I – DA TEMPESTIVIDADE

A presente Impugnação tem por objeto apontar alguns equívocos contidos no Edital do certame em apreço.

O prazo decadencial é de **DOIS (02) DIAS ANTERIORES À ABERTURA DOS ENVELOPES**, previsto no artigo 12, do decreto 3.555/2000. Neste caso em tela, a data prevista para a abertura do certame é dia 08/03/2004, tendo, portanto, como termo final o dia **04 DE MARÇO DE 2004 (QUINTA-FEIRA)** para protocolização da presente Impugnação.

Conclui-se, portanto, pela **TEMPESTIVIDADE** desta Impugnação.

II – DA NECESSIDADE DE REFORMA DO EDITAL

O CNPq instaurou procedimento licitatorio, na modalidade pregão n.º 02/2004, visando a contratação de empresa operadora especializada nos Serviços Telefônico Fixo Comutado Local, designando o dia 08 de março do corrente ano para a abertura do certame.

Interessada em participar do certame, a concorrente adquiriu o Edital, tendo verificado, entretanto, a necessidade de **REFORMULAÇÃO** em diversos itens do Instrumento Convocatório.

Quando de sua leitura, a ora Impugnante constatou que o procedimento se pauta em diplomas normativos absolutamente desassociado dos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico, o que tornou o documento nulo de pleno direito.

Com efeito, o instrumento Convocatório utiliza como norma basilar a **PORTARIA NORMATIVA N. 1 DE 06/08/02**, expedida pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Tal instrumento normativo, **IMPORTANTE FRISAR**, **É ABSOLUTAMENTE ILEGAL E INCONSTITUCIONAL.**

Por decorrência, qualquer regra ou preceito utilizado pelo Órgão licitante que seja proveniente desta Portaria, estará eivado de vício e merecedor de nulidade.

Por mais grave, deve´se apontar um desses equívocos encontrados no Edital. Com efeito, a fórmula utilizada para conversão pulso x minuto, além de pertencer à **PORTARIA NORMATIVA N. 01/2002**, está incorreta, pois não leva em consideração o arredondamento para mais (minuto cheio) pela GVT, enquanto que, a fórmula apresentada pela Anatel, por meio do Oficio n.º 873 (em anexo), assim o faz. Além disso, não prevê a fórmula de conversão no caso de participação da empresa Embratel, que apesar de tarifar por minuto, sua forma de medição é distinta da GVT.

E foi justamente a partir da verificação da presença de vícios, como esta apontado acima, que a concorrente houve por bem propor a presente Impugnação ao Edital, porquanto incontestável o comprometimento da validade do Ato Convocatório e, pro conseguinte, o prejuízo à legítima participação de empresas no certame.

Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, a concorrente **SOLICITA URGÊNCIA** na análise do mérito desta Impugnação pelo Sr. Pregoeiro, a fim de evitar prejuízo sérios para o erário, o qual certamente será lesado caso o Edital permaneça nos termos atuais. Tal é o que se passa a demonstrar.

III – DO AFASTAMENTO DAS REGRAS DA PORTARIA N.º 001/2002

Da leitura do instrumento convocatório, **a ora Impugnante constatou que o Edital se utiliza da Portaria nº 01/2002 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ato normativo absolutamente incompatível com ordenamento jurídico vigente**.

Esta Portaria pretende inovar a ordem jurídica de modo originário. Neste aspecto, importante repisar que se trata de um mero ato administrativo normativo, através de disposições em total descompasso com os princípios constitucionais e legais regedores dos procedimentos licitatórios em geral.

De um lado, é notório que um simples ato normativo não é apto para criar direitos e obrigações não previstos originariamente no ordenamento jurídico vigente. Portanto, como premissa básica, uma portaria que visa a estabelecer procedimento licitatório a ser seguido pelo órgão expedidor deve obrigatoriamente acatar aos princípios gerais de direito e também às regras procedimentais da lei n.º 8.666/93.

Em segundo plano, ainda que estivéssemos diante de um instrumento apto para tanto, vale dizer, uma lei formal que tivesse criado essas novas regras, é certo que, ainda assim, o seu conteúdo representaria afronta aos princípios previstos na Lei Maior, dentre eles, o da legalidade, da isonomia e da ampla concorrência.

No entanto, seja no que tange ao aspecto formal, seja no tocante ao aspecto material, os termos da Portaria Normativa n. ½ não podem ser utilizados como fonte inspiradora de regras previstas para licitações e contratações dos serviços de telecomunicações.

Quanto ao aspecto formal, o ato administrativo denominado "Portaria" tem sido conceituado pela doutrina pátria como sendo o ato administrativo interno pelo qual *"os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários."*

Nesse mesmo diapasão, ensina Hely Lopes Meirelles que, *"atos administrativos internos são destinados a produzir efeitos no recesso das repartições administrativas, e por isto*

mesmo incidem, normalmente, sobre os órgãos e agentes da Administração que os expediram. São atos de operatividade caseira, que não produzem efeitos em relação a estranhos. ***Entretanto, vêm sendo utilizados distorcidamente pelas altas autoridades do Executivo para impor obrigações aos administrados, especialmente aos contribuintes. É o caso das portarias e instruções ministeriasi, que só deveriam dispor para seus servidores, mas contêm imposição aos cidadãos, próprias de atos externos (leis e decretos).”***

Disso se extrai que “Portaria” ***não é instrumento apto a estabelecer proibições e obrigações no modo de execução dos serviços de telecomunicações.***

LEMBRE-SE QUE O ATO “PORTARIA” SEQUER ACHA-SE INCLUÍDO NO ROL DE ESPÉCIES NORMATIVAS INDICADO NA NOSSA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SEU ARTIGO 59, DONDE SE EXTRAI A ÍNFIMA IMPORTÂNCIA CONFERIDA PELO LEGISLADOR CONSTITUCIONAL AO LIMITADO PAPEL NORMATIVO A QUE O INSTITUTO SE PROPÕE.

