



PREGÃO PRESENCIAL Nº.: 033/2009

PROCESSO Nº.: 0431/2009

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA, COM INCLUSÃO DE PEÇAS, EM ELEVADORES PARA TRANSPORTE DE PASSAGEIROS, EM PLATAFORMAS DE ELEVAÇÃO PARA PESSOAS COM MOBILIDADE REDUZIDA E EM MONTA-CARGAS INSTALADOS EM DIVERSOS PRÉDIOS DO TRIBUNAL.

INTERESSADO: ATLAS SCHINDLER S/A

DATA: 17.09.09

REF.: IMPUGNAÇÃO

Sr. Pregoeiro,

A empresa ATLAS SCHINDLER S/A impugnou o edital da licitação em epígrafe tempestivamente.

Apresentamos abaixo, em resumo, as alegações do Sr. Antônio Rodrigues de Souza Neto, Supervisor Geral de Operações da citada empresa:

"(...)III – Do Faturamento por uma única localidade

6. Segundo item 5.1.1, alínea "a" do Edital, na proposta deverá constar:

"razão social, CNPJ (...), endereço completo, número de telefone, e-mail (...) e fax, bem como o nome do banco, número da conta e a respectiva agência onde deseja receber seus créditos."

7. (...)

8. A Atlas Schindler participará da presente licitação por intermédio de sua filial de Belo Horizonte. Contudo, durante a fase de execução dos serviços, ela necessitará realizar o faturamento de forma fracionada por CNPJ's de outros estabelecimentos seus, conforme seu posto de atendimento ou filial mais próximo.

(...)

10. Dessa forma, considerando que

(i) a mera existência de CNPJ's distintos não desdobra a personalidade da pessoa jurídica, que continua sendo uma, para todas as suas obrigações e direitos;

(ii) a prática de faturar os serviços por estabelecimentos de CNPJ's distintos não causará prejuízo algum à contratante e à lisura do certame,

11. É a presente para requerer a possibilidade de emissão de Notas Fiscais com CNPJ's distintos do existente em sua proposta comercial, a fim de cumprimento da legislação fiscal.

IV – Da Capacidade Técnico-operacional

Para comprovação da capacidade técnico-operacional, o item 7.1.2, alínea "b", do Edital, exige a apresentação de atestados de capacidade técnica, em nome da licitante, acompanhados das



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

respectivas CAT's, que comprovem a execução das seguintes parcelas de maior relevância técnica e valor significativo:

LOTE 1: Manutenção preventiva e corretiva em no mínimo 10 elevadores;

LOTE 2: I) Manutenção preventiva e corretiva em no mínimo 5 elevadores;

II) Manutenção preventiva e corretiva em no mínimo 12 plataformas de elevação para pessoas com mobilidade reduzida;(…)

15. Ocorre que, conforme item 2 do Anexo I do Edital, os referidos lotes estão separados em razão das diversas marcas de cada equipamento.

16. Nada mais lógico, portanto, que, sendo os serviços licitados específicos, as empresas licitantes tenham que comprovar [especificamente] a prestação de tais serviços (...) de equipamentos do fabricante referido em cada lote;

16.1. Ou seja, a licitante que pretender participar do LOTE 1, referente à manutenção preventiva e corretiva de 24 (vinte e quatro) elevadores de fabricação Atlas, Schindler e Atlas Schindler, deverá apresentar atestado(s) que comprove(m) ter prestado manutenção em 10 elevadores do referido fabricante.

17. Não há dúvida de que cada empresa possui em sua linha de fabricação elevadores com características próprias e exclusivas, de modo que, se, por exemplo, uma empresa comprovar ter prestado serviços de manutenção em elevadores da marca Otis, não quer dizer que ela seja apta a realizar os mesmos serviços em equipamentos fabricados pela Atlas Schindler.

18. Com efeito, a complexidade do objeto licitado exige equipamentos e pessoal especializados, o que leva a ser imprescindível a apresentação de atestado específico quanto ao serviço objeto da presente licitação, de modo a assegurar o mínimo de segurança para a Administração Pública (art. 37, XXI, da CF) (...)

21. Desse modo, requer seja alterado o item 7.1.2, alínea "b", do Edital, a fim de que as licitantes sejam obrigadas a comprovar a experiência técnico-operacional mediante a apresentação de atestados que façam referência a serviços prestados em equipamentos de fabricação do respectivo lote que se pretende participar.

