



ILMO. SR. PREGOEIRO DO CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO PARÁ

Ref. : PREGÃO PRESENCIAL Nº 10/2016

A **CLARO S.A.**, Pessoa Jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, com sede na Rua Flórida, 1.970, Monções – São Paulo – SP, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse i. Pregoeiro, apresentar

IMPUGNAÇÃO

pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1. Ao analisar o Edital em epígrafe observa-se disposição que atenta contra os princípios da legalidade e da competitividade, podendo, por esta razão, afastar interessados neste Pregão e conseqüentemente impedir que o CRCPA selecione e contrate a proposta mais vantajosa.
2. É com o objetivo de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.

I – DA AMPLA COMPETITIVIDADE E OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA/RAZÃO DE SER DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO/INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O item 5.5 do Edital expressa que só poderão participar desta licitação exclusivamente microempresas e empresas de pequeno porte, em obediência à Lei Complementar nº 147/2014.



Entretanto, uma vez que o objeto da presente licitação é igualmente prestado por empresas que não se enquadram nestas modalidades societárias, restringir a licitação a tais empresas configura uma afronta à Constituição Federal, bem como aos princípios de Direito Administrativo, pelos seguintes motivos: (i) a Lei Geral de Licitações não prevê, tampouco permite que se proceda a licitação para somente um grupo de empresas, quando o objeto pode ser prestado por múltiplas sociedades; (ii) existem mecanismos de desempate e distinção na Lei Complementar 123/2006, de modo a não permitir que grandes empresas obstaculizem a contratação das microempresas e empresas de pequeno porte; (iii) direciona o Edital e a futura contratação para poucas empresas locais, quando existem outros tantos interessados em oferecer suas propostas, uma vez que a licitação tem caráter universal; (iv) não busca a ampla competitividade, uma das razões de ser do procedimento licitatório, frustrando, por conseguinte, a obtenção de preços realmente vantajosos para a Administração; (v) cria uma espécie de regime de “quotas” como se as ME e EPP fossem sempre prejudicadas em detrimento das grandes empresas; (vi) ao não promover licitação que homenageie a ampla competitividade, esta r. Administração está ferindo o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, uma vez que tal Interesse somente será plenamente atingido caso haja verdadeira competitividade de preços.

Tal exigência fere, ainda, ao Princípio da Ampla Competitividade, tendo em vista que veda peremptoriamente a participação das demais licitantes, que se veem impedidas de concorrerem neste certame, não obstante possuírem tecnologia da mais alta qualidade mediante oferta de preços realmente atrativos. Ademais, a descrição do Edital nos moldes atuais inevitavelmente favorece a poucas empresas – as quais já possuem as proteções especiais elencadas na Lei Complementar 123/2006 e seus correlatos, e somente aquelas –, o que igualmente vai de encontro ao Princípio da Isonomia, fator primordial de qualquer licitação.

É este, inclusive, o espírito da lei 8.666/93 quando dispõe sobre a isonomia e ampla competitividade no seu Art. 3º, §1º, I, senão vejamos:

“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (...)”





§1º - **É vedado** aos agentes públicos:

I – 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. (grifos nossos)

Bem neste sentido ensina-nos o brilhante doutrinador Hely Lopes Meirelles (in, Direito Administrativo Brasileiro, 2003, p. 265) lecionando que **“igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que favoreçam uns em detrimento outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais.”** (grifo nosso).

Ainda sobre o Princípio da Isonomia, destaca-se o ensinamento do ilustre Jessé Torres Pereira Júnior, (“Licitações de Informática”, Renovar, 2000, pág. 30):

“(i) O Princípio da Igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento.” (grifo nosso)

Neste arrazoado, cumpre descrever o que nos ensina o festejado Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do tema:



“O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração. O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar a oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.”

Nesta mesma esteira, quanto ao princípio da isonomia, menciona Joel de Menezes Niebuhr (in “*Princípio da isonomia na licitação pública*”. Florianópolis: Obra jurídica, 2000) que:

“Destarte, a isonomia e a eficiência caminham juntas, permeando o princípio da competitividade. É por esse princípio que ambas se unem, formando a essência da licitação pública. A competitividade tem o condão de juntar a isonomia e a eficiência. Sem isonomia não há competitividade e, no mesmo plano, sem competitividade não há eficiência.

