



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Decisão nº 016.2011.CPL.469192.2010.28191

IMPUGNAÇÃO INTERPOSTA PELA EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. - EMBRATEL EM **23 DE MARÇO DE 2011**. PRESSUPOSTOS LEGAIS: LEGITIMIDADE, INTERESSE DE AGIR, A EXISTÊNCIA DE UM ATO ADMINISTRATIVO, FUNDAMENTAÇÃO E TEMPESTIVIDADE ATENDIDAS.

RELATÓRIO

Chega a esta Comissão Permanente de Licitação, no dia 24/03/2011, impugnação aos termos do Edital do PREGÃO PRESENCIAL Nº 003/2011-CPL/MP/PGJ – SRP, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC em diversas modalidades, interposta pela empresa EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. – EMBRATEL, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.530.486/0001-29.

Ab initio, cumpre observar que a empresa interessada atende às exigências emanadas do repositório legal das licitações públicas, particularmente, aquelas decorrentes do texto do § 2º, do art. 41.

Diz-se isso porque se trata de pretenso licitante que apresentou oposição em face das disposições de um ato administrativo, a saber, o Edital da licitação em voga, fazendo-o **tempestivamente**, é dizer, antes dos 2 (dois) dias úteis antecedentes à sessão pública de realização do certame.

Ultrapassada essa questão, debruçemo-nos sobre as indagações/oposições da interessada.

Como preferiu expor a impugnante nas linhas introdutórias de sua manifestação, os pontos levantados por si desembocam na suposta subversão do fim último da licitação pretendida por este Ministério Público, mormente por supostamente constituírem afronta aos princípios da competitividade, legalidade e razoabilidade, norteadores do processo licitatório, do qual não se pode furtar a Administração Pública.

1) O primeiro questionamento diz respeito à “**impossibilidade da ampla competição nos moldes atuais.**”. Quanto a esse pormenor, argumenta a empresa que a divisão dos lotes da licitação, exatamente na forma como consta



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

do Edital, não foi acertada por potencialmente frustrar o caráter competitivo do certame, já que agrupa em um único lote dois serviços de naturezas diferenciadas, elidindo a possibilidade de se ter mais de uma empresa vencedora para a prestação dos mesmos serviços em separado.

2) Noutro sentido, a interessada revela seu inconformismo com o **prazo previsto no Edital para mudança de endereço** de usuários, que corresponde a 3 (três) dias úteis, contados da solicitação. Alega que tal lapso seria por demais exíguo, sugerindo, para tanto, fosse transmutado para 30 (trinta) dias.

3) Sobre outro aspecto, a impugnante se insurge contra os **critérios de penalidade previstos no Edital**, ressaltando que os mesmos revelam-se demasiadamente onerosos, implicando eventual cargo excessivo e desproporcional, o que feriria os princípios da legalidade e da razoabilidade, mormente por que, em última análise, refletiria o enriquecimento sem causa da Administração.

4) Questiona, também, acerca da **exigência de apresentação dos documentos** de comprovação de regularidade fiscal **como condição para pagamento**. Reputa tais exigências excessivas, burocráticas e desnecessárias.

5) Por derradeiro, aponta a **ausência da previsão de incidência de compensações financeiras e penalidades para o caso de atraso no pagamento**. Assevera que a alteração do instrumento convocatório, igualmente neste caso, faz -se necessária, a fim de que tal previsão conste da lei da licitação específica, na forma como sugeriu fossem aplicadas as ditas compensações e penalidades em desfavor da Contratante faltosa.

Sendo assim, passemos à análise da peça impugnatória.

RAZÕES DE DECIDIR

1. Da suposta restrição à competitividade

A indagação inicial da insurgente alude ao caráter competitivo da licitação sob enfoque, e, conseqüentemente, questiona a observância da isonomia entre os participantes. Como já dito, assevera a impugnante que a divisão dos itens da licitação não foi acertada por impedir a ampla competitividade.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Em seguida, alega que o erro reside justamente no fato de que o lote 1 agrupa STFC na modalidade local com o serviço de DDG 0800, visto que, por tratarem de serviços distintos, sobre eles incidem tarifas diferenciadas, impossibilitando a cotação correta dos preços formadores da proposta.

De pronto, afirmamos que essa assertiva da interessada não merece prosperar. Vejamos.

