

Decisão de Pregoeiro nº 0006/2011-SLC/ANEEL

Em 13 de julho de 2011.

Processo: 48500.001829/2011-86
Licitação: Pregão Eletrônico nº 040/2011
Assunto: Análise da IMPUGNAÇÃO AO EDITAL
apresentada pela sociedade Brasil Telecom S/A.

I – DOS FATOS

A sociedade Brasil Telecom S/A enviou sua impugnação ao edital do Pregão Eletrônico nº 040/2011 em 05 de julho de 2011.

2. A impugnação versa sobre oito aspectos relacionados às exigências editalícias; dois deles sobre questões técnicas da execução do serviço.
3. O primeiro ponto abordado trata da vedação à participação de consórcio de empresas. A impugnante pleiteia a possibilidade de participação dessa forma de associação sob a argumentação de promover a ampliação da competitividade no certame.
4. Na sequência, solicita que a subcláusula 13.2 do Edital *preveja expressamente a possibilidade de realização do pagamento mediante código de barras*. A impugnante alega que esse sistema de faturamento promoveria maior agilidade e eficiência a efetivação do pagamento pela Contratante.
5. A subcláusula 13.3 do Edital que trata do ressarcimento em caso de atrasos no pagamento da fatura/nota fiscal é questionada justamente no seu mecanismo de aplicação de juros e percentual fixado.

[...] vale frisar que o *quantum* fixado à título de juros moratórios e multa estão muito abaixo do que se pratica no mercado, o que gera situação de extrema desvantagem para a Contratada e culmina no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em questão.

Assim, a “Oj” requer sejam modificados o item 13.3 do Edital e a cláusula 9.3 da Minuta de Contrato para prever expressamente que o não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento, sujeitará o Contratante à incidência de: multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso; juros de mora de 1% ao mês; e correção monetária pelo IGP-DI.

Fl. 2 da Decisão de Pregoeiro n. 006/2011-SLC/ANEEL, de 13/5/2011

6. Acerca da subcláusula 13.9 do Edital, a impugnante contesta:

[...] o instrumento convocatório determina que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção.

[...] as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontrovertidos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa.

Diante disso, requer a adequação do item 13.9 do Edital e da cláusula 9.9 da Minuta de Contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

7. Quando tratada as condições para realização do pagamento pela Contratante, é informado que a efetivação ocorrerá mediante a comprovação da regularidade fiscal da Contratada. Nesse ponto, a impugnação considera tal dispositivo como sancionatório.

[...] não pode a Contratante condicionar o pagamento à comprovação da regularidade fiscal pela Contratada, posto que não consta do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados.

8. Para tanto, traz entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.”

[...]

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "*a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios*", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

[...]

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

9. Mais adiante, o impugnante questiona o percentual máximo de multa prescrito na cláusula 14 do Edital que trata das sanções administrativas. Seu pleito reside na redução do limite para o percentual de 10 pontos.

Os itens 14.4 e 14.5 do Edital e cláusulas 15.4 e 15.5 do Edital prevêem a aplicação de multas de até 30% (vinte por cento), que extrapolam o limite de 10% (dez por cento), teto máximo estabelecido

Fl. 3 da Decisão de Pregoeiro n. 006/2011-SLC/ANEEL, de 13/5/2011

tanto pelo Decreto n.º 22.626/33 (ressalte-se, ainda em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determinado pelo Decreto de 29 de novembro de 1991) como pela Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), e aplicável a **todas** as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública. (Grifado)

10. Os dois aspectos tratados como técnicos foram abordados no questionamento encaminhado em 04 de julho pela mesma sociedade. Entretanto, serão tratados normalmente nessa Decisão.

11. O primeiro ponto trata do prazo para reparo previsto na subcláusula 1.6 do Anexo I, estipulado como máximo de 2 horas. A impugnante pondera que o referido prazo vai contra o previsto no Plano Geral de Metas de Qualidade da ANATEL. Assim, menciona o art. 11 do referido documento.