O princípio da competitividade significa exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhe serão encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.

(...)

Para Carlos Ari Sundfeld, a competição, tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar. Daí que a Administração esteja obrigada a ensiná-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhes limites, barreiras ou dificuldades desarrazoadas. O caráter competitivo é da essência da licitação.” (grifos nossos).





Segundo a jurisprudência pacífica do E. Tribunal de Contas da União, a exemplo da decisão de lavra do Eminentíssimo Ministro Bento Bulgarini, adiante transcrita verificamos a necessidade de estrita observância à isonomia e ampla competitividade, senão vejamos:

"A licitação possui, assim, dois objetivos primordiais: assegurar a igualdade de oportunidade entre os interessados em contratar com a Administração Pública e propiciar a seleção da proposta mais vantajosa para o Poder Público. (Decisão 570.92 - Plenário - Ata 54.92)

Consoante se depreende acima, a Administração está obrigada a ensejar, favorecer e estimular a ampla competitividade. Tal obrigação, como já visto, decorre da lei (art. 3, §1º, I c/c art. 44, §1º da lei 8.666/93), a qual está intimamente atrelada mediante o Princípio da legalidade que significa que a Administração somente pode fazer aquilo que a lei lhe permite; nada além e **nada aquém da lei.**

É notório que a restrição à participação de outras empresas, apesar de amparada pela Lei Complementar n. 123/2006, não é absoluta, conforme expressa o inciso I do artigo 48:

"Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública **poderá** realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)".

Assim sendo, no dispositivo legal citado evidencia-se a palavra "poderá" e não "deverá" comprar exclusivamente através de ME/EPP, sendo facultada à Administração prover outra forma de aquisição desde que motivada e com amparo legal. Nessa esteira, é possível desencadear o entendimento quanto à flexibilização da limitação ora imposta, tendo como respaldo o Decreto n. 8.538/2015, conforme artigos transcritos abaixo:



“Art. 6º Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”

Em sequência, o art. 10. dita:

“Art. 10 Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando:

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado” (destaque nosso).

O que se observa é que a Lei Complementar 123/2006 visa ampliar a participação das ME/EPP nas licitações, mas não elevar a hipossuficiência econômica das mesmas acima do interesse público. Dessa forma, é importante sopesar princípios pertinentes ao presente certame como o da competitividade, da economicidade e da eficiência, buscando-se a “proposta mais vantajosa para a administração”

Pelos motivos acima expostos e fundamentados, é imperioso que sejam excluídos os termos do Item 5.5 do Edital, que vedam a participação de outras licitantes que não sejam microempresas ou empresas de pequeno porte, de modo a não direcionar o certame a poucas licitantes, tendo em vista a existência de outras tantas licitantes interessadas em participar deste certame e fornecer serviços da mais alta tecnologia, qualidade e preço, não lhes sendo possível com a atual descrição editalícia do objeto.

Ademais, o item 5.2 do Termo de Referência apresenta a seguinte exigência:

5.2. BACKBONE:

5.2.1. Mínimo de cidades interligadas: 10 (dez);

5.2.2. A rede IP da Contratada deverá ter conexão com no mínimo um backbone internacional dedicado com velocidade de pelo menos 622Mbps, além de backbone nacional no Brasil a 622Mbps;

5.2.3. Os links e as portas de acesso ao centro de roteamento da Contratada deverão ser exclusivos e dedicados, não podendo haver compartilhamento com outros usuários.



Entretanto, dúvidas não há de que Microempresas e Empresas de Pequeno Porte não possuem Backbone internacional, o que corrobora a impertinência da regra insculpida no item 5.5 do Edital, que deve ser excluída do Instrumento Convocatório.

II – DO PRAZO PARA INÍCIO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – ITEM 14.1 DO EDITAL, ITEM 10.1 DO TERMO DE REFERÊNCIA E CLÁUSULA QUINTA DA MINUTA DE CONTRATO

Os itens em comento apresentam prazo de 7 (sete) dias corridos contados da assinatura do Contrato para a entrega e ativação dos serviços contratados. É cediço, entretanto, a necessidade de estipular prazo exequível, condizente com a complexidade do objeto e segurança contratual que se pretende obter.