Sabe-se que o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, além de garantir a observância do princípio da isonomia, visa selecionar a **proposta mais vantajosa** para a Administração, o que significa dizer, a que ofereça o **melhor produto pelo menor preço**, visando atingir o interesse público, a vantagem pública através da melhor atividade administrativa prestada para a coletividade, pelo meio mais legítimo e eficiente.

O artigo supracitado disciplina apenas um dos objetivos do procedimento licitatório, que é garantir a isonomia entre os licitantes, evitando exigências desnecessárias ou inadequadas.

Por outro lado, partindo-se dessa premissa de repelir-se o desnecessário, a Administração Pública tem **o dever de indicar o objeto pretendido na licitação, definindo as características necessárias à qualidade satisfatória do objeto**, tudo visando garantir que o objeto traduza a prestação dos serviços públicos com eficiência. **O que não se admite é a restrição injustificada**, porque afeta um dos princípios basilares da licitação que é o da isonomia.

Nesse sentido, a opção da Administração em agrupar em único lote os serviços de STFC e DDG 0800, a nada mais corresponde do que a preocupação em garantir o êxito do concurso entre os interessados, no sentido de que todos os serviços necessários e pretendidos sejam contratados, bem como que a prestação dos mesmos ocorra de forma a satisfazer o interesse público revestidor das atividades desta Administração, e assim propiciar efetividade e eficiência ao acompanhamento/fiscalização do objeto contratado.

Com outras palavras, o objeto da licitação foi especificado justamente como se pretende contratar, sem excessos ou condições tendentes a frustrar a participação de interessados e a garantir a igualdade entre eles. Tanto é verdade, que, na fase de formação do valor de referência, os interessados propuseram os serviços exatamente como cotado.

Agora, sobre outro aspecto, a alegada impossibilidade de se cotar os serviços aludidos conjuntamente, isto é, num mesmo lote, em decorrência da diferença de suas tarifações, é algo patentemente descabido.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Todos os serviços componentes de cada um dos lotes possuem tarifação distinta, mas isso não impossibilita a cotação dos mesmos em conjunto, até porque cada um é considerado individualmente na planilha de formação dos preços e, após a obtenção dos valores em separado, somam-se os preços para a finalização do valor global do lote. Ou seja, se alegação da impugnante fosse verdadeira, restaria impossibilitado o agrupamento de qualquer serviço com outro, já que possuidores de tarifas distintas.

Aliás, também na fase de formação do valor de referência, todas as empresas que enviaram suas propostas, inclusive a insurgente, cotaram os serviços de forma agrupada sem maiores problemas e, de fato, repise-se, a planilha da proposta permite isso.

2. Do prazo previsto no Edital para mudança de endereço.

A interessada refuta, ainda, o prazo previsto no Edital para mudança de endereço de usuários, afirmando que o tempo de três dias úteis seria insuficiente para a efetivação do serviço, dado o fato que a tarefa correspondente envolveria alta tecnologia, relativizando-se conforme a localidade e demais condições.

Indo direto ao ponto, a verdade é que não se pode prever exatamente quais fatores externos incidiram em determinado fato, mesmo por que o amanhã é incerto, e isso se aplica a qualquer situação contemplada no futuro.

De outra banda, contudo, a Administração contratante deve estabelecer critérios e condições para assegurar o fiel cumprimento do contrato, com o fim de não se encontrar a mercê da eventualidade e, muito menos, das vontades do contratado. Portanto, a previsão de prazos na avença nada mais é do que resultado direto desse raciocínio.

É certo, também, que para a estipulação dessas condições considera-se situações hipotéticas que nem sempre traduzem, ponto a ponto, a realidade. Ou seja, pode ser que o prazo de 03 (três) dias úteis consignados no Edital sejam suficientes, ou até demasiados, para a execução de dado serviço, como é verdade que podem ser precários, tudo isso, dependendo das condições que cercam o serviço pretendido.

No caso, a Administração, com base inclusive em anteriores contratações, firmadas também com a impugnante, considera adequado o lapso temporal constante da cláusula editalícia sob contestação.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Para finalizar essa questão, é salutar lembrarmos que, na hipótese de o prazo previsto demonstrar-se comprovadamente escasso para a efetivação de determinado serviço, certamente que a contratada terá a oportunidade de solicitar prorrogação do mesmo e alegar as razões que reputar legitimadoras de eventual atraso.