21.1. Por derradeiro, requer também que seja limitada a quantidade de atestados apresentados, por cada licitante, para efeito do somatório previsto na alínea b.3 do item 7.1.2, em quantidade máxima de 02 (dois), por cada lote licitado.

V – Do Termo de Garantia

22. De acordo com o item 11.10 do Anexo 1, constitui obrigação da Contratada a:

"11.10. Execução dos serviços corretivos englobando a substituição das peças danificadas e/ou de reposição, por peças originais novas e que possuam o termo de garantia do fabricante contra defeitos de fabricação, não sendo aceitas, em hipótese alguma, peças ou componentes reconicionados."

23. A fim de que esse r. Órgão possa garantir a originalidade dos componentes a serem substituídos, configura-se indispensável que o termo de garantia acima referido seja emitido pelo fabricante do elevador em que serão aplicados os componentes,(…)

24. Assim, requer (...) a alteração do referido item, para que dele passe a constar a observação acima mencionada.

VI – Do item 4.1 do Anexo II

25. De acordo com o item 4.1 do Anexo II:

"4.1. A CONTRATADA deverá colocar à disposição do TRIBUNAL, quando solicitado, em um prazo máximo de 24 horas, parte ou toda



equipe mencionada no subitem 9.3, munidos de instrumentação adequada e suficiente para eventuais inspeções nos equipamentos."

25.1. Por sua vez, dispõe o item 9.3 do Anexo II que:

"9.3. A **CONTRATADA** deverá ter em seu quadro funcional uma equipe composta pelos seguintes profissionais:(...)

26. *Data vênia*, a referida exigência não se configura razoável, tendo em vista que os elevadores estão espalhados em diversos Municípios.

27. (...) a referida equipe de trabalho possui outros contratos sob sua responsabilidade, o que poderá gerar eventual incompatibilidade de horários.

28. Além disso, (...) a contratada deverá disponibilizar a referida equipe, até mesmo, em dias não-úteis, (...)

32. Desse modo, requer (...) seja excluída a exigência constante do item 4.1 do Anexo II.

VII – Da Substituição de Componentes

33 Segundo o item 10.6 do Anexo II do Edital,

"A **CONTRATADA** se obriga a instalar outro equipamento de sua propriedade que tenha as mesmas características técnicas do que está sendo reparado, após vencido o prazo máximo de 5 (cinco) dias, até que sejam concluídos os serviços de recondicionamento do equipamento, ou até que seja adquirido novo equipamento pela própria **CONTRATADA** caso o defeito seja irreparável."

34. Considerando que cada equipamento é específico, isto é, possui características próprias, pode haver componentes em que seja necessária a sua fabricação, haja vista a possibilidade de indisponibilidade de material em estoque por diversos motivos, inclusive por não o ter mais em linha de produção normal, nos casos de equipamentos antigos.

35. Vide ainda que há elevadores de diversas marcas, o que poderá gerar dificuldades no cumprimento do prazo acima mencionado.

36. Diante disso, (...) é a presente para requerer a exclusão do prazo máximo, devendo no caso concreto, ser verificado qual o prazo mínimo possível para o restabelecimento do funcionamento do elevador.

VIII - Da Performance Mínima de Desempenho

37. De acordo com a Cláusula 20.2, "b" e "b.1" da Minuta de Contrato:

"**19.2. Multa**, incidente sobre o valor do faturamento mensal devido no mês de origem da irregularidade, a ser descontada no primeiro pagamento subsequente à infração da ocorrência, que poderá ser aplicada nos seguintes casos:

(...)

b) 10% (...) sobre o valor mensal do contrato, caso a disponibilidade de qualquer um dos equipamentos que compõem seu objeto seja inferior a 90% das horas úteis totais mensais;

b.1) Para esse cálculo fica definido o período normal de trabalho do **TRIBUNAL (...)**"

(...)

39. Será impraticável alcançar performance de rendimento nessas condições, o que, invariavelmente, onerará demais as contratadas.

(...)

41. (...) as Cláusulas 11.1.2.1 e 12.3.1 da Minuta de Contrato exigem da Contratada um sistema de plantão de 24h, e dias por semana, não sendo justo nem razoável, assim, que se limite o cômputo das horas período das 08h00min às 18h00min.

42. Dessa forma, a cláusula ora impugnada viola, (...) os princípios da ampla competitividade e da razoabilidade, razão pela qual requer seja ela alterada, (...)"

IX – Das Penalidades



43. Segundo a Cláusula Vigésima da minuta de contrato, todas as penalidades são calculadas sobre o valor (*sic*) contrato, seja sobre o valor total ou mensal.