A fim de se respeitar a razoabilidade e a boa fé objetiva do presente certame – visto que do contrário, as licitantes incorrerão em grave e desproporcionado risco de penalidades contratuais –, faz-se necessária a previsão de tal prazo dentro de parâmetros revestidos de razoabilidade e proporcionalidade.

Desta feita, é imperioso que o prazo em comento seja fixado em pelo menos 45 (quarenta e cinco) dias, de modo a tornar plenamente exequível o futuro Contrato. Qualquer outro prazo ensejará aumento abrupto e desnecessário dos riscos de penalidades para o particular quando da contratação dos serviços, o que além de acarretar uma maior oneração para a Administração Pública sob a forma de repasse financeiro nas propostas a serem apresentadas, configura-se como uma regra que fugirá às inteiras da razoabilidade e da comutatividade contratual que se pretende com a licitação. Ademais, há que se cogitar os sérios riscos de aplicação de outras penalidades contratuais, inclusive as decorrentes da hipótese de rescisão do contrato, cujo risco imensurável poderá afastar deste Certame os eventuais interessados.

Desta feita, pugnamos para que o Instrumento Convocatório conste prazo não inferior a 45 (quarenta e cinco) dias para que seja implantado o serviço demandado relativo ao objeto da presente licitação.



**III - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE –
ITEM 12 DO EDITAL, ITEM 13 DO TERMO DE REFERÊNCIA E CLÁUSULA SÉTIMA DA
MINUTA DE CONTRATO**

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 é 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.

Cabe ressaltar ainda, que as penalidades elencadas no presente certame, constituem cláusulas moratórias, de sorte que, sua conceituação legal visa apenas penalizar o contratado pelo efetivo período de atraso na prestação dos serviços. Desta forma, a **imposição de multa que pode alcançar o equivalente a 30% (trinta por cento) do valor total do Contrato, mostra-se extremamente excessiva e desproporcional.**

Verifica-se no referido dispositivo, que a Administração Pública estabelece critério demasiadamente oneroso para aplicação da multa acima descrita, o que não se mostra razoável.

Destaca-se que a necessidade de se adequar a penalidade aplicada 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 no edital e seus anexos devem ser revistos, de modo a ser aplicada com razoabilidade e proporcionalidade, bem como visando apenas imputar um ônus a Contratada somente pela inexecução parcial do serviço, devendo-se calcular a multa sobre a parcela mensal do contrato, ou no máximo, sobre a parcela inadimplida, evitando enriquecimento sem causa por parte da Contratante e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e buscando seu único fim, qual seja, o ressarcimento da mora, e não gerar o desequilíbrio do contrato.

Frisa-se também que tais imposições extrapola o limite de 10% sobre o valor do fornecimento não realizado, teto máximo estabelecido tanto pelo Decreto nº 22.626/33 como pela Medida Provisória nº 2.172/01 e aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e a Administração Pública. Ressaltamos ainda que não consta na Lei 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal; não pode a Contratante, assim, desconsiderar regulação específica que veda o locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.



O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

“Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiam outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis-, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)”

Neste sentido, extrai-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Valem dizer, as consequências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.

Por todo o exposto, requer a adequação das penalidades elencadas no edital em epígrafe e seus anexos, para que as multas observem o **limite de 10% (dez por cento) sobre o valor da obrigação inadimplida no caso de inexecução parcial sobre a parcela inadimplida e 10% (dez por cento) sobre o valor total do contrato em caso de inexecução total.**



IV – DA CONCLUSÃO E PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do Edital em comento nos itens supramencionados é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando ao CRCPA selecionar a proposta mais vantajosa para os serviços a serem contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção da incoerência aqui apontada.

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, dando-se PROVIMENTO à presente Impugnação, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

Belém, 01 de novembro de 2016.

Representante Legal

CLARO S/A

Maik M. Aquino da Cruz
Gerente de Contas – GE/GOV
Corporativo PA
Claro NO