3. Das penalidades previstas no Edital.

Entende a impugnante que a Administração estabeleceu critérios demasiadamente onerosos para a aplicação das penalidades de multa, nas hipóteses de descumprimento dos termos contratados, o que feriria a razoabilidade norteadora dos atos administrativos.

É totalmente infundada essa alegação da impugnante. Ora, a empresa deve ou deveria saber, haja vista participar de licitações, que a Administração só pode fazer ou deixar de fazer aquilo que é determinado em Lei.

Pois bem, a Lei geral de licitações, Lei nº 8.666/93, conferiu poder discricionário à Administração para fixar as regras da aplicação de multa visando assim prover a execução do contrato de maior garantia. Assim, este Órgão tão somente se utilizou de sua prerrogativa para definir o percentual da multa que recairia sobre a empresa em caso da não execução do objeto, atraso na execução ou execução incorreta, conforme determina o artigo 86 da citada Lei.

Art.86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

Muito embora compreenda-se o inconformismo da impugnante, entendemos que não existe excesso na exigência contratual combatida. Observe-se que a Administração teve o cuidado de impor penalidades por descumprimento contratual com grau equivalente ao não cumprido, privilegiando, assim, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, não há que se falar em penalidades excessivas, desproporcionais como alegado pela impugnante.

Ademais, a Administração só poderá aplicar a multa após regular procedimento administrativo, conforme dispõe o § 2º do mesmo artigo:



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

§ 2º-A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

Deve-se ressaltar que “As penalidades previstas poderão ser suspensas no todo ou em parte, quando o atraso no descumprimento das obrigações for devidamente justificado pela empresa contratada, por escrito, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis e aceito pela CONTRATANTE”, de acordo com o item 12.7 do Instrumento Convocatório.

É sabido que os serviços de telefonia são de suma importância para que o Ministério Público do Estado do Amazonas atinja seus objetivos institucionais. Assim, tomemos a título de exemplo, o atendimento e as denúncias realizadas por meio da Discagem Direta Gratuita (DDG). É um serviço de grande relevância para toda a sociedade, por isso seu caráter essencial, devendo, portanto, haver a continuidade do serviço, razão pela qual justifica-se o percentual da multa aplicada em razão de eventuais irregularidades praticadas pela Contratada.

Assim, considerando a necessidade imediata da disponibilização do serviço e ainda por está assegurado a CONTRTADA a possibilidade da não aplicação das multas e demais penalidades quando devidamente justificada o descumprimento das obrigações, entende esta CPL ser improcedente o pedido feito pela impugnante.

4. Da comprovada regularidade como condição de pagamento.

Na peça impugnatória sob enfoque há menção, outrossim, à impropriedade da comprovação de regularidade fiscal como condição de pagamento à contratada. Quando desta alegação, a impugnante chega a afirmar que a exigência sequer encontra amparo na legislação sobre o tema.

Em oposição à leviana afirmação da impugnante, sem maiores digressões, lembramos que o art. 55 da Lei 8.666/93, ao dispor sobre as cláusulas contratuais necessárias, exige em seu inciso XIII “a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

Daí, conseqüentemente o subitem 7.10 do Termo de Referência, parte integrante do instrumento convocatório, tanto a Cláusula Décima Primeira, item 31, da Minuta do Contrato, onde se dispõe sobre a obrigatoriedade da



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Contratada apresentar a sua regularidade fiscal quando do pagamento, são de uma **legalidade cristalina**.

Para tanto trazemos à colação, jurisprudências do TCU acerca do tema:

“CONTRATOS e REGULARIDADE FISCAL. DOU de 14.05.2008, S. 1, p. 79. Ementa: o TCU determinou à INFRAERO que: a) exigisse, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, a comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social, em observância ao art. 195, § 3º, da Constituição Federal, e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inc. XIII, da Lei nº 8.666/1993; b) comunicasse à Receita Federal do Brasil qualquer irregularidade fiscal observada na execução dos contratos sob sua responsabilidade (itens 9.2.4 e 9.2.5, TC-001.512/2006-2, Acórdão nº 837/2008-TCU-Plenário)”.

“REGULARIDADE FISCAL. DOU de 14.05.2008, S. 1, p. 80. Ementa: o TCU firmou o entendimento, aplicável a todos os órgãos/ entidades da Administração Pública Federal, no sentido da inclusão, em editais e contratos de execução continuada ou parcelada, de cláusula que estabelecesse a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei nº 9.012/1995 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inc. XIII, da Lei nº 8.666/1993 (item 9.3, TC-001.512/2006-2, Acórdão nº 837/2008-TCU-Plenário)”.