No caso *sub examen*, cabe trazer à baila trecho doutrinário da lavra do renomado jurista Miguel Reale, transcrito de sua obra “Lições Preliminares de Direito”:

“Lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é constitutiva de direito, ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas. O nosso ordenamento jurídico se subordinou, com efeito, a uma gradação decrescente e prioritária de expressões de competência, a partir da lei constitucional, a qual fixa a estrutura e os feixes de competência de todo o sistema normativo. Nesse quadro, somente a lei, em sentido próprio, é capaz de inovar no Direito já existente, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, direitos e deveres a que todos devemos respeito.

A essa luz não são leis os regulamentos ou decretos, proque estes não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou a cuja execução se destinam. Tudo o que nas normas regulamentares ou executivas esteja em conflito com o disposto na lei não tem validade, e é suscetível de impugnação por quem se sinta lesado. A ilegalidade de um regulamento importa, em última analise, num problema de inconstitucionalidade, pois é a Constituição que atribui as esferas e a extensão do poder de legislar, conferindo a cada categoria de ato normativo a força obrigatória que lhe é própria.”
(Grifo não original)

Em outras palavras, trata-se de um simples ato administrativo que visa, quando muito, tão somente detalhar procedimentos burocráticos de ordem prática, sempre, porém, em consonância com o ordenamento jurídico vigente.

As normas subordinadas devem guardar harmonia com as superiores, sob pena de perderem sua validade. Assim, o ato interno da Administração como uma portaria, instrução ou norma administrativa, por exemplo, deve buscar fundamento de validade de decreto; este, na lei; esta na Constituição. Caso contrário ninguém poderá ser compelido a observar tal dispositivo, porquanto este estará "fora" da "pirâmide jurídica".

Em suma, uma norma inválida não existe juridicamente falando, dada sua incapacidade de produzir efeitos de Direito. Tratando-se de normas de hierarquia diversa, prevalecerá a superior, isto é, a de mais alta hierarquia. Ademais, não devemos perder de vista que mesmo as normas jurídicas inferiores (atos administrativos, instruções, portarias etc.) devem guardar sintonia com a Constituição Federal e os grandes princípios que ela alberga, dentre eles, o da legalidade, da isonomia e da ampla concorrência. **O que não ocorre no caso em tela!**

Neste passo, em nenhum momento o conteúdo da Portaria observa os preceitos da legislação indicada em seu artigo 2º. Ao contrário, seus termos violam diretamente as regras legais previstas na legislação federal invocada e, mais ainda, contrariam princípios de ordem constitucional.

Via de regra, a criação de leis **constitui uma função típica do Poder Legislativo**, assim como compete, em regra, ao Poder Executivo a regulamentação dessas leis para a correspondente fiel execução. Essa divisão de funções representa uma das facetas do princípios da separação de Poderes incorporado pelo sistema constitucional brasileiro.

Sabe-se, contudo, que não se trata de uma regra absoluta. É certo, porém, que quando o Constituinte pretendeu ressalvar a regra que orienta a divisão das funções entre os poderes, o fez de modo expresso, como ocorre, por exemplo, com a medida provisória, instituo previsto no artigo 62, da Constituição Federa.

Flagrante, portanto, o vício da **INCONSTITUCIONALIDADE** de que padece a Portaria n.º 1, de 06 de agosto de 2002, dado que, não poderia a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, através deste instituto regulamentar, criando direito novo, inovando os procedimentos de contratação de serviços de telecomunicações.

Já quanto ao aspecto material, a análise do conteúdo das regras adotadas no âmbito da Portaria normativa n.º 01/2002, evidencia-se a inobservância dos Princípios Constitucionais condicionantes da atividade da Administração Pública, bem assim, dos princípios e Normas gerais da Lei Federal regente das Licitações e Contratos da Administração Pública.

De acordo com a aludida Portaria, mais especificamente o artigo 4º, em se tratando de contração para a prestação do STFC, o diploma prevê duas formas distintas de condução do procedimento licitatório, cuja opção restaria relegada ao arbítrio do órgão licitante: **(i)** ao vencedor (aquele que oferecer o menor preço) é adjudicado o objeto em sua

integralidade, isto é, tronco de entrada + tronco de saída; ou **(ii)** ao vencedor é adjudicada a totalidade do tronco de entrada e apenas parte do tronco de saída.

Sendo a segunda opção como a forma de condução do procedimento licitatório, registra-se estaria identificada a primeira das inúmeras ilegalidades constantes da Portaria Normativa n.º ½.

