



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
MJ - DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL
COORDENAÇÃO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

ANÁLISE DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

Brasília-DF, 15 de junho de 2011.

Ref.: Pregão Eletrônico nº 02/2011 – CTI/DPF

Processo n.º 08206.001284/2010-37

Seguem abaixo:

- O pedido de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 02/2011 – CTI/DPF;
- As razões apresentadas pela Coordenação de Tecnologia da Informação do Departamento de Polícia Federal por meio da Divisão de Telecomunicação e do Setor de Apoio Administrativo; e
- A decisão do Pregoeiro.

Do Pedido de Impugnação

**ILUSTRÍSSIMO SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL
COORDENAÇÃO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

Ref. : Pregão Eletrônico n.º02/2011

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. Presidente, 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 omissões e disposições que atentam contra os princípios da legalidade e da competitividade, por esta razão, poderão afastar interessados neste Certame e conseqüentemente impedir que a Administração 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.

DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Edital prevê a possibilidade de glosa quando da aplicação de multas que ultrapassem o valor da garantia sem a garantia da ampla defesa e contraditório (cláusula 18.1 do edital).

Data máxima vênia, a manutenção da cláusula referida atenta aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, todos insculpidos na Carta Magna.

Assim é que o princípio da legalidade, insculpido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal e corroborado pelo *caput* do art. 37, explicita a subordinação da atividade administrativa à lei.

No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, conceitua que: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”

Ainda, segundo a melhor doutrina, Henrique Savonitti Miranda, assevera que “O gestor público não age como dono que pode fazer o que lhe pareça mais aprazível. Diz-se, então, que o Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. Daí decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, **fundamento maior da obrigatoriedade da realização de licitações** antecedendo à celebração de contratos.”

Resumindo, pode-se afirmar que o princípio da legalidade é de suma importância em matéria de licitação, pois constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei. Todas as suas fases estão rigorosamente delineadas pela Lei 8.666/93 que, em seu art. 4º trata do direito público subjetivo à fiel observância do seu pertinente procedimento, o que assegura a qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento. Essa obrigatoriedade atinge a todos os agentes públicos que, no exercício de suas funções, não poderão desvincular-se das balizas impostas pelas Normas de Direito Administrativo que incidam sobre o tema das Licitações e Contratos, sob pena de ilegalidade dos atos que praticarem, e do desencadeamento de sanções civil, penal e administrativa.¹

Assim é que o Estado de Direito é, portanto, aquele que define e respeita, por meio de normas jurídicas, os limites de sua atividade, tendo em vista especiais fins, de sorte que estes objetivos têm de estar previamente fixados². Nesse sentido, é cristalina a previsão da ampla defesa e do contraditório na Carta Magna.

A ampla defesa é instituto concebido em favor da segurança jurídica. A ausência de previsão de prévia apresentação de defesa quando da rescisão ou da aplicação de multas ao contratado é fato que a Lei veda de forma expressa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que “a segurança jurídica tem muita relação com idéia de respeito à boa-fé”. Assim é que se a Lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações

¹ Henrique Savonitti Miranda – Licitações e Contratos Administrativos – Ed. Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas.

² O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais – Suzana de Toledo Barros Ed. Brasília Jurídica.

jurídicas variáveis no tempo. Se a Lei prevê a ampla defesa e o contraditório para que se profira decisão num Processo, o fim desejado é exatamente o da segurança jurídica. Dessa forma, não pode ser outro o entendimento desse d. Órgão. Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo, 20ª edição, assim assevera:

“As leis administrativas são, normalmente de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.

(...)

Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública.”

De todo o exposto, com devida vênia, a Embratel entende que a cláusula referida deve ser retirada deste edital.