44. Ocorre, todavia, que esta condição é absolutamente prejudicial à contratada, em razão da impossibilidade de onerar um contrato de 114 equipamentos, pela potencial inexecução de uma das diversas localidades em que os serviços são prestados.

45. Diante disso, é necessário seja restringida a amplitude destas penalidades, de modo a incidirem sobre o valor relativo à localidade ou ao valor mensal do equipamento e sofrer indisponibilidade, ou qualquer descumprimento de obrigação. (...)

47. Tal condição carece de **razoabilidade**, uma vez que caso um determinado equipamento fique sem operar por mais de 10 (...) dias, a Contratada não fará jus a receber pela manutenção executada nos outros 113 (...) elevadores!!!

50 – Diante do exposto, (...) requer seja a mesma alterada, de forma que a multa não ultrapasse o patamar máximo de 10% (...) sobre o valor relativo ao equipamento paralisado."

Ao final, requer seja dado provimento à presente impugnação, a fim de que seja declarado nulo o presente certame licitatório pelas razões acima salientadas.

Passemos à análise jurídica das alegações:

1. DO FATURAMENTO POR UMA ÚNICA LOCALIDADE:

Conforme declaração da Impugnante, se esta participará da presente licitação por intermédio de sua filial de Belo Horizonte, contudo, durante a fase de execução dos serviços, necessitará realizar o faturamento de forma fracionada por CNPJ^s de outros estabelecimentos próprios, a documentação habilitatória deve ser apresentada não só referente ao CNPJ da filial de Belo Horizonte, como, também, dos outros CNPJ^s, que porventura constarão das notas fiscais a serem apresentadas, em obediência à alínea "a" do subitem 5.1.1 do instrumento convocatório.

Entendemos, *s.m.j.*, que o fato de mantermos a citada cláusula do edital, não impede o licitante vencedor de cumprir com a legislação fiscal.

2. DA CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL:

No que pertine à capacidade Técnico-operacional, o instrumento convocatório prevê o seguinte:

"7. HABILITAÇÃO

(...)

7.1.2. Documentação relativa à qualificação técnica:

a) (...)

b) Capacidade técnico-operacional: Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características tecnológicas e operacionais com o objeto da licitação, mediante a



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

apresentação de atestado(s), em nome do licitante, emitido(s) por pessoa jurídica(s) de direito público ou privado, devidamente registrado(s) no CREA e acompanhado(s) da(s) respectiva(s) Certidão(ões) de Acervo Técnico (...), que comprove(m) a **execução** das seguintes parcelas de maior relevância técnica e valor significativo:

LOTE 1: Manutenção preventiva e corretiva em no mínimo 10 elevadores;

LOTE 2: I) Manutenção preventiva e corretiva em no mínimo 5 elevadores;

II) Manutenção preventiva e corretiva em no mínimo 12 plataformas de elevação para pessoas com mobilidade reduzida;

LOTE 3: Manutenção preventiva e corretiva em no mínimo 8 elevadores;

LOTE 4: Manutenção preventiva e corretiva em no mínimo 10 elevadores

(...)

b.3) Os quantitativos mínimos exigidos para as parcelas de maior relevância descritas no item **b** poderão constar em mais de um atestado, sendo admitidos somatórios de quantidades para efeito de comprovação."

Neste sentido, verificamos que a área de engenharia deste Tribunal procurou resguardar o interesse público na medida em que exigiu que a licitante comprovasse, por meio de atestado de qualificação técnica, o mínimo necessário para a garantia da execução contratual.

Acerca do assunto, Jessé Torres Pereira Júnior¹ resumiu o tema, nos seguintes termos:

"O tema da capacitação técnico-profissional x capacitação técnico-operacional, (...) recebeu definitivo desate mediante sucessivos acórdãos do Tribunal de Contas da União. O de nº.1.524/2006 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, fixou suficiente resenha dos demais, *verbis*:"A ausência de explícita referência, no art. 30 da Lei nº 8.666/93, a requisitos de capacitação técnico-operacional, não significa vedação à sua previsão, de modo que sua exigência no edital não fere o caráter competitivo do certame licitatório... merecem destaque algumas decisões que dão sustentação a esse entendimento. Na Decisão nº 395/1995-Plenário, este Tribunal já se manifestava pela possibilidade de exigência de comprovação de ambos os aspectos da capacidade técnica (o técnico-profissional e o técnico-operacional), tendo admitido, posteriormente, a existência de requisitos de capacidade técnica operacional nas Decisões Plenárias de nº 432/1996 217/1997. (...)

¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública - 7. Ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 391.



Em decisão mais recente ainda, esta Corte reconheceu também a possibilidade de exigências de quantitativos mínimos e prazos máximos para a capacitação técnica operacional, reformulando, assim, entendimento anterior (Decisão nº 285/2000 – Plenário). Nesse mesmo sentido, Decisão nº 1618/2002 – Plenário. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça também tem decidido no sentido de que a exigência, no edital, de comprovação de capacidade técnico-operacional não fere o caráter de competição do certame licitatório' (Resp nº 155.861/SP-1ª Turma).

(...)

Com efeito, há situações em que as exigências de apresentação de atestado de experiência anterior das empresas licitantes, com a fixação de quantitativos mínimos, são plenamente razoáveis e justificáveis, (...) (grifo nosso)"

A título ilustrativo, veja julgado do STJ acerca da questão:

"Ementa:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.

1- Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei n. 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores de telefonia no Brasil de execução, no País, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe "L" e "C" em período consecutivo de 24 meses, **no volume mínimo de 60.000 HXh**, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2- 'O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações' revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe. (Adilson Dallari).

3- Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus.

4- Recurso especial improvido." (grifo nosso)

Destarte, se podemos exigir o quantitativo mínimo quanto à capacidade técnico-operacional, não podemos, posteriormente, desprezar o que a área técnica deste Tribunal definiu como parcela de maior relevância e de valor significativo, de acordo com o prescrito no § 2º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

Quanto à solicitação da impugnante no sentido de limitar a quantidade de atestados apresentados, por cada licitante, para efeito do somatório exigido na alínea "b" do subitem 7.1.2 do edital, entendemos, *s.m.j.*, que o fato impõe restrição ao caráter competitivo da licitação.



É a interpretação do Tribunal de Contas da União, abaixo transcrita:

“Relatório do Ministro Relator

(...)

2.5 Limitação do número de atestados para comprovação de atendimento a quesitos de pontuação (fls. 20/31)

(...)

2.5.3 No tocante à procedência de tal impugnação, à primeira vista observa-se que a **limitação de somatórios de vários atestados para a comprovação de quesitos de pontuação técnica aparenta ser aspecto impertinente** à licitação promovida pelo MDIC, pois não se percebe, de maneira clara, a vantagem obtida pela Administração com o estabelecimento de tal limitação. Pelo contrário, o procedimento em questão favorece empresas de grande porte, com possíveis prejuízos ao caráter competitivo da licitação.”²

“Acórdão

(...)

9.4.1. **abstenha-se, na qualificação técnica, de fixar número máximo de atestados**, em consonância com o previsto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, caput e §§ 3º e 5º, da Lei nº 8.666/1993, art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e com a jurisprudência do TCU, exceto quando for expressamente justificada a necessidade da exigência para a garantia da execução do contrato, a segurança e perfeição da obra ou do serviço, a regularidade do fornecimento ou o atendimento de qualquer outro interesse público;”³

Com relação à solicitação do impugnante para que os licitantes apresentem atestados de qualificação técnica vinculados à marca do equipamento do lote em que pretende participar, se baseia na mesma restrição impertinente acima exposta.

Outra não foi a manifestação da área técnica desta Casa, isto é, Gerência de Manutenção Predial – GEMAP:

“Sub-item 21 – A comprovação da capacidade técnico-operacional deverá ser feita conforme descrita no edital de licitação, isto é, **os atestados a serem apresentados poderão ser referentes à prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva de qualquer marca de elevadores, não sendo necessário que façam**

² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº. 481/2004 – Plenário. Processo nº. 003.674/2004-3. Ministro Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. DOU de 12/05/2004

³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1678/2006. Processo nº. 020.209/2005-5. Ministro Relator: Augusto Nardes. DOU: 15/06/2006.



referência a serviços prestados em equipamentos de fabricação do respectivo lote que se pretende participar.

Consideramos que essa forma é suficiente para comprovação da Capacidade Técnico-Operacional da empresa licitante;

Sub-item 21.1 – A quantidade de atestados para comprovação da Capacidade Técnico-Operacional permanece conforme Edital, isto é: o licitante poderá apresentar a quantidade de atestado(s) que lhe convier, desde que atenda ao Edital.