Segundo descreve o diploma em tela, nesta segunda hipótese, o tronco de saída seria subdividido nas denominadas Rota Prioritária e Rota de Transbordo. A rota Prioritária, nos termos da Portaria, **corresponde a um mínimo de 70% DO VOLUME DE LIGAÇÕES, parcela esta DESTINADA AO LICITANTE VENCEDOR. O RSTANTE seria configurado como Rota de Transbordo, sendo DESTINADO AO SEGUNDO COLOCADO.**

Em caso de recusa do segundo colocado de praticar o mesmo preço ofertado pelo vencedor, o órgão licitante deve propor a contratação para o licitante subseqüente e assim sucessivamente, até que haja concordância no que tange ao preço a ser cobrado.

Como se já não bastasse tal absurdo, temo ainda que: **caso o sistema de tarifação do segundo colocado seja DIVERSO do primeiro colocado (uma empresa tarifa por PULSO e a outra por MINUTO), AQUELE PODERÁ SER CONTRATADO PEÇO PREÇO QUE OFERTOU (alínea "C", inciso II, do parágrafo segundo, do artigo 4., da Portaria Normativa No. 1, de 06 de agosto de 2002, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento), NÃO SENDO OBRIGADO A COBRIR O PREÇO DO PRIMEIRO COLOCADO!**

É ABSURDA E VERGONHOSA "TAL REGRA".

Em outras palavras, prevê a Portaria a possibilidade de adjudicação parcial do objeto licitado, transferindo parte dele (até 30%) ao segundo colocado, no preço que ofertou, o que denota **violação** *aos princípios da competição, da isonomia, da legalidade, em razão da forma como se propõe a partição da adjudicação.*

Por decorrência direta e indissociável, o edital autorizará o Pregoeiro a decidir adjudicar 30% do objeto licitado a outra empresa que não a vencedora da disputa.

É notável que nenhuma vantagem pode disso resultar para a Administração Pública, em um mercado disputado de fato por duas empresas, dado que o segundo classificado também contratará com a Administração. Portanto, não se poderá invocar qualquer economicidade a justificar o pretendido fracionamento da adjudicação.

Ao contrário, **o valor final da proposta poderá ser ainda maior, com a violação direta ao princípio da contratação da proposta mais vantajosa para Administração.**

O **Principio da Igualdade**, originado da Constituição Federal (Art. 37, XXI), demonstra ser dever da Administração Pública zelar para que todos os participantes da licitação concorram em igualdade de condições. Não pode haver licitação que discrimine os participantes com condições que favoreçam determinados proponentes e prejudiquem outros, ou que seja impreciso ou omisso em pontos essenciais, ou que faça exigências excessivas ou impertinentes ao objeto da licitação. No caso em questão, o licitante que oferece menor preço,já se encontra em posição inferior aos demais licitantes visto que, apesar de oferecer o menor preço, não fornecerá, por completo, o objeto descrito no edital.

Segundo o **Principio da Legalidade**, infere-se que as licitações e, conseqüentemente, os contratos, em todos os seus procedimentos, estão sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum. O servidor público que se desviar da lei e das exigências do bem comum. O servidor público que se desviar da lei ed as exigências do bem comum pratica ato inválido e ineficaz, estando sujeito à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. Vero é que a administração pode alinhar no edital as exigências e condições que reputar adequadas ao objeto da licitação e ao resguardo do interesse público, porém desde que não contrarie a lei.

Têm decidido os Tribunais que "É nulo o edital elaborado sem observância de prescrições legais." Tem-se, exaustivamente, demonstrado na presente peça que a portaria em comento não se reveste do caráter de lei, o que demonstra nítida transgressão ao princípio constitucional da legalidade.

Quanto aos Princípios da **Prevalência do Interesse Público, Competitividade, Definição Prévia do Objeto e Adjudicação à Proposta Mais Vantajosa,** tem-se no art. 3° § 1º da Lei 8666/93 a vedação explicita aos agentes públicos em estabelecer condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, bem como a adoção de tratamentos distintos para com os licitantes.

A esse respeito, peço vênia para transcrever artigo doutrinário de Jessé Torres Pereira Junior que enuncia que:

> *"Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se quer alcançar em toda a licitação (sentido amplo) e o resultado que se busca em cada licitação (sentido restrito). Licitação que não instiga a competição, para dela surtir proposta mais vantajosa, descumpre sua finalidade legal e institucional, impondo-se à autoridade competente invalidá-la por vício de ilegalidade, o par de apurar responsabilidades administrativa e penal por desvio de poder, caracterizado que houver sido ato*

improbidade administrativa (CF/88, art. 37, § 4º, e Lei federal nº 8.429, de 02.06.92, especialmente art. 10, VII – "Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei...)""

Assim, não há qualquer razão que justifique o fato de o vencedor do certame não Ter adjudicado a si a integralidade do objeto licitado, já que ofertou o melhor preço para o objeto total.

Ademais, conforme afirma o Prof. Adilson Abreu Dallari em parecer referente a procedimento licitatório estabelecido pela citada portaria:

> *"Atribuir parte de contrato ao segundo classificado implica, necessariamente, preterição da ordem de classificação e contratar com o outro que não o vendedor.*
>
> **A portaria, (sic) nesse aspecto inovou a ordem jurídica em flagrante desrespeito à estrita competência regulamentar que lhe é reservada, e além disso, violou frontalmente o disposto no 8º do artigo 22 do Estatuto das Licitações, que veda expressamente a criação de novas modalidades de licitação ou a combinação daquelas dispostas na lei.**
>
> *Desta forma, a portaria normativa foi inovadora na ordem jurídica com que assumiu a função própria de lei, resultando invasão de atribuições do Poder Legislativo, com violação do art. 2º da Constituição Federal que consagra a independência e harmonia dos poderes (STJ, 1ª Turma, RESP nº 22.931-9 – j. 19.09.94). (grifo nosso)*

De fato, não se vislumbra razão para que um terceiro venha a executar parte do objeto licitado nas mesmas condições do licitante vencedor, se este é capaz de executá-lo em sua integralidade e foi quem, em primeiro lugar, apresentou a proposta mais vantajosa para a Administração.

