cenário de reivindicações e luta pelo direito que atravessa nosso Brasil, será possível afastar ainda mais os desvirtuamentos praticados nos processos licitatórios.

Veja que o que se sugere, a título de alteração do item é somente que o próprio CNMP, durante a execução do contrato, produza análises do produto que esta sendo consumido, e ainda, que permita que outros licitantes, que perderam a licitação, mas que se preocupam com a coisa publica, possam também não só acompanhar a análise de amostras, mas eles mesmos, como portadores do chamado interesse jurídico, possam produzir laudos dos produtos fornecidos por seus concorrentes, de modo a contribuir com a busca da verdade sobre a qualidade do que está sendo fornecido.

O subitem 7.11 traz uma exigência, *data vênia,* inócua, pois á época da apresentação do laudo exigido, ou seja, de três em três meses, após a contratação, o contratado de má-fé que, provavelmente, está fornecendo um produto sem qualidade, irá fabricar uma amostra boa, satisfatória, e apresentá-la ao Órgão contratante, que nada poderá fazer para contraditar o laudo.

De outro lado, se a análise for obrigação do próprio Órgão contratante, aí sim, o contratado sabendo que seu produto está constantemente sendo submetido à análise laboratorial, e diante da obrigação de manter as condições inicialmente pactuadas no contrato, irá fornecer um produto de qualidade.

É de se requerer, portanto, a exclusão do subitem 7.10 ou, alternativamente, sua alteração, conforme as razões expostas.

Quanto aos subitens 3.6 e 7.11, é de se insistir em sua retirada do edital. Vejamos seu teor:

"3.6 Todos os custos com análises laboratoriais do produto correrão às expensas da CONTRATADA."

"7.11 Custear as despesas relativas às análises físico-químicas, microbiológicas e bacteriológicas dos produtos, a serem realizadas em laboratório de livre escolha do CONTRATANTE, sempre que este julgar necessário;"

Com efeito, cumpre também questionar o teor do subitem 3.6 e 7.11 que impõe à licitante o ônus de arcar com os custos de análises laboratoriais do produto. Ora, a exigência trará custos desnecessários às licitantes, e observe-se que todas **as empresas são** de pequeno porte ou micro, o que impõe um ônus a mais nas finanças das mesmas, sem qualquer necessidade, afastando, inclusive, algumas da competição.

Importa lembrar ainda, que não pode haver no edital, cláusulas inúteis que limitem a competitividade do certame, estabelecendo preferências ou distinções em benefício de alguns e prejudicando a outros; vejamos o teor do art. 3º da Lei de Licitações:

"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".

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revelam em outros dispositivos da Lei n. 8.666/93, o artigo 90, por exemplo, define como crime o ato de ***"frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente o caráter competitivo do procedimento licitatório, com intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação".***

Nota-se, portanto, que a Constituição Federal convida a Administração Pública a oferecer a todos os administrados igualdade de oportunidades na contratação de serviços, obras e compras. Por meio do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende, frise-se por oportuno, é firmar e confirmar a impossibilidade de tratamento desigual injustificado. Dessa forma, discriminar consiste em atitude reprovável.

Ainda, vale ressaltar, que no rol de documentos elencados na Lei de Licitação, objetivo e taxativo se fez o legislador, a fim de não expurgar do certame empresas que perfaçam *in totum* as exigências do corpo legal bem como estejam agindo de acordo com nossa Constituição Federal.

Com efeito, a exigência que impõe os custos das análises aos licitantes, ou ao contratado, não pode subsistir, mas antes, deverá ser do próprio Órgão. O item sob comento, pode ser contemplado pela brilhante decisão do TJ/MA, quanto exigência não manifesta em Lei, em consonância ao principio da Isonomia, senão vejamos:

> "A inserção, no edital de concorrência publica, de exigências não contempladas na Lei de Licitação como necessárias à segurança e à boa execução do projeto, com manifesto prejuízo ao caráter de competitividade de que se reveste o processo licitatório, constitui ofensa a direito liquido e certo do concorrente assim excluído do certame, passível de correção pela via do mandado de segurança. Remessa conhecida, confirmando-se sentença reexaminada" (TJ/MA. 4ª Câmara Cível. RO nº 2212001. DJ 05/09/2001).

No mesmo sentido, requer-se a alteração da exigência constante no subitem 3.1, também do Termo de Referência, que dispõe em sua parte final:

> **Café torrado e moído**, de primeira qualidade, **empacotado a vácuo puro**, acondicionado em embalagem (tipo tijolinho) de 500g (quinhentos gramas), classificação oficial brasileira (tipo 8 Cob.), com máximo de 15% de grão P.V.A.

