



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Decisão nº 001.2014.CPL.798876.2013.45965

IMPUGNAÇÃO INTERPOSTA AOS TERMOS DO EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 5.001/2014-CPL/MP/PGJ, PELA EMPRESA **THYSSENKRUPP ELEVADORES S/A**, EM **15 DE JANEIRO DE 2014**. PRESSUPOSTOS LEGAIS: LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR, A EXISTÊNCIA DE UM ATO ADMINISTRATIVO, FUNDAMENTAÇÃO E TEMPESTIVIDADE ATENDIDOS.

1. DA DECISÃO

Analisados todos os pressupostos de admissibilidade e os aspectos objeto da peça dirigida, esta **COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO**, com fundamento no artigo 13, § 1.º do ATO PGJ N.º 389/2007, decide:

a) **Tomar como tempestiva** a impugnação apresentada pela empresa **THYSSENKRUPP ELEVADORES S/A**, CNPJ nº 90.347.840.0016-02, aos termos do edital do Pregão Presencial nº 5.001/2014, pelo qual o *Parquet Amazonense* busca contratar empresa especializada para *prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento de peças e acessórios para os elevadores dos prédios da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas, na cidade de Manaus, por um período de 12 meses;*

b) **No mérito, NEGAR PROVIMENTO ao pedido;**

c) **Manter o edital e a data de realização do certame**, uma vez que não houve alteração do objeto, em consonância com o art. 21, § 4º da Lei 8.666/93.

2. DO RELATÓRIO

2.1. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Chega a esta Comissão Permanente de Licitação, em 15 de janeiro de 2014, a impugnação interposta aos termos do Edital do Pregão Presencial nº 5.001/2014-CPL/MP/PGJ, apresentada pela empresa **THYSSENKRUPP ELEVADORES S/A**, questionando em suma: **A)** A aplicabilidade das regras do Código de Defesa do Consumidor à contratação decorrente do objeto a ser licitado; **B)** A ausência de divulgação do valor estimado pela Administração; e **C)** O prazo para apresentação da garantia contratual.

2.2. DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Ab initio, é necessário observar se o interessado atende às exigências emanadas do repositório legal das licitações públicas, particularmente, aquelas decorrentes do texto dos §§ 1º e 2º, do art. 41, da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 13 do ATO PJG 389/2007.

Rezam esses dispositivos que qualquer cidadão e/ou pretense licitante é parte legítima para impugnar edital de licitação, desde que o façam, respectivamente, até o **até o quinto e segundo dia útil** anterior à data fixada para a realização da sessão inaugural do certame.

Dessa regra se desdobram alguns requisitos que devem ser adimplidos quando de eventual impugnação dirigida ao órgão público licitante, são eles: legitimidade, interesse, a existência de um ato administrativo, fundamentação e tempestividade.

O primeiro desses pressupostos dispensa maiores comentários ante à clarividência da norma mencionada alhures, isto é, *qualquer cidadão é parte legítima*.

Obviamente, o segundo requisito apontado decorre dessa acepção de legitimidade, pois mesmo que não se trate de pretense licitante com interesse concreto e pontualmente direcionado às regras do cotejo, o interesse da parte legitimada pela regra sobredita pode estar revestido do mero e simples anseio de se satisfazer com o cumprimento estrito da lei.

Na verdade, cremos que a intenção do legislador foi justamente a de conferir ao procedimento licitatório o mais amplo, acessível e rigoroso sistema de fiscalização.

O terceiro ponto a ser observado decorre certamente da consequência lógica do instituto ora em estudo. É dizer, só se pode questionar, esclarecer ou impugnar algo que existe. *In casu*, um ato administrativo instrumentalizado sob a forma de um documento público.

Conseqüentemente, eventual objeção a um ato administrativo deve trazer consigo suas razões fundamentais específicas, mesmo que simplesmente baseada em fatos, de forma a evitar que a oposição seja genérica, vaga e imprecisa. A peça em análise preencheu, também, esse requisito ao indagar pontualmente o entendimento de determinadas regras do edital.

Por derradeiro, há o pressuposto que condiciona o exercício dessa faculdade a determinado lapso temporal, de forma que, ultrapassado o limite de tempo em que se poderia interpor os questionamentos reputados necessários, deixa de existir o direito conferido pela Lei àquela particular situação.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

No caso corrente, a impugnação partiu de pretensão licitante e, por isso, o juízo de admissibilidade deve lastrear-se nas disposições do § 2º, art. 41 da Lei Licitação.