Entendemos que a limitação da quantidade de atestados em apenas 02 (dois), possui caráter restritivo.” (grifo nosso)

Por derradeiro, entendemos que a Lei de licitações veda qualquer tipo de limitação para a comprovação de atividade ou aptidão do licitante, conforme prescrito no § 5º do art. 30.

3. DO TERMO DE GARANTIA

A GEMAP, com o único propósito de resguardar a Administração, declara que mantém a exigência editalícia, no sentido de garantir que as peças/materiais danificados que serão substituídos sejam realmente novos, de acordo com a legislação específica.

Assim sendo, de acordo com a área técnica deste Tribunal, a garantia solicitada pelo edital é do fabricante da peça substituída, e não do fabricante do elevador.

4. DO ITEM 4.1 DO ANEXO II DO EDITAL

Em relação à solicitação de exclusão deste item do edital, a GEMAP entende ser necessária a manutenção desta regra.

Trata-se de uma inspeção para apuração do defeito (manutenção corretiva), no qual o Tribunal está exigindo que parte ou toda equipe descrita no subitem 9.3 do Anexo II esteja disponível quando da sua ocorrência.

Veja-se que a regra é bem razoável, considerando que não serão todas as vezes que TODA a equipe especializada deverá estar disponível. Terá vezes que apenas PARTE da equipe será suficiente para solucionar o problema, o que dependerá da urgência e necessidade do Tribunal.

Ressalte-se que o custo desta equipe especializada para a Contratada deve estar incluído no valor da proposta apresentada à licitação.

Acerca do tema, a Consultoria Zênite já se manifestou no seguinte sentido:

“O administrador público, ao elaborar o edital de licitação, conforme o objeto licitado e as necessidades da Administração, poderá se deparar com uma das duas hipóteses abaixo:



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

a) Não há instalações, aparelhamento ou pessoal técnico que possam ser considerados indispensáveis para garantir à Administração Pública o cumprimento da obrigação contratual decorrente da licitação.

b) Há instalações, aparelhamento ou **pessoal técnico que possam ser considerados indispensáveis para assegurar à Administração Pública o atendimento dos objetivos colimados com a licitação.**

(...)

No outro caso, **o administrador público deve, obrigatoriamente, apresentar no edital de licitação a relação das instalações, do aparelhamento e/ou do pessoal técnico que os licitantes deverão declarar ter disponíveis na época da execução do contrato, pois, se elas são indispensáveis, não exigi-las colocaria em risco o interesse público.** Essa relação, para atender à norma constitucional, deve ser detalhada, especificando as características das instalações requeridas, os tipos, modelos, capacidade, etc. dos equipamentos, veículos e aparelhos desejados, bem como as funções, cargos, especialidades, formações e quantidades do pessoal técnico.

Não atende às determinações constitucionais o administrador público apenas exigir que os licitantes indiquem as instalações, equipamentos e pessoal técnico adequado e disponíveis para a realização do objeto licitado, transferindo a eles a responsabilidade de identificar quais seriam indispensáveis para assegurar à Administração Pública o atendimento dos objetivos colimados com a licitação.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes em estabelecer que o cumprimento das exigências quanto às instalações, equipamentos e pessoal técnico, indispensáveis à execução contratual, dar-se-á apenas com a apresentação de relação explícita e da declaração formal de sua disponibilidade, sob as penas cabíveis. O Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 1351/2003 - 1ª Câmara) já decidiu reiteradas vezes sobre a questão, sempre com esse entendimento. Nessa linha de interpretação, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou a Súmula nº 14, determinando que:

exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno.⁴

Com efeito, há que se ter em mente que referida exigência tem o fim de conferir segurança à Administração Pública contratante no que tange à boa execução do objeto pretendido, sendo exigência a ser cumprida pelo Contratado, motivo pelo qual a citada exigência será mantida no instrumento convocatório.

⁴ Consultoria Zênite. Título: Qualificação Técnica nas Licitações Públicas. Autor do Texto: José Domingos Frid e Figueiredo. Obras e Serviços de Engenharia - 1115/165/NOV/2007.



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Cabe ainda esclarecer, de acordo com a manifestação da GEMAP, que o Tribunal exerce atividades também em finais de semana em regime de plantão, razão pela qual entendemos ser mais uma razão para a manutenção da cláusula editalícia.