Induvidosamente, tal disposição, afronta induvidosamente o **Princípio sa Adjudicação Compulsória**, segundo o qual havendo disposição da Administração em contratar o objeto em disputa, a adjudicação deverá ser feita compulsoriamente ao vencedor do certame. Ou seja, àquele que ofereceu a proposta mais vantajosa para o poder Público.

A hipótese acima aventada constitui um ato vinculado, não cabendo ao Poder Público outro caminho, senão adjudicar o objeto ofertado àquele que oferecer a proposta mais vantajosa ao erário.

Neste sentido, o entendimento doutrinário pacífico aponta no sentido de que a adjudicação é ato discricionário quanto a sua prática (pode ou não ser praticado), **mas vinculado quanto ao seu conteúdo, "não podendo a Administração atribuir o objeto da licitação a outrem que não seja o vencedor...".**

Por fim, pode-se dizer que tal disposição contrária, em última análise, o próprio ***princípio da competição,*** uma vez que, garante ao segundo colocado, seja quais forem ao condições que oferte, um parte substancial do objeto licitado ainda que a sua proposta seja derrotada.
Com o intuito de reforçar o caráter atentatório da portaria 01/2002, não se pode olvidar o **Principio da Finalidade**, que, como os demais, também **não foi observado.** Preceitua o art. 3º da Lei nº 8.666 que " A licitação destina-se a garantir observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração...", o que define a finalidade de toda a administração (definição de caráter geral, pois concerne a elemento estrutural do ato administrativo, qual seja, a finalidade). Ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro ser finalidade.

> *"o resultado que a administração quer alcançar com a pratíca do ato...Em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecusão de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que Ter sempre finalidade pública. Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explica ou implicitamente da lei. É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, na havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa...Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder."*

Não há dúvidas, desta forma, de que **selecionar a proposta mais vantajosa é o fim resultado que se busca em toda licitação.**

Não bastasse a desobediência a todos os princípios acima citados, o dispositivo em comento viola o **Princípio da Economicidade**, na medida em que não defende o interesse administrativo de contratar com a licitante que ofereceu o preço menos oneroso.

Neste diapasão, defende o administrativista MARÇAL JUSTEN FILHO, consistir a economicidade em:

"considerar a atividade administrativa sob o prisma econômico. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o Agente Público. Ele tem o dever de buscar todas as informações pertinentes ao problema enfrentado. Como regra, a seleção da alternativa far-se-á em face dos benefícios potenciais de natureza econômica e dos riscos envolvidos. Quanto maiores os benefícios econômicos que poderão advir de uma certa solução, tanto mais intenso será o dever de adotá-la (...). Por outro lado, economicidade delimita a margem de liberdade atribuída ao Agente Administrativo. Ele não está autorizado a adotar qualquer escolha, dentre aquelas teoricamente possíveis. Deverá verificar, em face do caso concreto, aquela que se afigure como a mais vantajosa, sob o ponto de vista das vantagens."

Portanto, a referida Portaria exclui por completo a competitividade no setor de telecomunicações, em total afronta às leis aplicáveis, dentre elas a Lei Federal nº 8666/93 e também ao interesse público buscado pelo Governo Federal por ocasião da privatização do referido setor.

Destarte, vale trazer a baila recente posicionamento emitido pelo Tribunal de Contas da União referente à dispositivos contidos na Portaria nº 01/2003 do MPOG, em sede de uma Representação interposta pela empresa Global Village Telecom Ltda. – GVT, publicado no Diário Oficial da União em 27/09/02, in verbis:

" 15. *Podemos dividir os esclarecimentos e informações adicionais fornecidas pela GVT (fls. 113/116) em basicamente dois tópicos*; **contratação de mais de uma empresa prestadora de STFC** *e monopólio de fato das empresas oriundas do Sistema Telebrás.*

16. Referente ao primeiro tópico – contratação de mais de uma empresa prestadora de STCF – sugere a GVT a dupla contratação de empresas prestadoras desse serviço pela Administração Pública, alegando que, dessa maneira, a Administração Pública terá maiores garantias á continuidade dos serviços de telecomunicações.

18. No entanto cabe notar que o sugerido pela GVT (fls.113/116), igualmente defendido pela Anatel em seu parecer técnico-jurídico, aparentemente não garantiria a 'disponibilidade permanente e ininterrupta' de todo sistema de prestação de STFC, visto que, a dupla contratação, referese apenas quanto ao tráfego sainte (50% para cada licitante vencedora), sendo todo o

tra´fego entrante de responsabilidade de uma única licitante (a que apresentou melhor resposta). *Ora, se a pelo tráfego entrante sofrer, por exemplo, pane no seu sistema, os órgãos e entidades públicas atendidas por essa empresa provavelmente ficarão sem receber chamadas.*

19. Além do mais, conforme já exposto na instrução anterior (fls.104/109), não existe na legislação pertinente alguma previsão que autorize a Administração Pública contratar mais de uma empresa para a prestação de mesmo serviço (dupla contratação), sendo vedado, portanto, tal procedimento." [grifamos]

Frise-se, ainda, que ao final da decisão em comento, o E. Tribunal de contas da União determinou a comunicação do entendimento firmado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a fim de que este Minitério oriente os demais órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta a observar o conteúdo da decisão.

