



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PIAUÍ

Ref.: Pregão Presencial SRP nº28/2011.

A **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. – EMBRATEL**, CNPJ n.º 33.530.486/0001-29, com sede na Avenida Presidente Vargas n.º 1.012, Centro, Rio de Janeiro–RJ, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse I. Pregoeiro, apresentar, **PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, com efeito de Impugnação na hipótese de seu indeferimento, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

Ao analisar o edital em epígrafe observa-se que algumas disposições atentam contra os princípios da legalidade e da competitividade, por esta razão, poderão afastar interessados neste procedimento licitatório e conseqüentemente impedir que o **Ministério Público do Piauí** selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

É com o objetivo de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
Divisão de Gestão de Documentos

DOCUMENTO Nº 2011.7857

RECEBIDO EM 27/02/2011
ÀS 12 : 00

I - DA ADEQUAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – ITEM 17.1 DO EDITAL E CLÁUSULAS TERCEIRA DO ANEXO IV E DÉCIMA TERCEIRA DO ANEXO V (B.1, B.2 E B.3) *o/c*

É notório que em se tratando de contratos administrativos de grande vulto, diante da possibilidade de inexecuções, parcial ou total, a Administração Pública deve estabelecer parâmetros para penalizar a Contratada por tais fatos. No entanto, os mesmos devem ser pautados na razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, é incontroverso que a aplicação de multas de grande monta são um fator a mais no desequilíbrio econômico do contrato com o conseqüente enriquecimento sem causa da parte Contratante, o que fere não só equilíbrio econômico-financeiro como afeta a comutatividade do contrato.

Assim, no caso em tela, conforme se verifica pela análise do Edital, nos referidos itens verifica-se a necessidade de revisão dos mesmos, uma vez que a Administração Pública estabeleceu critério demasiadamente oneroso para aplicação da multa nas hipóteses elencadas, o que não se mostra razoável, tendo em vista ainda, o percentual que foi fixado e os parâmetros adotados. **Deste modo, requeremos a alteração destes itens, da seguinte forma:**

Item 17.1 do Edital e Cláusulas Terceira do Anexo IV e Décima Terceira do Anexo V:

- 0,2
b.1. 2% (dois por cento) do valor mensal do contrato, por dia de atraso no prazo de entrega do Plano de Implantação do Serviços, definido no subitem 4.2 do item 4 do Termo de Referência (Anexo I do Edital do Pregão Presencial 28/2011, até o limite de 10% (dez por cento) do valor total do contrato, quando ficará caracterizado o inadimplemento total do contrato;

0,2
b.2. 2% (dois por cento) do valor mensal do contrato, por dia de atraso no prazo de entrega da solução, após validação do Plano de Implantação dos Serviços pela equipe técnica do MP-PI, com os níveis de serviço exigidos, incluindo equipamentos e circuitos de comunicação, definido no subitem 4.4 do item 4 do Termo de Referência (Anexo I do Edital do Pregão Presencial 28/2011, até o limite de 10% (dez por cento) do valor total do contrato, quando ficará caracterizado o inadimplemento total do contrato.

30 %
b.3. 15% (quinze por cento) sobre o valor adjudicado, em caso de inexecução total da obrigação assumida.

Deve-se considerar ainda que a Embratel suprimiu nas considerações acima as penalidades de suspensão, tendo em vista que tais penalidades são severas e devem ser aplicadas em casos de extrema gravidade, visto que prejudicam a prestação do serviço bem como a atuação da empresa perante outros órgãos. Logo, requeremos a acolhimento das sugestões acima, considerando que o objetivo principal dessas multas é penalizar pelo atraso na prestação do serviço ou pelo não atendimento das exigências do Edital, sendo certo que é vedado qualquer tipo de exagero que venha a ferir a relação equânime entre as partes.

Destaca-se que a necessidade de se adequar as penalidades a serem aplicadas em caso de inexecução, aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade é entendimento assentado dos Tribunais, conforme se observa na jurisprudência abaixo mencionada, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 330.677-RS (2001/0091240-0):

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.

Os atos administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.