5. DA SUBSTITUIÇÃO DE COMPONENTES

Conforme orientação da GEMAP desta Casa:

"Fica mantida a exigência conforme Edital, isto é, a CONTRATADA se obriga a instalar outro equipamento de sua propriedade que tenha as mesmas características técnicas do que está sendo reparado, após vencido o prazo máximo de 5 (cinco) dias, até que sejam concluídos os serviços de recondicionamento do equipamento, ou até que seja adquirido novo equipamento pela própria CONTRATADA, caso o defeito seja irreparável.

Considerando as atividades que são desenvolvidas nas edificações do TJMG, entendemos que, para uma prestação jurisdicional eficiente, torna-se necessário o cumprimento dessa exigência."

6. DA PERFORMANCE MÍNIMA DE DESEMPENHO

A impugnante alega que será inviável alcançar performance de rendimento considerando o horário de 08h00min às 18h00min totalizando 10 (dez) horas úteis diárias, por considerar que será muito oneroso à Contratada.

A GEMAP, no entanto, esclarece que as penalidades previstas no edital foram calculadas proporcionalmente aos danos que poderiam causar ao Tribunal em caso de inexecução total ou parcial do objeto do Contrato.

Destarte, a multa, se for o caso, será aplicada ao Contratado após a instauração do devido processo administrativo, com observância dos princípios da ampla defesa e contraditório.

Referida cláusula possui o mesmo objetivo de resguardar a Administração Pública para a boa execução contratual.

7. DAS PENALIDADES

A estipulação das penalidades em um edital licitatório é medida que emerge do poder disciplinar, poder este que é definido Maria Sylvia Di Pietro, com propriedade:

*"Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para **apurar infrações e aplicar penalidades** aos servidores públicos e **demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso das que com ela contratam.**"⁵ (grifo nosso).*

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. Pg. 90.



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Assim como as demais prerrogativas outorgadas pela lei à Administração, o poder disciplinar apresenta-se verdadeiramente como um "poder-dever": além de ser um atributo, é também uma obrigação imposta ao sujeito público - o que o afasta do âmbito da discricionariedade administrativa.

A questão é bem sintetizada por José dos Santos Carvalho Filho, que afirma:

*"Desse modo, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, **impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia**, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes."*⁶ (grifos nossos)

Quando aplicado ao edital de licitação, o princípio da proporcionalidade apresenta duas facetas: de um lado, busca-se evitar a cominação de penas exageradas, despropositadas para os descumprimentos das cláusulas editalícias. De outro, impõe que o administrador comine penalidades adequadas para as hipóteses de descumprimento dos termos do instrumento convocatório.

No ponto, não se pode perder de vista o principal escopo almejado pelo estabelecimento de sanções: o de evitar a prática de condutas que atentem contra o interesse público, perquirido incessantemente pela Administração e seus órgãos.

O caráter educativo, inerente às sanções, se mostra muito mais proveitoso ao ente contratante, do que os eventuais benefícios (monetários, na maioria das vezes) decorrentes do caráter punitivo das sanções. Ao Tribunal de Justiça interessa a prestação realizada de forma justa e esmerada. A penalidade está disposta no edital convocatório como instrumento de resguarda; o ideal seria o cumprimento contratual sem a execução das sanções previstas.

Destarte, muito além de não estabelecer uma pena despropositada, é preciso definir uma sanção que desencoraje os licitantes a praticar a conduta que se busca afastar.

Diante desse panorama, não se constata qualquer tipo de excesso nas penalidades cominadas no edital licitatório, não havendo motivos que justifiquem a modificação das sanções ali colimadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Esclarecemos, por fim, que as penalidades previstas no edital foram calculadas proporcionalmente aos danos que poderiam causar

⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 18 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. Pg. 38.



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

a esta Administração em caso de inexecução total ou parcial do objeto do Contrato.

Diante de todo o exposto, entendemos, *s.m.j.*, que as exigências fixadas no presente Edital guardam pertinência e compatibilidade com o escopo licitado, constituindo-se essenciais, na medida em que visam a assegurar uma contratação segura, evitando-se imprevistos indesejados à Administração contratante, motivo pelo qual a autoridade fixou-as na latitude necessária, sem ensejar restrição excessiva à competitividade no certame, mas resguardando que venham a acudi-lo apenas empresas efetivamente aptas a satisfazer o objeto a ser contratado.

À elevada consideração de Vossa Senhoria

Luciana Reis Leonardo
Luciana Reis Leonardo
Assessora Jurídica

Adriana Lage de Faria Navarro
Assessora - ASCONT

Aprovo o presente Parecer.

Em 17.09.09

Selma Michaelsen Dias
Diretora-Executiva da Gestão de Bens, Serviços e Patrimônio