Com termos semelhantes dispõe, também, o subitem 10.2 do Edital, estipulando que “qualquer pessoa poderá impugnar o edital até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, no horário de expediente da CPL, das 8 às 15 horas.”. Faz-se necessário, contudo, estabelecer os critérios a serem utilizados na contagem desse prazo.

Sobre o tema, segue lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹,

“A contagem do prazo para impugnação se faz com a observância da regra geral do art. 110 da Lei nº 8.666/93, tendo por termo inicial a data estabelecida para a apresentação da proposta”². Para facilitar o entendimento, exemplifica-se a seguinte situação:

O dia 19 foi fixado para a realização da sessão e, na forma da contagem geral de prazos, não se computa o dia do início. O primeiro dia na contagem regressiva é o dia 18; o segundo, o dia 17. Portanto, até o dia 16, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderá o licitante e qualquer cidadão impugnar o edital ou requerer esclarecimentos. (...)

Caso a impugnação seja oferecida fora do prazo, não deve ser conhecida com essa natureza, mas merece ser respondida, como qualquer documento que é dirigido à Administração.

Utilizando-se da explanação apresentada, no particular caso sob exame tem-se que a licitação está marcada para iniciar-se em 20/01/2014, ocasião em que será realizado o credenciamento e a abertura das propostas dos licitantes, e, pela contagem regressiva dos dois dias úteis, até o dia 15/01/14, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderia o interessado impugnar o edital ou requerer esclarecimentos.

Como já se disse alhures, a interessada interpôs sua solicitação aos 15/01/2014, às 14h.02min. Portanto, a peça trazida a esta CPL o foi **tempestivamente**.

Sendo assim, passemos à análise do pedido.

3. RAZÕES DE DECIDIR

Bem, conforme dissemos acima, as razões de impugnação da

- 1 In Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico, Editora Fórum, 1ª edição, 3ª tiragem, 2004, págs. 503/504.
- 2 Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário. Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

interessada giram em torno de três aspectos pontuais bem definidos. Portanto, vejamos os devidos esclarecimentos concernentes a cada uma dessas questões impugnatórias.

3.1. DA PREVISÃO DE APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CONTRADO.

A empresa impugnante requer a exclusão das previsões de aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre este Órgão e a licitante vencedora do certame, em oposição à previsão da Cláusula Vigésima Sexta, da Minuta de Contrato.

Não obstante às ponderações da impugnante, muitos menos a doutrina de escol em que se apoia, de pronto, afirmamos, não assistir razão à multicitada empresa, pois, à semelhança do juízo desta Comissão Permanente de Licitação, há um sem número de doutrinadores que patrocinam, com legítimos argumentos, a aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor a uma avença administrativa, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei 8.666/93, sendo ela consumidora ou usuária, porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final.

A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CPDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.

Este é o pensamento de Celso Bastos, ao arguir que a Lei não exclui o Estado quando este adquire produtos ou é usuário.³

Tome-se, por exemplo, a prestação dos serviços de telefonia, fornecimento de gás, água e luz. Apregoar-se que a entidade privada ou pública, por ser parte da Administração, está afastada do manto protetor da Lei 8.078/90 é simplesmente absurdo e não se compatibiliza com o artigo 2º do CDC. Servindo-se a Administração, como qualquer particular, dos serviços prestados por concessionárias do serviço público, não tem cabimento sua exclusão da proteção legal, o que feriria, brutalmente, a Constituição, que agasalha todo consumidor, sem exclusão de quem quer que seja.

Ademais, existe uma infinidade de situações em que a administração, como destinatária final, adquire bens e serviços sem licitação ou contrato administrativo formal, a exemplo das despesas de pronto pagamento, via suprimento de fundos, onde é irrecusável que a única proteção contra vícios típicos da atividade de consumo reside no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Não bastasse, é imperioso destacar que a possibilidade de aplicação, subsidiária, do CDC nos contratos administrativos, decorre não só da inteligência do art. 54 da Lei nº 8.666/93, como do fato de a Administração tanto se enquadrar no conceito de

3 Citação de Celso Bastos, in Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 2º volume, 1989, p.160.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

fornecedor, previsto no art. 3º da Lei nº 8.078/90, como preencher o requisito da **vulnerabilidade técnica ou fática/econômica**, exigido pela doutrina dominante.