Por fim, importante salientar que esta matéria já foi objeto de medidas judiciais interpostas pela concorrente contra o próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Pregão 36/2002-MPOG) e o Ministério do Meio Ambiente, onde foram deferidas liminares suspendendo ambos os certames por utilizarem a portaria como base do procedimento licitatório. Senão vejamos, in litteris:

Pregão 36/2002-MPOG *– Justiça Federal da Seção judiciária Distrito Federal, Ação Cautelar Inominada nº 2002.34.00.038278-1, Sr. Juiz de Direito Dr. Rodrigo Navarro de Oliveira:*

"Insurge-se a Impugnante contra a disposição contida no inciso II do parágravo 2º do artigo 4º da portaria 01/2002, da Secretária de logística e Tecnologia da informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – ato normativo em que se baseia o instrumento convocatório da licitação – que permite a adjudicação de parte do objeto licitado em favor de licitante que não seja a vendedora do certame, numa ofensa aos princípios da competição da isonomia e da legalidade.[...]

Na hipótese em tela, devo observar, em primeiro lugar, que o critério previsto no inciso II do parágrafo 2º do artigo 4º da Portaria n.º 01/2002 – ***no sentido da contratação prevendo a destinação dos troncos de entrada para o licitante vencedor e a subdivisão dos troncos de saída -, em exame de cognição sumária, não encontra amparo nas Leis n.ºs 8.666/93 e 10.520/2002.[...]*** *Numa análise provisória, tenho que o dispositivo regulamentar que possibilita a adjudicação de parte do objeto a licitante classificada em posição subsequente á da vencedora da licitação – ainda que sob as*

*mesmas condições oferecidas por esta – **não está em consonâcia com a norma legal que prevê a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração. [grifamos]***

Pregão 020/2002-MMA – JUSTIÇA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DISTRITO FEDERAL, AÇÃO CAUTELAR INOMINADA N.º 2002.34.00.0387437, ILMA. SR.ª JUÍZA FEDERAL DE PLANTÃO DRª. MAGNÓLIA SILVA DA GAMA E SOUZA.:

Requer a concorrente a concessão de Medida Liminar em Ação Cautelar para que seja ordenada a suspensão da sessão pública que está marcada para o dia 04/12/2002, ás 9:30, ou seu adiamento pela ordem de alteração de cláusulas editalícias, até que seja analisado o mérito do pedido em apreço.

A concessão da medida liminar depende de atendimento dos requisitos, a saber, o fumus boni iuris e o periculum in mora.

Na hipótese, afiguram-se presentes ambos os requisitos.

*O primeiro requisito restou demonstrado, em fase da plausibilidade aparente da tese **de violação do princípio da isonomia pela disposição do edital de Pregão nº 020/2002, que, com fundamentação ma Portaria 001/2002, previu a adjudicação ao vencedor da totalidade do tronco de entrada e 70% do tráfego dos troncos de saída, sendo que o restante seria destina ao 2º colocado.***

*Com efeito**, há aparente violação do princípio da igualdade, tendo em vista que a referida disposição editalícia estaria autorizando o pregoeiro a adjudicar 30% do objeto licitado para outra empresa que não a vencedora no certame, ou seja, a concorrente que ofereceu a proponente mais vantagem ao erário. Tal disposição contraria o princípio da isonomia e da competitividade, uma vez que garante ao segundo colocado parte substancial do objeto licitado, ainda que sua proposta seja derrotada.***

A justificativa apresentada pelo licitante - constitui prerrogativa da administração a subdivisão dos troncos de saída na razão de 30% para o 2º colocado para que possa comparar a qualidade do serviço oferecido a Ter meio de controle em caso de reajuste de abusivo de preços – não convence, prima e avaliar a qualidade dos serviços oferecidos.

> ***Note-se que o TCU considerou falho o argumento de que a contratação de duas em empresas prestadores de STFC garantiria a continuidade dos serviços, ao observar que a dupla contratação refere-se apenas ao tráfego de saída e não ao tráfego de entrada,*** *que permaneceria na responsabilidade e uma única licitação.* ***Por outro, o periculum in mora é manifesto, já que se não for suspensa a licitação haverá prejuízo irreparável à Impugnante e ao erário.*** *[grifamos]*

É incontestável que a opção toma pelo Administrador Público na presente hipótese, não resguarda o interesse público, na medida em que viola a Lei de Licitações e por conseqüência todo o ordenamento jurídico brasileiro como visto, a discricionariedade conferida ao Administrador Público na definição das condições de participação em determinada licitação não é limitada. Ao contrário, encontra seu limite justamente na finalidade que se busca com a licitação, que é a aquisição mais vantajosa para a Administração, em respeito aos princípios da Lei de Licitações e o ordenamento jurídico como um todo.

Flagrante, portanto, incongruência do edital em comento, nessa parte, cuja revisão faz-se imperiosa a fim de se garantir o adequado julgamento das propostas, alcançando-se as finalidades do procedimento licitatório.