**DA AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DO TRIBUTO ICMS APLICÁVEL AOS
SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LICITADOS, QUEBRANDO A ISONOMIA DO
JULGAMENTO DAS PROPOSTAS**

Nos termos do artigo 2º, III da Lei Complementar 87/96, **o fato gerador do ICMS - Comunicação é a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.**

Por serviço de comunicação entende-se o ato de transmitir, de uma pessoa para outra, informação codificada, incidindo o ICMS quando esta se dá de maneira onerosa. Neste sentido, a ANATEL, agência reguladora do setor, se manifestou em 27 de abril de 2006, por meio do Ofício nº 113/2006/SUE - Anatel, que:

“De acordo com o artigo 60 da Lei n.º 9472 - Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infra-estrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas, etc.) são parte integrante da prestação do serviço de telecomunicações...

*Para prestar acesso à Internet em 'Banda Larga', a despeito da tecnologia utilizada (DSL, HF, CATV, etc.), são necessários dois serviços: **um serviço de telecomunicações provido pelas prestadoras de serviços de telecomunicações através das autorizações a elas conferidas pela Anatel**, e o Serviço de Conexão à Internet, que é um Serviço de Valor Adicionado prestado pelos provedores Internet. **O serviço de telecomunicações constitui o suporte provido pelas redes de telecomunicações para viabilização do Serviço de Conexão à Internet, que proporciona a troca de informações entre os equipamentos de usuários conectados à Internet, serviço regularmente enquadrado como Serviço de Valor Adicionado, nos termos do artigo 3º da Norma 04/95.**”*

Em complemento ao citado no item 3 deste Informe, no entendimento da Anatel, os serviços providos por meio das redes das empresas detentoras de licença expedida por esta Agência (STFC, SRTT, SCM ou SLE) – redes estas constituídas por equipamentos, sistemas e infra-estrutura de telecomunicações, tanto para a viabilização de acesso do usuário quanto para o encaminhamento do tráfego ao backbone da Internet, constituem serviços de telecomunicações.”

Neste sentido, vale trazer a conhecimento a **RESPOSTA À CONSULTA à SEFAZ/DF** realizada por essa signatária no sentido de se perquirir a respeito da incidência do ICMS na contratação de serviços de telecomunicações no Pregão Eletrônico n.º 22/7855-2010-GILIC/BR-CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

O entendimento da Secretaria de Estado de Fazenda de Planejamento do Distrito Federal foi no sentido de que “no certame referente ao Pregão Eletrônico n.º 022/7855-2010-GILIC/BR, no preço total do serviço de telecomunicações devem ser incluídos todos os custos relativos a infra-estrutura, equipamentos e demais

atividades descritas no respectivo edital, compondo, assim, a base de cálculo do ICMS, por força do disposto nos art. 2º e 34 do RICMS/DF. Nesse nexo, afirma-se que a contratação decorrente do resultado do pregão eletrônico encerrará os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e meios físicos que acrescerão facilidades que otimizam ou agilizam o processo de comunicação, sem que possa dissociá-los do objeto do contrato que é de prestação de serviço de telecomunicações. Vale dizer, sempre que a referida prestação englobar quaisquer meios e modos aptos e necessários à geração, à emissão, à recepção, à transmissão, à retransmissão, à repetição e à ampliação e à transferência unilateral ou bilateral de mensagens, símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, tais meios comporão a base de cálculo do ICMS, ensejando a aplicação do regime de tributação próprio da prestação do serviço de comunicação.”

O Edital não observa um julgamento de preços pautado na legalidade e nos princípios basilares de todo procedimento licitatório, especialmente o Princípio da Isonomia, previsto na Constituição Federal e no artigo 3º, caput, da Lei 8666/93, que consiste em assegurar a todas as licitantes participantes do certame, um tratamento isonômico e livre de qualquer vantagem financeira.

A inobservância deste princípio, permitirá um julgamento sem critérios objetivos e claros, sem especificar e apurar devidamente o tributo incidente sobre o serviço licitado, criando um cenário duvidoso e sem equidade na seleção da proposta mais vantajosa, especialmente quando no mercado se depara com empresas que sonegam ou omitem impostos devidos nas propostas.

DA INADEQUAÇÃO DO VALOR ESTIMADO PARA A CONTRATAÇÃO

Trata-se da contratação da prestação de serviços de telecomunicações, de conformidade com as condições estipuladas no presente Edital, cujo valor estimado impossibilita a participação da Embratel no certame.