O art. 86 da Lei 8666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

Princípio da Razoabilidade.

Recurso Improvido.”

Deste modo, não restam dúvidas de que as penalidades elencadas nos itens acima mencionados devem ser revistas, de modo que sejam aplicadas com razoabilidade e proporcionalidade, bem como visando apenas imputar um ônus a Contratada pela inexecução parcial do serviço, evitando enriquecimento sem causa por parte da Contratante e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

II – DA INSTALAÇÃO DOS SERVIÇOS – ITENS 5.1 DO ANEXO IV E 8.1 DO ANEXO V

Ao analisar os dispositivos acima, relacionados ao prazo para implantação, alteração dos serviços, verifica-se a necessidade de previsão de prazo superior ao estabelecido, tendo em vista que os serviços a serem prestados demandam a utilização de alta tecnologia, podendo ocorrer circunstâncias que impeçam uma rápida implantação do serviço.

A fim de se respeitar a razoabilidade do prazo para execução dos serviços, uma vez que devem ser consideradas possíveis ocorrências de não fornecimento dos acessos físicos necessários ao provimento do serviço e/ou demais fatos técnicos imprevisíveis e capazes de afetar a execução inicial dos serviços a serem contratados, que muitas vezes independem da atuação exclusiva da futura contratada, principalmente referente à implantação dos serviços ora Licitados.

Entretanto, não prevê prazo superior a ^{- 20 dias} 30 (trinta) dias ^{0/0} representa aumentar os riscos de penalidades para o particular quando da contratação dos serviços, assim como acarretar um maior oneração para a Administração Pública sob a forma de repasse financeiro sob o preço, pois haveria um ônus muito grande a ser suportado pela futura contratada se considerado prazos tão ínfimos e impossíveis de se adimplir, sem cogitar os sérios riscos de aplicação das demais penalidades contratuais, inclusive as decorrentes da hipótese de rescisão parcial ou total do contrato, cujo risco imensurável poderá afastar deste Certame os eventuais interessados.

Levando-se em conta as considerações levantadas, sugere-se que o item acima, seja alterado e passe a constar o prazo de 30 (trinta) dias para implantação dos serviços, facultando-se à Administração considerar inadimplemento parcial da obrigação somente após 30 (trinta) dias de atraso injustificado. Em todos os casos, a penalidade deve ser limitada até o percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor mensal do circuito/link ou da parcela do serviço em atraso, o que for aplicável e devido na época do inadimplemento.

Essa alteração é necessária tendo em vista que a estipulação de prazos diversos destes pode ensejar a aplicação de penalidades injustas a Contratada, bem como se destaca que o serviço a ser prestado envolve alta tecnologia, envolvendo diversos tipos de demandas tecnológicas, o que podem gerar pequenos atrasos na reparação de eventuais problemas.

**III - DA PREVISÃO DE QUANTITATIVO REAL DESTE REGISTRO, CONTEMPLANDO AS
FUTURAS ADESÕES OU CARONAS À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – AUSÊNCIA DE
PREVISÃO NO EDITAL**

Considerando se tratar de Pregão Eletrônico por Registro de Preços, é necessário estimar adequada e corretamente a real demanda e pretensão de contratação desta instância, prevendo, inclusive, o possível percentual de acréscimos futuros (entre órgãos inseridos na ata ou não – as denominadas “caronas”) para efeito de especificar no Edital o montante estimado de possíveis contratações, com as quantidades ou percentuais pretendidos de adesões à Ata de Registro de Preços, sem o qual esta Instância de Governo e o Licitante Vencedor estarão fadados a possíveis questionamentos e fiscalizações acerca da legalidade e viabilidade das futuras adesões, principalmente acerca do limite de quantitativo das adesões ao Registro de Preços, face os questionamentos ao art. 8º, § 3º do Decreto n.º 3931/01, que regula o Registro de Preços, a exemplo do Acórdão do TCU 1487/2007 – Plenário e Processos nos TCEs (ex. no. 35.501/2005-TCE-DF), dentre outras doutrinas sobre o tema.