III.1 – DA ILEGALIDADE QUANTO A REPACTUAÇÃO DO CONTRATO

Ademais, a citada Portaria prevê a possibilidade de rescisão a qualquer momento, isto porque, no seu artigo 8º , § 1º, que os valores contratados serão objeto de constante verificação por parte da Administração. Na seqüência, o inciso I deste mesmo dispositivo estabelece que a verificação de preço dar-se á mensalmente para se obter um histórico comparativo para fins de avaliação quanto à oportunidade e conveniência da manutenção dos contratos existentes.

Neste ponto, torna-se patente a insegurança jurídica em relação à manutenção do contrato, que depende de avaliações constantes de preço na forma do inciso II, do artigo 4º.

O parágrafo segundo acrescenta ainda que*, no caso de contratação do STFC nos moldes destacados acima, ou seja, quando há subdivisão do tronco de saída, a Administração deverá renegociar os valores contratados com operadora cujos preços sejam considerados desvantajosos, podendo optar pela contratação de apenas uma das empresas contratadas, ou, ainda, realizar novo procedimento para obtenção de contratação mais vantajosa para a Administração.*

Neste caso, a Administração rescindiria o contrato com a parte que não oferecesse "condições vantajosas", ***pretensamente embasada no genérico*** *art. 78, XII, da Lei 8666/93.*

Ou seja, não basta ofertar o melhor no momento da licitação, mas este preço será *revisto mensalmente* de forma a torná-lo ainda vantajoso, sob pena de rescisão contratual.

Além de o vencedor não Ter para si o objeto em sua integralidade, mesmo tendo praticado o melhor preço, ainda corre o risco de perdê-lo em favor da empresa contratada para execução da Rota de Transbordo ou vice-versa, o que dependerá de uma *verificação dos preços praticados pelas empresas,* nos termos do art. 8º, § 2º da Portaria n.º 01/2002 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

De outro lado, aquele que não apresentou o melhor preço no momento da licitação tem a possibilidade de ser contratado para executar o objeto em sua integralidade, se oferecer "*vantagens"* em relação ao preço praticado, lembrando-se que o inverso também pode ocorrer, ou seja, ao vencedor pode ser adjudicado o restante o objeto licitado se esta situação restar configurada do seu lado.

Diante deste quadro, denota-se que ao contratado não é reservada qualquer garantia de manutenção do contrato. O prosseguimento do contrato depende de circunstâncias externas relativa a vantagens de preço em relação ao mercado e às demais prestadoras, donde resulta um verdadeiro absurdo jurídico, principalmente por se tratar de um contrato administrativo, e não privado.

É cediço que o contrato administrativo – assim como diversos institutos do direito – é amparado pelo **Princípio da Segurança Jurídica**, segundo o qual aos sujeitos de direito resta assegurado este valor, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos.

Conceitua-se segurança jurídica como sendo o *"conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida".*

Mas isso não é tudo.

Também há violação ao Princípio da Ordem Jurídica, considerando-se que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, e na busca do pleno emprego, *é imprescindível* que a prestação do serviços de telecomunicação, quando prestados no regime privado, cinja-se, obrigatoriamente, ao delineado pela ordem econômica instituída pelo artigo 170 da Constituição Federal.

Dessa forma, é mister que a prestação dos serviços de telecomunicações se atenha aos limites fixados pela nossa ordem econômica, *"que não permite prejudicar a livre iniciativa, a livre concorrência, nem dominar mercado relevante de bens e serviços, nem aumentar arbitrariamente os lucros, ou de forma abusiva, exercer posição dominante."*

A manutenção do dispositivo que possibilita atribuir 30% do objeto ao segundo colocado, mais especificamente no artigo 4º, da Portaria Normativa Nº. 1, de 06 de agosto de 2002, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, acaba por criar um mercado ilegal e artificial ao segundo classificado, comprometendo sobremaneira a competição, pressuposto do Programa de Desestatização.

Permitir que o segundo colocado ainda pratique o preço que ofertou **(alínea "C", inciso II, do parágrafo segundo, do artigo 4.º, da Portaria Normativa No. 1, de 06 de agosto de 2002, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento), não sendo obrigado a cobrir o preço do primeiro colocado, não poder prosperar!**

III . 2 DA INADEQUADA FÓRMULA UTILIADA NO EDITAL, PARA CONVERSÃO DE PULSO EM MINUTOS NO QUE CONCERNE AS LIGAÇÕES NA MODALIDADE STFC LOCAL

Da leitura do instrumento convocatório, verificou-se que no Anexo II, que trata da Planilha de Formação de Preços, há utilização da fórmula pra conversão de minutos de conversação em pulsos constante na citada Portaria Normativa nº 01 de 06 de agosto de 2002, neste contexto, necessário esmiuçar **a impossibilidade da aplicação desta fórmula.**

Cumpre salientar que, a fórmula utilizada pelo Edital afronta nitidamente as determinações da ANATEL exteriorizadas pelos **ofícios 873/2002/PBCPP/PBCP – ANATEL e n.º 997/2002/PBCPP/PBCP – ANATEL (doc.05/06),** dado que estes ofícios pacificaram quais são as fórmulas que devem ser empregadas para a conversão de minutos de conversação em pulsos.

A ANATEL enquanto Agência Reguladora dos Serviços de Telecomunicações e, destarte, órgão competente para edição de normas regulamentadoras desses serviços, expediu os Ofícios de n.º 873/2002/PBCPP/PBCP – ANATEL e n.º 997/2002/PBCPP/PBCP – ANATEL, veiculando as fórmulas e métodos de conversão a serem observados.

