



PARECER N° 138/17

1. Identificação

De: André de Sousa Roepke - Procurador

Para: Anselmo Lessa - Procurador-Geral

Objeto: Processo Licitatório n.º 04-2017 - Impugnações ao Edital apresentada por Oi Móvel S.A.

Órgão Consulente: Presidência da Câmara Municipal

2. Síntese dos Fatos

Trata-se de pedido de parecer jurídico feito pela Presidência da Câmara sobre a impugnação ao edital do pregão de n.º 04-2017.

Tem o edital por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviço de telefonia móvel.

A impugnação é apresentada por Oi Móvel Ltda.

Recebida a impugnação, suas razões foram objeto de apreciação pela Pregoeira.

Remetidos os autos à Presidência da Câmara, pediu tal órgão superior parecer jurídico sobre a impugnação apresentada.

É a síntese do necessário.

3. Do Direito



3.1. Preliminarmente: possibilidade de conhecimento da presente impugnação

Dispõe o item 8.1 do Edital que até o segundo dia útil que anteceder a data fixada para a abertura da licitação, qualquer empresa interessada em participar da licitação poderá impugnar o ato convocatório.

A impugnação foi apresentada em 10 de abril de 2017 (segunda-feira), conforme se verifica da informação de fl. 152. Já a abertura da licitação estava originariamente marcada para o dia 13/04/2017, conforme preâmbulo do Edital. Por conseguinte, a impugnação foi apresentada tempestivamente.

Também foi a impugnação apresentada de forma articulada, assinada e com a regular identificação do impugnante.

Por conseguinte, opina-se pela possibilidade de recebimento da impugnação autuada às fls. 127 a 151. Passa-se, então, no item colocado a seguir, para o exame do mérito da impugnação.

3.2. Do mérito

3.2.1. Da impossibilidade de permissão de participação de consórcio na presente licitação (impugnação ao subitem 2.8.7 do Edital).

Conforme a própria impugnante reconhece a impugnante em seu arrazoado, a permissão de participação de consórcio por edital de licitação pode ou não restringir a competitividade do certame. Tudo depende, na verdade, da complexidade e das dimensões do objeto.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral



Importa dizer: em empreendimentos *de grande vulto*, como seria, por exemplo, a construção de complexas obras de infraestrutura, a participação de consórcios há de ser aceita, sob pena de restringir ainda mais um universo, já por natureza restrito, de eventuais interessados, efetivamente capazes de cumprir todos os requisitos de habilitação exigidos para esse tipo de obra.

Ao contrário, em se tratando de serviços e bens de *baixa complexidade*, a permissão de participação de consórcios, pode restringir um universo de competição que já existe no mercado em condições normais, e que sem consórcio de espécie alguma, já consegue operar com margem de lucro que permita sua permanência no mercado, conseguindo então entregar, na maioria das vezes, os produtos contratados nos termos contratados.

A última hipótese é que a se verifica no caso em tela. Conforme especificação do objeto do edital (item 4.7.1 do termo de referência), busca a Câmara Municipal contratar *apenas serviço móvel de pessoal (SMP) para 10 (dez) acessos móveis!*

Não se verifica de que maneira a disponibilização de 10 (dez) linhas de celular por uma empresa de telefonia celular (qualquer que seja ela), possa ser considerada um serviço complexo, de enorme envergadura, e que exija necessariamente a participação de consórcios para viabilizar a contento a prestação do serviço.

Tal alegação, então, há de se totalmente repudiada, eis que inaplicável à natureza específica da presente licitação, que, conforme visto, busca apenas contratar o serviço de dez linhas de aparelho celular.


3




Tem-se a impressão que a impugnante, no que pertine ao item ora analisado, limitou-se a colocar uma alegação padrão, sem atentar para a especificidade do edital que pretendeu impugnar.

3.2.2. Da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao objeto da licitação (impugnação ao subitem 3.2.6.2 do Edital)

Insurge-se também a impugnante contra a previsão editalícia constante no item 3.2.6.2, e segundo a qual é possível aplicar-se ao contrato também as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Tal alegação não merece prosperar.