Art.11. O atendimento das solicitações de reparo, de usuários não residenciais, deverá se dar em até **8 horas**, contadas a partir de sua solicitação, em:[...] (Grifado)

12. Finalmente, aborda o modelo da proposta de preços a ser apresentada pelas licitantes. No caso, requer a inserção dos campos que se refiram à assinatura dos feixes E1 e dos ramais DDR e instalação dos referidos feixes.

II – DA ANÁLISE

13. O próprio Acórdão TCU 2.295/2005-Plenário citado traz os critérios que para a Administração foram preponderantes para não admitir o consórcio, quais sejam, *dimensão e complexidade*.

14. A Lei diz que a dimensão e a complexidade do objeto integram essa avaliação da possibilidade ou não do consórcio e, por óbvio, sendo categorias variáveis no tempo e nas circunstâncias fáticas, a solução é encontrada no caso concreto.

15. O objeto do edital – serviço telefônico fixo comutado local¹ – não carrega, há muito, complexidade e dimensão que justifique a formação de consórcio.

16. A admissão de consórcio se dá diante de situação em que os particulares interessados na licitação não teriam forças (técnicas e/ou econômicas) suficientes para executar o contrato individualmente e que só conseguiriam trabalhando juntando esforços (consórcio). Portanto, como dito, o objeto não carrega essa característica, além disso, a impugnante não comprova nem desenvolve esse aspecto em suas razões.

17. Nessa linha de análise, a acusação de “*impedir a participação de maior número de licitantes e contrariar o próprio objetivo da realização de procedimento licitatório*” não tem sentido.

18. A propósito, é o que quis afirmar o Ministro Benjamim Zymler no Acórdão citado pela impugnante². Observe-se a primeira frase da transcrição:

Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação.

¹ Edital ANEEL 40/2011, ANEXO I, cláusula 1.1: (...) compreende a realização de chamadas locais para telefones fixos e para telefones móveis, bem como a recepção de chamadas diretamente nos ramais.

² Tribunal de Contas da União, Acórdão 2295/2005 – Plenário

Fl. 4 da Decisão de Pregoeiro n. 006/2011-SLC/ANEEL, de 13/5/2011

19. E, na parte final, o Ministro Relator apresenta a **condição** para o uso de consórcio.
- (...) quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (grifou-se)
20. Com todo respeito, a avaliação da impugnante deste tema parece-nos oblíqua.
21. Cabe ressaltar que é de conhecimento da ANEEL que parte do serviço demanda a participação de empresas parceiras, como no caso da interligação do cliente com a rede da operadora. Entretanto, as atividades dessa natureza permanecem sob responsabilidade da contratada.
22. Queixa-se a impugnante da imprevisão dos “códigos de barras” nas regras de pagamento.
23. Em verdade, não há a necessidade de previsão expressa de tal detalhe. As vantagens alegadas pela impugnante para os sistemas de faturamentos das operadoras de serviços de telecomunicação serão usufruídas normalmente.
24. A cláusula 13.2 apenas entabula características mínimas necessárias às notas fiscais e faturas e não cria obstáculos a qualquer melhoria.
25. Na sequência, a impugnante vê perigo às garantias do recebimento de seus créditos na ausência de previsão de outros encargos em desfavor da Administração em mora, além dos juros moratórios já entabulados no edital.
26. A previsão de multa em desfavor da Administração contratante não encontra suporte nas Decisões do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, Decisões 443/1993; 197/1997; 686/1999, todas do Plenário.
27. Acrescente-se a informar de que ANEEL não tem histórico de atrasos de pagamentos aos contratados, motivos pelos quais a preocupação da impugnante não se justifica.
28. No ponto em que a impugnante insurge-se contra a cláusula 9.9 (13.9 do edital) do contrato. Transcrevamos o dispositivo:
- 9.9 A Agência poderá impugnar o pagamento, até que sejam realizadas as correções, quando a Nota Fiscal/Fatura estiver em desacordo com o estabelecido no contrato e/ou a Nota Fiscal/Fatura contiver erros de preenchimento a cargo da CONTRATADA.
- 9.9.1. Nesta hipótese, o prazo para pagamento se iniciará após a regularização da situação, não acarretando qualquer ônus para a CONTRATANTE.
29. A ANEEL objetiva exigir a transparência e a correção das faturas de cobrança. Essa reserva se torna mais necessária no setor de prestação de serviço de telefonia que tem, historicamente, demonstrado descuido com esse aspecto, apresentando faturas confusas que, por vezes, contrariam até mesmo preceitos da lei de defesa do consumidor.