Neste sentido, indispensável é a aplicação das disposições normativas emanadas pelo competente órgão regulador do setor, qual seja, a ANATEL, que, com efeito, estabelecem **parâmetros oficiais** concernentes à conversão em apreço, em oposição às estipulações editalícias.

Cumpre ressaltar, ainda, que as operadora que adotam o minuto como unidade de cotação de preços, quais sejam, a *Empresa Brasileira de Telecomunicações Ltda – Embratel* e a *Global Village Telecom – GVT*, utilizam-se de diferentes modelos de tarifação por minuto.

O modelo adotado pela *GVT,* caracterizado pela aproximação do tempo de conversação apurado para o minuto cheio subseqüente, não admite cobrança fracionada.

Deste modo, uma conversa telefônica de 2 (dois) minutos e 1 (um) segundo de duração será aproximada, por este sistema de tarifação, pra o minuto cheio seguinte, sendo tarifada como uma ligação de duração equivalente a 3 (três) minutos.

Neste caso, a fórmula de conversação a ser utilizada entre a Concorrente e a *Global Village Telecom,* para fins de julgamento de suas propostas, é a veiculada por meio do Ofício n.º 873/2002/PBCPP/PBCP – ANATEL, expedido em 21 de outubro de 2002, no qual a ANATEL expressa seu entendimento de que o critério mais justo de conversão de pulso para o minuto é o de 1 pulso para cada 4 minutos, conforme fórmula transcrita abaixo:

$$\mathbf{M = \frac{4 \times Px\,(e+tmc+k)}{4+tmc}}$$

Obs: No casa da GVT, **"e"** é igual a zero.

A *Embratel*, por outro lado, adota um modelo misto, em que o mínimo de tarifação equivale a 1 (um) minuto, sendo diferente da unidade de tarifação, que é o décimo de minuto.

As ligações menores que 1 (um) minuto, desta forma, serão tarifadas como tendo duração equivalente a 1 (um) minuto completo e, a partir do primeiro minuto de conversão, a contagem passa a considerar os décimos de minutos pra efeitos de tarifação.

A fórmula de conversação a ser utilizada entre a Concorrente e a *Embratel*, neste caso, para fins de julgamento de suas propostas, é a veiculada por meio do Ofício n.º 997/2002/PBCPP/PBCP – ANATEL, nos moldes abaixo, e que deve ser complementada pelo laudo do CPQD:

$$M = (CH \times e) + (CHm \times tm) + MC - MCHm + CHM \times k$$

Onde:

M = minutos tarifáves;
CH = número de chamadas;
e = quantidade de minutos tarifáveis equivalentes ao valor cobrado pelo estabelecimento da chamada (conexão);
MC = minutos de conversação;
tm = tempo mínimo de tarifação;
MCHm = minutos das chamadas com tempo de conversação menor que tm;
CHM = chamadas com tempo de conversação igual ou superior a tm;
K = 0,50 da unidade de tarifação.

Na fórmula proposta, e é dado por:

$$e = \frac{R\$e}{R\$t}$$

Onde:

R$e - valor cobrado pelo estabelecimento da chamada (conexão);
R$t - valor cobrado por minuto.

Cumpre registrar que o Centro de Pesquisas e Desenvolvimento em Telecomunicações – **CPQD,** desenvolveu estudo minucioso acerca da conversão de Pulso x Minuto entre as empresas Concorrente e *Embratel*, tornando a fórmula do Ofício da ANATEL mais precisa, onde fica mais claro o perfil de distribuição de tráfego existente, válido para equivalência entre o montante de unidades tarifadas por sistemas de multimedição com sistemas de medição por tempo, o qual o tempo mínimo de faturamento é diferente da unidade de tarifação.

Assim, pode se escrever:

$$M = \frac{4x\ Px\ [tmc + e + ka\ x\ \%A + Kbx\ \%b]}{4 + tmc}$$

Onde:

Ka = fator (K^1) para as chamadas com duração até o 1º minuto, que é cheio;
Kb = fator (K^2) para as chamadas acima de 1 minuto;
%A = Percentual das chamadas com duração até 1 minuto;
%B = Percentual das chamadas com duração acima de 1 minutos;
%A + %B = 100% (total de chamadas);
e = Re/Rt
tmc = Tempo médio de conversação
M = Quantidade Minutos de Tarifação

P = Quantidade de Pulsos

Três aspectos devem ser salientados:

a) **Ka** corresponde a 0,5 da unidade de tarifação (se a unidade for décimo de minuto, **Ka** = 1/20 = 0,05);

b) Os valores de **Ka,** de **%A** (ou de **%B**) e de **tmc** dependem do tipo de distribuição de probabilidade associada ao usuário ou ao conjunto de usuários. Esses fatores são medianos e podem ser usados com finalidades estatísticas diversas, tais como: comparação entre diferentes critérios de tarifação, planejamento e orçamento financeiro;

c) Com essas considerações, a fórmula acima pode ser usada como uma estimativa para que haja um julgamento eqüitativo da relação pulsos/minutos de conversação/minutos de tarifação.