Ao contrário do alegado pela impugnante, o dispositivo impugnado não é de molde a relativizar a regra de que o edital é a lei da licitação.

Naturalmente que é da tônica de qualquer licitação que o órgão licitante estabeleça de forma unilateral as regras regentes do contrato.

Mas tal capacidade não é de molde a aplicar o uso subsidiário de regras legais existentes sobre o tema.

Ademais a impugnante não demonstra nenhuma incompatibilidade específica que poderia haver entre o texto do edital e o CDC.

Handwritten signature

Handwritten signature



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral



Ainda: o uso do CDC se daria em caráter subsidiário, e não supletivo, caso eventualmente necessário. Importa dizer, o uso do CDC poderia se dar tendo em vista suprir uma hipotética lacuna (não apontada em momento algum pela impugnação). Esse é o uso, eventual, de uma lei, em caráter subsidiário.

Diferentemente é o uso supletivo de uma lei em relação a outra. Nesse caso, uma lei é considerada genérica, e outra, supletiva, mais específica, lhe complementa o sentido e viabiliza a aplicação necessariamente integrada de ambas. Mas não se vislumbra em momento algum a pretensão de aplicação supletiva do edital e do CDC, simultânea e conjuntamente.

E mesmo que se pretende aplicar supletivamente o CDC ao regramento constante no edital impugnado, mesmo aí não haveria problema algum, segundo se poderia legitimamente supor. É que ao contrário do alegado pela impugnante, os 10 chips de celular que se busca contratar serão sim utilizados pelos vereadores desta Casa, na qualidade de *destinatários finais* do produto.

Ou seja: o órgão legislativo que está a contratar o serviço de telefonia para os edis, não só pode, como deve ser considerado como consumidor, se tal for necessário para sanar alguma hipótese de lacuna do edital (que, conforme já dito, não é apontada em momento algum pela impugnante).

Na verdade, a exemplo do verificado no item anterior, tem-se a impressão que a impugnante usou modelo padrão de impugnação, sem atentar para as especificidades da presente licitação. Tanto é assim que chega ela a dizer que "*empresa estatal licitante não poderia ser configurada como consumidora, vez que não utiliza os serviços contratados como destinatária final*".

OP

J



Oras, esta Câmara Municipal não só não é uma empresa estatal, como efetivamente vai usar o serviço contratado como destinatária final, ou seja, como consumidora, nos termos da legislação federal consumerista.

Por conseguinte, a alegação constante no item 2 da impugnação também deve ser totalmente repudiada.

3.2.3. Dos documentos de habilitação (impugnação aos subitens 4.3.1.2 e 4.3.1.3 do Edital)

No item 3 do seu memorial, contesta a impugnante a regularidade do subitem 4.3.1.2 do Edital.

Exige o referido subitem da proponente que está presente termo de autorização OU declaração de que detém a concessão dada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), para a prestação do serviço móvel pessoal.

Segundo a impugnante, tratar-se-ia de exigência despicienda, eis que a referida concessão poderia ser comprovada também por uma outra espécie de documento, e que seria a apresentação de um extrato de termo de autorização celebrado com a ANATEL.

A alegação contida no item 3 do memorial da impugnante também há de ser totalmente repudiada, e isso em razão dos seguintes motivos:

A uma porque o documento exigido pelo item 4.3.1.2 tem direta relação com o objeto da licitação;

OR

J.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral



A duas porque a posse pela impugnante decorre de exigência legal, e não de regra puramente editalícia (hipótese que, se presente, poderia, em tese, configurar afronta ao Princípio da Legalidade);

A três porque a própria impugnante reconhece que o documento exigido pelo edital pode ser obtido junto à rede mundial de consumidores. Não há que se falar, então, em criação de ônus exagerado, que poderia implicar afronta ao Princípio da Razoabilidade;

A quatro porque os argumentos ventilados pela impugnação nesse tópico, sobre diminuição significativa de documentos na licitação, remetem-se a juízo de mérito administrativo, legítimos na medida em que não demonstrada afronta a nenhuma regra legal específica;

A cinco, ao final, porque a própria impugnante não aponta nenhum dispositivo legal ou mesmo princípio de Direito Administrativo que teria restado afrontado pela exigência constante no subitem 4.3.1.2 do Edital (até porque ilegalidade não existe).