Assim, solicitamos que os valores unitários estimados para os itens SMP LDN sejam corrigidos com os valores divulgados hoje pela ANATEL, pois os preços apresentados pelo edital são inexecutáveis praticando tarifas bem abaixo do preço praticado no mercado. As tarifas presentes na planilha no ANEXO II para VC2 e VC3 estão bem abaixo que as tarifas praticadas no preço de tabela da Embratel (VC2 (MM e MF): 1,11719 e VC3 (MM e MF): 1,27115) e de outras operadoras, assim tais preços estimados podem impedir a nossa participação no certame.

Desse modo, a Embratel quer evidenciar a partir da estrutura de preços apresentada, a prática de preços totalmente diversa dos valores atualmente praticados, face aos valores de mercado dos serviços licitados.

Assim, é a presente para expor o entendimento de que a estimativa cotada não poderá atender às especificações e características técnicas que serão demandadas, fato que em última análise não atenderá ao objetivo do certame em tela, ou seja, uma proposta que atenda de forma eficiente à necessidade da Administração Pública.

Dessa forma, cabe enfatizar que a manutenção do valor estimado apresentado ferirá o Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, *caput* da CF) que rege a Administração Pública.

Ao adequar o valor estimado para a demanda, a Administração alcançará uma eficiente contratação, evitando ainda a hipótese de uma licitação fracassada, o que em última análise proporcionará economia para os cofres públicos obedecendo ao Princípio Legal da Economicidade.

Isto posto, conclui-se que o valor estimado deve se adequar às leis e normas vigentes sobre a matéria licitada, principalmente tratando-se de normas de Direito Público.

É neste sentido que a doutrina dispõe acerca da **LEGALIDADE, LIVRE E JUSTA COMPETIÇÃO** e demais princípios que lhes são correlatos.

Face todo o exposto, e após demonstrados os fatos alegados, **requer a adequação do valor estimado para a futura contratação de modo que a Administração Pública possa alcançar uma contratação firme que atenda à sua necessidade, especialmente quanto a proposta de preços e à adequação técnica.**

N. Termos,
P. Deferimento.
Brasília, 14 de junho de 2011.

Da análise do mérito

Trata-se de pedido de impugnação do Edital do pregão nº 02/2011-CTI/DPF interposto pela empresa EMBRATEL S/A.

Em síntese a LICITANTE solicita:

- a) A retirada do item 18.1 do Edital alegando que a referida cláusula atenta aos princípios da ilegalidade, da ampla defesa e do contraditório;
- b) Especificação do tributo ICMS aplicável aos serviços de telecomunicações licitados, visando pautar o julgamento de preços nos

princípios basilares do procedimento licitatório, em especial o Princípio da Isonomia; e

- c) Que os valores unitários estimados para os itens SMP LDN sejam corrigidos com os valores publicados pela ANATEL, alegando que as tarifas presentes na planilha no ANEXO II para VC2 e VC3 estão bem abaixo que as tarifas praticadas no preço de tabela da Embratel (VC2 (MM e MF): 1,11719 e VC3 (MM e MF): 1,27115) e de outras operadoras.

Quanto ao solicitado pela empresa ora impugnante foi analisado o que se segue:

I – QUANTO AO ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ILEGALIDADE, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

Não assiste qualquer razão a empresa licitante ao impugnar a redação dada pela Cláusula 18.1 do Edital uma vez que o disposto na referida cláusula está previsto na Lei 8.666/93, conforme disposto abaixo:

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.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado. (grifo nosso)

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente. (grifo nosso)

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (grifo nosso)

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; (grifo nosso)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente. (grifo nosso)

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis. (grifo nosso)

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

Considerando ainda que o preâmbulo do Edital informa que a presente licitação é regida por diversas Leis, Decretos, Instruções Normativas e subsidiariamente à Lei 8.666/93 e demais cominações legais, o contratado encontra-se resguardado ao direito da garantia da ampla defesa e contraditório, sem a necessidade da descrição explícita do direito no referido item do edital.