(grãos pretos, verdes e/ou ardidos) isento de bebidas rio ou riozona, ponto de torra média, moagem média/fina e informações na embalagem conforme legislação em vigor, constando nas embalagens individuais e também nos fardos ou caixas, de forma legível, **a data de fabricação e de validade do produto, que deverá ser de no mínimo de 12 (doze) meses, a contar da data da entrega**, Registro no MS, CNPJ/MF.

Em princípio, cumpre salientar que o referido item deveria comportar mais modelos de embalagem, como a Fresh, com validade de 06 meses, haja vista que a entrega é de modo parcelado e, portanto, não haverá qualquer prejuízo. Ademais, tal alteração aumentaria, inclusive, a competitividade no certame.

No mesmo sentido, e em respeito à tal exigência de que a data de fabricação e de validade do produto deverá ser de no mínimo 12 meses a contar da data da entrega, também não há como prosperar, haja vista que, o produto, por sua própria natureza, já possui data de validade de doze meses a partir da fabricação, e, partindo do pressuposto de que não há como fabricar e entregar o mesmo dia, a exigência é descabida, não passando, acredita-se, de mero equívoco.

Neste sentido, há que se estabelecer que a data de fabricação do produto deverá ser de no máximo 1 (um) mês anterior á data de entrega, e de que deverá ter prazo de validade de 11 (onze) meses, a contar da data de fabricação.

Conforme salientado, o produto possui validade de doze meses, e, portanto, temos que a data de fabricação do produto é perfeitamente satisfatória se **for de no máximo 1 (um) mês anterior à data da entrega**, e tiver prazo de validade restante de 11 meses, a contar da fabricação. Assim, tem-se um produto recém fabricado, novo na data de entrega, e com validade bem maior. Sugere-se a alteração do item impugnado.

Com alicerce nas premissas acima alinhavadas, a Impugnante compreende que todos os esforços que forem feitos visando estabelecer uma forma mais objetiva de apurar a qualidade do produto a ser fornecido, são válidas, em especial, para afastar aquelas empresas que, agindo de forma oportunista, tendem a apresentar um produto de qualidade, no início, e no decorrer do contrato, fornecem um café de péssima qualidade.

DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, resta claro que o edital, por mero equívoco, fere os preceitos legais, doutrinários e jurisprudenciais acima transcritos, devendo, portanto, ser reparado. Em face disso, a Empresa **CAFÉ PIRACANJUBA COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA - EPP REQUER:**

a) seja dado provimento à presente impugnação e, a critério desse Pregoeiro, seja suspenso o curso do certame, para:

a.1) excluir ou, alternativamente, alterar de acordo com as razões e sugestões expostas, os itens **3.1, 3.6, 7.10 e 7.11 do Termo de Referência,** haja vista que as ilegalidades apresentadas trarão máculas ao interesse público, e se não forem corrigidas a tempo, redundaram em decretação de nulidade de todo o certame e dos demais atos que a ele sucederem.

b) Em caso de indeferimento, seja o presente encaminhado à autoridade superior para definitivo julgamento.

Neste Termos,
P. Deferimento.

Brasília, 01 de novembro de 2013.

HUDSON SANTOS NOGUEIRA
Representante Legal

PAULO DE TARSO SOARES PEREIRA
ADVOGADO

PROCURAÇÃO

Pelo presente instrumento de PROCURAÇÃO, **CAFÉ PIRACANJUBA COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA - EPP,** inscrita no CNPJ sob o nº 08.632.421/0001-47 e registrada na Junta Comercial do Distrito Federal SOB O Nº 53201382214, com sede no SEES QUADRA 12, LOTE 28, SOABRADINHO/DF CEP 73.020-412, **representado por seu procurador HUDSON SANTOS NOGUEIRA, CPF Nº 005.014.633-56 e RG Nº 1021126982 SSP/MA,** nomeia e constituem seus bastantes procuradores, os advogados: **Dr. *PAULO DE TARSO S. PEREIRA***, brasileiro, casado, inscrito na OAB/DF sob o nº. 20.644 com escritório profissional no Terraço Shopping, torre "A", sala 103/104, Brasília-DF, a quem conferem amplos poderes para o Foro em geral, com a cláusula *ad judicia*, em qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, Órgãos da Administração Pública Estadual e Federal, podendo propor contra quem de direito as ações competentes e defendê-los nas contrárias, seguindo umas e outras até decisão final, usando dos recursos legais e acompanhando-os; podendo transigir, dar quitação, possuindo ainda poderes para substabelecer no todo ou em parte o presente instrumento, praticando enfim, todos os demais atos necessários ao fiel cumprimento deste Mandato.

Brasília, 01 de novembro de 2013.

HUDSON SANTOS NOGUEIRA