No mesmo item 3 do memorial da impugnação, também se questiona a regularidade da exigência constante no subitem 4.3.1.3 do Edital.

Exige o mencionado subitem que a empresa participante da licitação apresente entre os documentos de habilitação o plano básico de serviço ou plano alternativo de serviços da prestadora para a área de cobertura de Santa Catarina, aprovado pela ANATEL.

OP.

J.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral



Quanto ao subitem 4.3.1.3, também não há que se fazer ressalva quanto à regularidade da exigência contida em seu texto, e isso em razão dos seguintes motivos:

A uma porque o referido subitem está redigido de forma clara, e apenas exige a apresentação de um documento que tem relação direta com o objeto da licitação;

E a duas porque exige-se a apresentação de documento que a impugnante já é obrigada a possuir por força de lei, e sem o qual, ademais, não poderia prestar licitamente o serviço que o presente edital pretende contratar.

Mais uma vez, tem-se a impressão de que a impugnante apenas busca sindicatar o mérito de decisões administrativas, sem apontar ilegalidade alguma que questione a validade destas.

3.2.4. Da regularidade do prazo de 10 (dez) dias para o início da execução do serviço (impugnação ao item 10.9 do Edital e item 8.1 do Anexo I do Edital).

Exige o Edital em seu item 10.9 que, uma vez assinado o contrato, a proponente deverá entregar à Assessoria Administrativa da Câmara os chips SIM e/ou MICROSIN CARD conforme disposições insertas no edital, *em até 10 (dez) dias a contar do recebimento da ordem de serviço emitida pela Câmara Municipal.*

Pelo que se lê do item 4 da impugnação, entende a impugnante que dez dias para fornecer dez linhas de celular é um prazo exíguo!

Venia concessa, tem-se mais uma vez a impressão de que se utilizou modelo de impugnação de edital elaborado



originariamente para impugnar edital de licitação cujo objeto era muito mais complexo e de grande vulto que o da presente licitação.

Aliás, note-se que justamente por saber que os chips não existem para pronta entrega, é que o edital prevê um prazo de dez dias, prazo mais razoável caso se considere tanto a absoluta singeleza do objeto que ora se pretende contratar, quanto a estrutura administrativa possuída por uma empresa do porte da licitante.

De todo o modo, mais uma vez o que se tem, rigorosamente falando, é uma tentativa de questionar o mérito de decisões administrativas, sem se apontar nenhuma afronta a regra legal ou mesmo princípio da Administração Pública.

3.2.5. Previsão de multas abusivas (impugnação aos itens 17.2 e 17.3 do Edital).

Os itens 17.2 e 17.3 do Edital fixam multa no valor de 20% (vinte por cento) sobre o valor contratado, em caso de descumprimento das obrigações contratadas.

No entender da impugnante, conforme item 5 de seu memorial, tratam-se de valores fixados de maneira abusiva.

De fato, os valores mostram-se exagerados, e poderiam figurar uma cláusula destituída de razoabilidade, na medida em que enseja a eventual aplicação de penalidade desproporcional.

Assiste razão a impugnante, no que pertine a insurgência colocada no item 5 de seu memorial.



De toda maneira, sobre tal alegação não que se fazer maiores considerações, eis que a própria pregoeira, em sua manifestação, apontou ter havido erro de digitação, o qual será objeto de retificação.

Por conseguinte, conforme já dito acima, tem-se como correta a alegação contida no item 5 do memorial da impugnação.

Ainda assim, tem-se que tal impugnação perdeu o objeto, pelo próprio fato da pregoeira ter declarado que se tratou de erro material de digitação, já reconhecido e sanado pela Administração.

3.2.6. Possibilidade de retenção de pagamento (impugnação da cláusula quarta, item 4, do Anexo V do Edital)

Dispõe o item 4 da cláusula quarta do Anexo V do Edital que nenhum pagamento será efetuado à empresa enquanto houver pendência de liquidação de obrigação financeira, em virtude de penalidade ou inadimplência contratual, não caracterizando atraso por parte da Câmara Municipal.