Ressalte-se que, por força do disposto no art. 86, §2º, a aplicação da multa só é realizada após o devido processo legal.

II – QUANTO A ESPECIFICAÇÃO DO TRIBUTO ICMS APLICÁVEL AOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LICITADOS

Em relação à especificação do tributo ICMS aplicável aos serviços de telecomunicações, esta Administração entende que, assim como a Secretaria de Estado de Fazenda de Planejamento do Distrito Federal, “*no preço total do serviço de telecomunicações devem ser incluídos todos os custos relativos a infra-estrutura, equipamentos e demais atividades descritas no respectivo edital, compondo, assim, a base de cálculo do ICMS...*”, porém não entende ser necessário a especificação do ICMS na proposta das empresas, visto que os valores contratados devem ser propostos considerando todas as despesas (tributos, transporte e demais despesas incidentes direta ou indiretamente no fornecimento objeto), conforme prevê o Item 4.5 do Edital:

4.5 – A proposta de preços deverá ser formulada com base nas especificações constantes neste edital e deverá atender aos seguintes requisitos:

*4.5.1 – Apresentar preço para o item proposto, cotado em moeda nacional, **já consideradas, nos mesmos, todas as despesas (tributos, transporte e demais despesas incidentes direta ou indiretamente no fornecimento objeto deste Pregão Eletrônico)**, cotados em planilha detalhada. (grifo nosso)*

Desta forma, esta Coordenação entende que ao solicitar, à todas as empresas participantes do processo licitatório, o valor final do objeto licitado, ou seja, com todas as despesas incluídas, não fere o princípio da isonomia do julgamento da proposta, conforme alegado pela empresa, uma vez que o referido certame será realizado por meio de Pregão Eletrônico do tipo Menor Preço por Item.

III – QUANTO AOS VALORES UNITÁRIOS ESTIMADOS PARA OS ITENS SMP LDN.

A argumentação da empresa EMBRATEL S/A no que se refere à inadequação do valor estimado para contratação não pode ser levado a cabo, pois toda legislação vigente possibilita à Administração Pública estipular os valores máximos admitidos para a contratação dos serviços demandados por ela.

No caso em específico o Departamento de Polícia Federal (DPF) realizou pesquisa de preço para verificar os valores praticados no mercado e indicou os valores

máximos admissíveis para a contratação dos itens “chamadas de longa distância VC2 (MM e MF)” e “chamadas de longa distância VC3 (MM e MF)”.

Informa-se, ainda, que os valores divulgados pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), conforme exposto pela empresa EMBRATEL, se referem apenas aos valores tarifários máximos e não aos valores mínimos que podem ser praticados. Nesse sentido, o valor indicado pelo DPF para os itens em comento respeita todos os Regulamentos e Normas vigentes sobre o tema em discussão.

Por último, cabe esclarecer que a manutenção dos valores estimados não trarão como consequência a ofensa ao princípio da eficiência, pois os mesmos são semelhantes aos preços praticados em outras contratações do Serviço Móvel Pessoal (SMP) realizadas, atualmente, pela Administração Pública.

Pelo exposto, o DPF indefere o pedido de alteração do Edital e documentos correlatos ao Pregão nº 002/2011-CTI/DPF.

IV – DO MÉRITO

Visto que o pleito requerido pela empresa Embratel S/A. não encontra sustentação em nenhuma das questões apresentadas, o Departamento de Polícia Federal por meio de sua Coordenação de Tecnologia da Informação julga improcedente o pedido de alteração do instrumento convocatório e sugere o indeferimento do pleito.

Decisão do Pregoeiro

Com base nos argumentos acima expostos, fundamentados pela Lei 8.666/93, Instrumento Convocatório e decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União (em casos análogos), INDEFIRO o pedido de impugnação apresentado pela empresa EMBRATEL S/A.

FÁBIO JÚNIO LACERDA NASCIMENTO
Pregoeiro da CTI/GAB/DPF