Fl. 5 da Decisão de Pregoeiro n. 006/2011-SLC/ANEEL, de 13/5/2011

30. Admitir o pleito de forma direta como apresentado na peça impugnatória é descuidar do interesse público, porém cremos haver, ainda, um espaço a percorrer no sentido do ajuste da regra do dispositivo atacado.
31. Primeiro, façamos uma interpretação do que quer a cláusula.
32. Pode-se extrair do texto que a ANEEL tem o direito de suspender o curso do procedimento de pagamento – não incidindo em ilícito, caso extrapolado o prazo de 10 dias, já que permaneceu interrompido – quando detecta problemas de obscuridade, omissão e incorreção nos documentos de cobrança.
33. Isso se dá em virtude do atesto. A liquidação e atesto exigem da Administração que, com segurança, confirmem a correta prestação, nos termos exigidos contratualmente.
34. Caso o problema (“erros”) detectado tenha força para comprometer a correta compreensão que o gestor deva ter de TODA a prestação a ser paga, o procedimento de pagamento deve ser *interrompido*, abrindo-se prazo para que a contratada esclareça. Pensar diferente, seria o mesmo que obrigar o gestor a atestar com insegurança e sem a plena compreensão do que foi efetivamente realizado.
35. Entretanto, temos por certo que, havendo parcelas cobradas que não sejam alcançadas pelos erros da cobrança, aquelas poderão ser pagas. Neste caso haverá pagamento parcial da fatura apresentada, até que a contratada corrija, ajuste ou considere a parcela remida, sem ônus para a contratante devedora.
36. O tema invoca princípios caros ao ordenamento administrativista, como o da transparência, da publicidade e da prestação de contas (prestação de contas ao cidadão), sendo, este último, corolário do princípio da republicano.
37. Assim posto, com as considerações e ressalvas acima expostas, entendo ser possível admitir que nos casos de erros nas faturas e notas fiscais, as parcelas que não forem contaminadas com o equívoco do contratado credor, sendo incontroversas, poderão ser pagas regularmente.
38. Irresigna-se a impugnante contra o que chama de retenção indevida de pagamento quando o contratado credor não comprovar a manutenção de sua regularidade fiscal. Considera a objeção administrativa como uma sanção. Transcrevamos a cláusula, foco da insatisfação.
- 9.1 Os pagamentos somente serão realizados após a comprovação da regularidade fiscal da CONTRATADA.
39. Evidente é o equívoco técnico em considerar a objeção temporária do pagamento nestas circunstâncias. Portanto, não se trata de *sanção*, mas de *condição* para a manutenção de contrato administrativo com o Poder Público
40. Esclarecida a natureza da cláusula, não há mesmo como esperar previsão no rol do art. 87 da Lei 8666/93.
41. Os Acórdãos do TCU n. 984/2004-Plenário e n. 837/2008-Plenário e Decisão 705/1994-Plenário recomendam a subordinação do pagamento à manutenção da regularidade fiscal.

Fl. 6 da Decisão de Pregoeiro n. 006/2011-SLC/ANEEL, de 13/5/2011

42. A impugnante não efetuou a devida distinção das quatro cláusulas atacadas, quais sejam, 14.4 e 14.5 do Edital e 15.4 e 15.5 do Contrato (consideramos ter havido equívoco na menção novamente ao edital para esses dois últimos itens).