Insurge-se a impugnante contra tal exigência no item 6 de seu memorial. Afirma a impugnante que se trata de espécie de penalidade criada pelo Edital, mas que não tem amparo na Lei n.º 8.666, de 21/06/1993.

A alegação da impugnante, contida no item 6 de seu memorial, mostra-se correta.

De fato, a não apresentação de documentos de habilitação durante a execução de contrato não pode ser usada

OB

J.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral



como justificativa de retenção de pagamento de serviço que foi efetiva e regularmente prestado por empresa contratada.

Proceder de forma diferente implicaria permitir à Administração ter enriquecimento sem causa. Permitiria à Administração usufruir plenamente de um serviço, e não pagar nada por ele.

Também implicaria transformar o órgão licitante, *durante toda a execução do contrato*, em órgão fiscalizador do cumprimento de obrigações tributárias, situação totalmente estranha à própria finalidade da licitação, que é selecionar e *manter* a proposta comercial mais vantajosa para a Administração Pública.

Implicaria, enfim, coagir de forma indireta uma empresa contratada a regularizar suas obrigações com outros órgãos públicos, inseridos no mais das vezes dentro da estrutura de outros entes federados, estranhos ao órgão licitante.

Ademais, conforme bem observado pela impugnante, a retenção prevista no edital é modalidade de sanção que não tem respaldo na lei de licitações, configurando sua adoção abusiva, também do ponto de vista da absoluta falta de fundamento legal para o procedimento pretendido.

Por conseguinte, merece o item seis da impugnação ser acatado.

De todo o modo, segundo se verifica, o próprio órgão licitante já atentou para a falha do edital. É o que se verifica da manifestação da pregoeira sobre o mérito da impugnação.

OP.

L.



Já tendo a Administração, então, atentado para a impropriedade da exigência contida no Anexo V do Edital, pode-se dizer que a impugnação contra o item 4 da cláusula quarta daquele perdeu o objeto.

4. Conclusão

Por todo o exposto, e salvo melhor juízo, opina-se pelo conhecimento da impugnação apresentada por Oi Móvel Ltda.

No mérito, opina-se pela possibilidade de provimento das impugnações descritas nos itens 5 e 6 do memorial da impugnação.

Todavia, exame da manifestação da pregoeira da Câmara Municipal demonstra que os itens questionados nos itens 5 e 6 da impugnação serão retificados pela Administração. Vislumbra-se, então, na prática, perda do objeto da impugnação.

Quanto à manifestação da pregoeira, verifica-se correção no procedimento de:

1. Retificação dos itens 17.2 e 17.3 do Edital (de molde a adequá-los com o valor da multa já prevista na cláusula décima do Anexo V do Edital).

2. Supressão da restrição constante no item 4 da cláusula quarta do Anexo V do Edital.

É o parecer, *sub censura*.

Blumenau, 17 de abril de 2017.


André de Sousa Roepke

Procurador

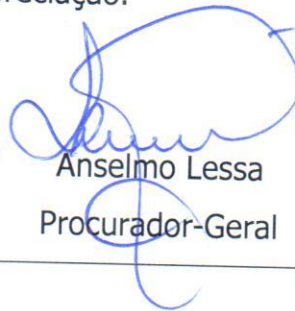


Em despacho:

Aprovo o Parecer n.º 138/17, exarado no Processo Licitatório n.º 04/2017, pelo Procurador André de Sousa Roepke.

À Presidência, para exame e apreciação.

Blumenau, 17 de abril de 2017.



Anselmo Lessa
Procurador-Geral

Em despacho:

Acato o Parecer Jurídico n.º 138/17, o qual uso como razão de decidir.

Conheço da impugnação ao edital apresentada por OI Móvel Ltda.

No mérito, dou provimento parcial a impugnação apresentada, nos termos recomendados no referido parecer jurídico.

À Pregoeira para conhecimento da presente manifestação, e tomada das providencias cabíveis

Blumenau, 17 de abril de 2017.



Marcos da Rosa

Presidente da Câmara Municipal de Blumenau