É oportuno ratificar acerca dos tópicos anteriores, a base da doutrina administrativista que discorre acerca da necessidade da isonomia e objetividade no julgamento do Edital, em estrita obediência aos ditames e princípios essenciais de toda licitação:

"Sendo o edital a lei da licitação, onde se expressa o desejo da Administração em relação aos proponentes, não se pode fugir aos termos e condições ali propostos; nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; no edital estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas, cabendo, portanto julgá-las e estrita conformidade com tais condições. **É no edital que vai se buscar o julgamento objetivo**, isto é, impessoal e criterioso, isento de qualquer subjetivismo; um dos princípios da licitação é propiciar a igualdade nas oportunidades de contratar com o Poder Público, **o que significa não só o conhecimento prévio e completo do desejo da Administração e das condições de participação no Certame, como também os limites em que os participantes devem situar essas ofertas e o respeito a esses limites por parte da Administração, a qual não pode, na lição sempre atualizada de Hely Lopes Meirelles, levar em conta vantagens ou desvantagens não previstas**" (Marcos Jureena Villela Souto).

Desta forma, sugerimos que dos itens em comento passe a constar o possível percentual de acréscimos futuros (entre órgãos inseridos na ata ou não – as denominadas “caronas”), para efeito de especificar no Edital o montante estimado de possíveis contratações, com as quantidades ou percentuais pretendidos de adesões à Ata de Registro de Preços.

IV- DA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS COMO CONDIÇÃO PARA O PAGAMENTO -
ITENS 16.1 A 16.1.5 DO EDITAL, 8.1 A 8.1.5 DO ANEXO I, 6.1 A 6.1.5 DO ANEXO IV E 9.4.1 DO
ANEXO V

0/C

Os itens em destaque estabelecem a exigência de apresentação de documentos relativos às contribuições sociais, bem como a comprovação de regularidade da Contratada perante seus funcionários, sendo certo que o pagamento fica condicionado a apresentação mensal destes documentos.

Contudo, observa-se que a conservação desses documentos, relativos à contratação de empregados, é de obrigação exclusiva da empresa contratada, já que o órgão contratante sequer responde por débitos trabalhistas de tais empregados, sendo que a apresentação mensal das Certidões do INSS e FGTS e também a apresentação dos documentos fiscais mostra-se excessiva e demasiadamente burocrática.

Ademais, a regularidade das empresas licitantes perante o INSS, FGTS e fisco é certificada e comprovada através da apresentação das CNDs na fase de habilitação e contratação pela atualização do SICAF, cuja consulta é on-line e automática pela Administração Pública sendo desnecessárias tais documentos, principalmente condicionando-as à realização dos pagamentos mensais, o que certamente poderá atrapalhar o processo mensal de cobrança.

Acrescenta-se ainda a Lei das Licitações, aplicada subsidiariamente na modalidade de Pregão, de acordo com o art. 9º da Lei 10.520/02, traz em seu bojo normas procedimentais que regem o desenrolar do certame com uma clareza ímpar. Expõe nos art. 27 a 32 os documentos mínimos exigidos em termos de habilitação do certame, não sendo admitida a apresentação de documentos de forma diversa e excessiva da estipulada em lei, por tratar-se o Edital de Lei interna de toda Licitação.

Considerando que tais exigências são excessivas, pois não é praxe em licitações dessa natureza promovidas pelos órgãos públicos no país e sequer encontra amparo na legislação sobre o tema, requer-se a modificação do instrumento convocatório, dos itens em destaque, exigindo, ao invés da apresentação mensal de tais documentos, que a comprovação de regularidade com as obrigações trabalhistas seja feita apenas na fase de habilitação, ou através da consulta online ao SICAF.

V – DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando o **Ministério Público do Piauí** selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos serviços contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção das incoerências aqui apontadas. Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração do edital nos termos propostos acima. Ainda, na hipótese do I. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digno-se a recebê-las como impugnação aos termos do edital, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

27, de setembro de 2011.



PROCURADOR
GUSTAVO HENRIQUE LOPES DIAS
Gerente de Contas Corporativas
EMBRATEL – Diretoria Leste-Nordeste-Sul