43. A melhor visão vem se iluminarmos a natureza e conteúdo de cada uma das cláusulas.

44. Para facilitar a análise, transcrevamos os dispositivos.

45. No edital:

14.4 Sem prejuízo das sanções da cláusula 14.1, as condutas que ensejarem retardamento para a condução ou conclusão do processo licitatório, mas que, a critério da ANEEL, não prejudicarem a utilidade e o proveito das futuras prestações, estarão sujeitas ao pagamento de multa diária de, até, 1% (um por cento) do valor total do Contrato, limitada ao valor equivalente a 30% desse mesmo total.

14.4.1 Alcançado o limite acima estabelecido, tornada a prestação inútil ou antes que haja prejuízo à Administração na persistência da conduta, a ANEEL estará autorizada cumulativamente a:

14.4.1.1 Presumir a desistência desmotivada da proposta;

14.4.1.2 Caracterizar o descumprimento total da obrigação (§6º, art. 43, arts. 64 e 81 Lei 8.666);

14.4.1.3 Sujeitar o licitante às sanções cominadas na cláusula 14.1 do Edital;

14.4.1.4 Reclamar perdas e danos verificados; e

14.4.1.5 Se for o caso, provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do art. 101 da Lei 8.666 e art. 27 do Código de Processo Penal, para verificação da responsabilidade penal.

14.5 Os valores das multas de que tratam os subitens anteriores consistem em créditos da ANEEL e deverão ser recolhidos no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a partir da notificação do devedor por ofício, prazo este que, alcançado, representará o acréscimo de juros, multa e encargos ao principal, nos termos do art. 37-A, da Lei 10.522/2002, alterada pela Lei nº 11.941/2009, observando-se ainda o seguinte:

14.5.1 Taxa de juros equivalente à utilizada no Selic;

14.5.2 Multa com limite de 20% do total do crédito da ANEEL; e

14.5.3 Encargo de 20% calculado sobre o total do crédito.

46. No Contrato:

15.4 Havendo mora, a multa poderá ser aplicada adotando-se o seguinte critério:

15.4.1 Multa diária de até 0,33%(trinta e três centésimos por cento) sobre o valor do fornecimento ou serviço não adimplido, limitada ao valor equivalente a 20% desse mesmo total.

15.4.1.1 Na hipótese de se tratar de prestação única ou de prestação sucessiva da qual dependam as demais prestações, a base de cálculo para a multa de mora deverá incluir os valores pertinentes a esses totais.

15.4.2 Alcançado o limite acima estabelecido, tornada a prestação inútil ou antes que haja prejuízo à Administração na persistência da conduta, a CONTRATANTE estará autorizada a:

15.1.1.1 Avaliar a opção de rescisão do contrato;

15.1.1.2 Verificar se há descumprimento total da obrigação com prejuízo à utilidade e ao proveito das futuras prestações;

15.1.1.3 Sujeitar o licitante às sanções cominadas nas cláusulas 15.2.3 ou 15.2.4 acima;

Fl. 7 da Decisão de Pregoeiro n. 006/2011-SLC/ANEEL, de 13/5/2011

15.1.1.4 Reclamar perdas e danos verificados; e

15.1.1.5 Havendo indícios de crime, provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do art. 101 da Lei 8.666 e art. 27 do Código de Processo Penal, para verificação da responsabilidade penal.

15.5 Considerado o caso como violação positiva do contrato, a *multa* poderá ser aplicada nos seguintes termos:

15.5.1 *Multa* de até 20% (vinte por cento) do valor do fornecimento ou serviço não adimplido, adotando-se os critérios da cláusula 15.4.1.1 quanto à base de cálculo.

15.5.2 A sanção pecuniária também será dosada em consideração ao grau de lesão proporcionado pelo CONTRATADO.

47. A cláusula 14.4 do edital cuida de multa diária de 1% e encontra seu limite em 30%. A referida cláusula não pertence à execução contratual, mas regula apenas as condutas potencialmente ruinosas de licitantes descompromissados com o processo e procedimento administrativo (licitação).

48. A cláusula 14.5 se aplica aos créditos das autarquias de qualquer natureza. Portanto, não são regras oriundas de obrigações contratuais, mas da lei. Neste caso, créditos não tributários que, por exemplo, surjam de multas não satisfeitas. As regras encontram sustentação na Lei 10.522/2002, alterada pela Lei 11.941/2009, na Portaria STN 685/2006, na Lei 9.430/1996 e na Lei 8.981/1995 (art. 84).