Considerando, portanto, que as fórmulas adotadas pela ANATEL, veiculadas nos Ofícios de n.º 873/2002/PBCPP/PBCP – ANATEL, complementando pelo laudo do CPQD, apresentam-se como parâmetros oficiais emitidos pelo competente órgão regulador do setor, consistindo instrumento de garantia da igualdade de condições entre as participantes do certame, independentemente da medida e do modelo de tarifação utilizados, inquestionável é a necessidade de adoção das referidas fórmulas de conversão da ANATEL, em detrimento da fórmula apresentada pelo instrumento convocatório.

Ora, conforme se depreende do objeto do certame em comento, trata-se de procedimento licitatório visando à contratação de empresa para prestação de Serviço Telefônico Comutado, também na modalidade local – STFC Local

Com efeito, no que concerne ao Serviço Telefônico Comutado na modalidade local, **a tarifação dos Planos Básicos de Serviço Telefônico Fixo Comutado Local, aprovados pela ANATEL, utilizam como unidade de tarifação o pulso, e não o minuto**, tal como dispõe o Art. 3º, V, da Resolução 85 da ANATEL, *in verbis:*

> *"Art. 3º Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:*
> *(...)*
>
> *V – Chamada Multimídia: comunicação telefônica cuja tarifação é realizada mediante a* ***geração de pulsos*** *temporizados e cadenciados, com base nas tarifas aplicáveis e horário de realização;"*

Entretanto, considerando que algumas empresa utilizam o minuto como unidade de tarifação para o referido serviço, a previsão, no Edital, da correta fórmula de

conversão dos valores apresentados pelas licitantes é imprescindível para a isonômica avaliação e comparação de suas propostas.

Para que o julgamento das propostas de preço possa se realizar em bases igualitárias, destarte, mostra-se imprescindível a equivalência das mesmas, mediante a previsão da adequada fórmula de conversão dos minutos em pulsos, pra que do cotejo entre elas evidencie-se a mais vantajosa para a Administração.

Nesse passo, evidente o equívoco do Edital, na medida em que determina, pra fins de conversão dos valores, a utilização de fórmula incompatível com as determinações da ANATEL, bem como a proporia regulamentação do serviço licitado e também o Plano Básico de Serviço das licitantes, que, conforme sobredito, deve contemplar preços em pulsos.

Portanto, caso seja mantida a fórmula constante do instrumento convocatório, restará prejudicada a comparação dos valores ofertados pelas diferentes licitantes, em flagrante afronta aos princípios e normas orientadores da licitação, com prejuízo do interesse Público de realizar a melhor contratação, à revelia do previsto no Art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/93, *in verbis*:

"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 será processada e julgada em estrita conformidade com os básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação do instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos:***

§1º É vedado aos agentes públicos:

I – ***admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convovação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções*** *em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio das licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, " (grifamos)*

Assim, a Lei de Licitações veda, nos termos acima colacionados, a existência de condições no edital que prejudiquem a competição, frustando a finalidade do procedimento licitatório, que é a contratação da proposta mais vantajosa para o Poder Público com observância do princípio da isonomia.

A aplicação de fórmula diversa da determinada pelo órgão regulador do setor, qual seja, a ANATEL, inviabilizará, inexoravelmente, o julgamento equânime e isonômico das propostas e, consquentemente, a competividade das licitantes, violando, deste modo, o princípio da isonomia que deve permear todos os atos dos procedimentos licitatórios.

Neste sentido, insta trazer à colocação os ensinamentos do renomado administrativista Marçal Justen Filho:

> "*O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada.* ***Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse público concretamente identificável na hipótese****. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de:*
>
> ***a) exigência incompatível com os sistema jurídico:***
>
> *b) desnecessidade da exigência;*
>
> ***c) inadequação da opção exercida no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação;***
>
> *O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais.* ***Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias****. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o "fim" a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como "meios" de conseguir aquele fim.* ***Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do "fim""*** *(IN COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 7ª ed. Dialética, 2000, p.416)*

Portanto, a toda evidência, resta patente a necessidade de previsão, no Edital em epígrafe, dos fatores de conversão determinados pela ANATEL, veiculadas nos Ofícios de n.º 873/2002/PBCPP/PBCP – ANATEL e n.º 997/2002/PBCPP/PBCP – ANATEL, complementando pelo laudo do CPQD, sob pena de inviabilizar-se o julgamento das propostas em bases equivalentes, em desrespeito ao interesse público de realizar a contratação mais vantajosa.

V – DO PEDIDO

Como se verifica do exposto, o edital combatido contraria a legislação vigente em nosso país, trazendo em seu bojo exigência imprecisas e padecendo das condições necessárias para a elaboração das propostas comerciais pelas licitantes.

Diante do exposto, requer sejam acolhidas as presentes modificações no edital, atentando-se para as questões ora explicitadas, ou seja:

1) seja retirada dos pilares normativos deste Instrumento Convocatório a Portaria n.º 01/2002 do MPOG, por ser inconstitucional e afrontar a lei de licitações permitindo o que a lei proíbe, ensejando, nesta passo, a sua republicação e a suspensão do presente procedimento licitatorio;

2) Seja substituída a formula da portaria para conversão pulso x minuto pelas indicadas pela Agência Nacional de Telecomunicações.

De toda sorte, frisa-se que pela importância deste certame, solicita-se a **URGÊNCIA** no conhecimento dos pedidos e que as empresas sejam informadas o mais brevemente possível da decisão a ser proferida por este Órgão.

Brasília, 04 de março de 2004.