Disto posto, mantidas ficam as exigências editalícias acima mencionadas por assim dispor a legislação vigente.

5. Da suposta ausência da previsão de incidência de compensações financeiras e penalidades para o caso de atraso no pagamento.

Nesse pormenor, a impugnante afirmou que “a presente licitação não prevê cláusula para as hipóteses de atraso no pagamento”, nem tampouco “compensações financeiras e penalidades por eventuais atrasos no pagamento.”.

Bem, a dita assertiva demonstra que a impugnante não conhece os termos do Edital da licitação de que pretende participar, do qual fazem parte, integrante o Termo de Referência e a Minuta do Contrato.

Caso disso soubesse, veria que o Parágrafo Nono da Cláusula Décima Quarta, da Minuta do Contrato, assim dispõe, *litteris*:

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – DA LIQUIDAÇÃO E DO PAGAMENTO



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

(...)

Parágrafo nono. O **CONTRATANTE** pagará à **CONTRATADA** a atualização monetária sobre o valor devido entre a data do adimplemento das obrigações contratuais e a do efetivo pagamento, utilizando o índice publicado pela Fundação Getúlio Vargas que represente o menor valor acumulado no período, desde que a **CONTRATADA** não tenha sido responsável, no todo ou em parte, pelo atraso no pagamento. (g.n.).

Na verdade, a impugnante busca uma modificação que venha a satisfazer seus próprios interesses, sem atentar para o interesse público que se busca assegurar com a disciplina imposta à licitação em voga.

A caminho do fim, um esclarecimento se faz necessário. É o que se refere ao prazo de 24 horas para a Comissão de Licitação decidir acerca de impugnação interposta.

Para melhor compreensão desse tema, deve-se esclarecer que a interpretação dos dispositivos do Edital deve observá-los como um sistema, no qual os subitens se complementam.

Sob este prisma, a disposição dita acima não se encontra acabada em si só, uma vez que os outros subitens que a acompanham formam o conjunto que lhes concede o verdadeiro significado.

É dizer, o subitem 9.2.1. do Edital, assegura a participação do licitante cuja impugnação tenha sido interposta tempestivamente e ainda não tenha sido decidida afinal. Daí, somos induzidos a pensar nos prazos.

Ora, o Edital prevê que a impugnação deve ser feita até 2 (dois) dias antes da data de realização do certame, ou seja, deve haver um intervalo de, no mínimo, dois dias entre a protocolização da impugnação e a licitação, bem como que o Pregoeiro deve decidir em 24 horas. Assim, obedecidos os prazos, ainda haverá um dia antes da sessão pública quando o Pregoeiro houver decidido. **Por que, então, a preocupação de o licitante ter seu direito garantido de participar da licitação no caso de sua impugnação ainda restar pendente de decisão?**

É justamente pelo fato de aquele prazo de 24 horas para decisão não ser peremptório. Trata-se, somente, de um parâmetro, pois diante da complexidade do caso, o Pregoeiro pode e, às vezes, necessitará, alongar-se na análise da impugnação interposta, e isso não deve redundar em prejuízo ao interessado.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Por outro lado, é obvio que, em se tratando de manifestação fustigante simplória, não poderá o Pregoeiro valer-se dessa relativização. Não é o que ocorre *in casu*. De certo, a impugnação que ora se decide demandou considerável atenção e presteza.

Desta feita, curvando-se ao princípio da legalidade, impessoalidade, competitividade, proporcionalidade dentre outros, considera-se devidamente esclarecidas as dúvidas da Impetrante, ficando mantidas as cláusulas editalícias concernentes à impugnação, bem como mantida a data de realização do certame, já que a manifestação não tem o condão de alterar as condições legais do edital, nem o teor das propostas dos interessados.

É a decisão.

Manaus, 28 de março de 2011.

Glauca Maria de Araújo Ribeiro

Presidente da Comissão Permanente de Licitação

Bruno César Costa e Silva

Membro da Comissão Permanente de Licitação

Frederico Jorge de Moura Abraham

Membro da Comissão Permanente de Licitação

Waleska Gracieme Andrade Marques de Oliveira

Membro-Secretária da Comissão Permanente de Licitação