49. Por sua vez, no contrato, está gravada a cláusula 15.4 que prescreve a multa de mora diária de 0,33% tendo como base apenas a prestação inadimplida

50. Por fim, ainda no contrato, a cláusula 15.5 prescreve sanção para casos de violação positiva do contrato com multa de até 20% da prestação inadimplida.

51. Há de se observar que os valores relativos adotam como base de cálculo **parcelas do todo** (prestações inadimplidas) e não o todo; estando longe, pois, da ilação desenvolvida na queixa da impugnante. Além disso, as cominações das multas estabelecem uma faixa de percentuais. Apenas no caso concreto a dosimetria poderá ser revelada já que será absolutamente proporcional à violação e aos prejuízos comprovados por meio de processo administrativo regular que respeitará o princípio do contraditório e da proporcionalidade, como previsto diversas vezes no contrato.

52. A propósito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, vale citar trecho sintético da transcrição da obra de Lúcia Valle Figueiredo³ trazida pela peça da impugnante:

Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à **congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas**. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência. (grifou-se)

53. Ainda no tema da proporcionalidade, transcrevo outro trecho esclarecedor, desta feita da obra de Marçal Justen Filho:

Então, o instrumento jurídico fundamental para a elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as

³ Peça de impugnação, p. 8.

Fl. 8 da Decisão de Pregoeiro n. 006/2011-SLC/ANEEL, de 13/5/2011

sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente⁴.

54. Repito a última frase conclusiva: “A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente”. Vê-se que para Marçal Justen Filho, Lúcia do Valle Figueiredo e outros doutrinadores importantes, o princípio tem vocação operacional, ou seja, incide no momento da dosimetria da pena aplicada que poderá ser contestada em diversas oportunidades no eventual processo de apuração de responsabilidade contratual. Observe-se que, para Lúcia Figueiredo, na análise da *razoabilidade*, as decisões administrativas devem guardar congruência com as situações postas. Então, essa proporcionalidade será investigada no caso concreto.

55. Nesse contexto de equívoco da visão da impugnante, vale insistir que as sanções administrativas não são aplicadas de imediato e automaticamente. Repise-se ser imprescindível um regular procedimento específico de apuração quando será oportunizado ao acusado a manifestação e contestação antes da decisão final de primeira instância. Finda a fase de primeira instância, ainda terá o direito de apresentar recurso, sem prejuízo da alternativa do controle judicial.

56. Com relação ao disposto na subcláusula 1.6 do Anexo I do Edital, a ANEEL considera o dispositivo legal citado pelo como um limitador de prazo máximo, podendo a Agência fixar contratualmente que o restabelecimento dos serviços ocorra em menor tempo. Ressaltamos que a natureza do serviço é de suma importância para o bom funcionamento da ANEEL, assim um prazo acima do previsto no instrumento convocatório comprometeria a consecução das nossas atividades.

57. A solicitação para inclusão dos campos à assinatura dos feixes E1 e dos ramais DDR e instalação dos referidos feixes na proposta de preços será atendida. Para tanto, ressaltamos que o previsto na subcláusula 4.10.3 não incidirá sobre os respectivos itens.

III – DO DIREITO

58. A impugnação foi apresentada no prazo previsto nos termos do art. 18 do Decreto Federal nº 5.450/05.

IV – DA DECISÃO

59. Pelo exposto, apenas as razões apresentadas acerca do pagamento dos valores incontroversos e da inserção na proposta de preços dos campos que se refiram à assinatura dos feixes E1 e dos ramais DDR e instalação dos referidos feixes – conseguiram justificar a alteração do ato, pelo que julgo procedentes os pedidos gravados nestes pontos e improcedentes os demais pelos motivos já registrados.

GIAMPIERO CARDOSO NARGI
Pregoeiro

⁴ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, 12 ed. Editora Dialética, 2008, p. 815.