Nesse sentido, vale mencionar que o TCU já reconheceu a aplicabilidade do Estatuto Consumerista nos contratos administrativos (processo nº TC-015.972/1999-2 do TCU). Aliás, na versão 32, de nº 87 (jan/mar 2001), da **Revista do Tribunal de Contas da União**, há um artigo do mestre Jatir Batista da Cunha, Subprocurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, denominado “*Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Administrativos*”, o qual toma por ponto de partida, justamente, o debate travado naquele processo. Ao final de seus apontamentos, conclui o autor:

Por todo o exposto, pode-se concluir que é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que atendidas as seguintes condições:

- a) o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática **ou** econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos;
- b) o órgão ou entidade pública estiver adquirindo o produto ou serviço na condição de **destinatário final, ou seja, para o atendimento de uma necessidade própria** e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial. (grifamos)

Ratificando esse entendimento, há jurisprudência mais recente da Corte de Contas da União da qual é exemplo não só o *ACÓRDÃO nº 92/2004 – TCU – Segunda Câmara*, como o *ACÓRDÃO Nº 853/2013 – TCU – Plenário*. Melhor, no dispositivo desse último *decisum*, inclusive, há determinação no sentido de que se exija da contratada a reparação dos vícios verificados no objeto, tendo em vista **o direito assegurado à Administração**, dentre outros, pelo art. 12 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Para finalizarmos o quesito, cumpre mencionarmos a lúcida exposição do administrativista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, na sua didática obra, *Compras pelo Registro de Preços*, na qual leciona, com ênfase, que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor pode ser utilizado pela Administração, sempre que se sentir prejudicada por fornecedor ou prestador de serviços.⁴

Dessarte, não merece guarida a impugnação da pretensa licitante, já que demonstrada a plausibilidade da aplicação subsidiária à futura avença, no que couber,

4 Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 1998.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

das disposições da Lei 8.078/90.

3.2. DA DIVULGAÇÃO DO VALOR ESTIMADO

Noutro foco, quanto ao questionamento alusivo à apresentação do valor estimado pela Administração para a contratação do objeto em voga, o cerne da indagação da interessada é direto e simples e, portanto, reclama pronunciamento pontual e sem muita digressão, muito mais por se tratar de questão de pacífico entendimento no âmbito da Corte Máxima de Contas da União.

Bem se sabe que as contratações públicas são regidas por vários princípios e critérios, dentre os quais, certamente, o da publicidade. Ocorre que, no caso particular em apreço, há que se considerar, sobretudo, outros princípios de muito maior relevância, repisamos, *in casu*, já que, em abstrato, não se pode afirmar a sobrepujança de um princípio sobre o outro. Referimo-nos, assim, aos critérios da competitividade, impessoalidade e da igualdade entre os concorrentes.

I) Levando-se em conta a competitividade do certame, a experiência vivenciada pelo Órgão conduz à irrefutável conclusão de que a revelação do preço máximo a ser desembolsado com a contratação **faz com que as propostas dos licitantes orbitem em torno daquele valor**, o que prejudica a obtenção das melhores condições de contratação, em patente afronta ao princípio sob exame.

II) Considerando-se a impessoalidade e isonomia entre os interessados, à luz da solicitação em análise e de seus argumentos, **ambos os critérios seriam ofendidos** ao conceder-se, única e exclusivamente, à empresa que pedisse, as informações alusivas à quantia máxima disponível para desembolso pela Administração. Dito de outra forma, não há como garantir-se impessoalidade e, portanto, isonomia, se as regras aplicadas no certame não forem conhecidas por todos e pelos mesmos meios.

Mas vale destacar que, após a fase de lances, será ampla a possibilidade de acesso, por parte do licitante, ao processo administrativo de onde constam os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Tudo isso porque, lembramos, caso fosse admitida a consulta anterior à tal fase, além de se comprometer a livre disputa e a possível contratação mais vantajosa, estar-se-ia, flagrantemente, desrespeitando o princípio da isonomia.

Em ambos os sentidos (I e II), há farta jurisprudência recente do Tribunal de Contas da União corroborando com o que aqui se apregoa, tais como os Acórdãos 644/2006, 1925/2006, 114/2007, 1789/2009, todos do Plenário do TCU. Eis o trecho do voto do Relator, **Ministro José Jorge**, do Processo nº TC 033.876/2010-0, atinente ao **ACÓRDÃO Nº 392/2011 – TCU – Plenário**:

“



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

[...]

Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – **não constituem elementos obrigatórios do edital**, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. **Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos** – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.” (g.n.)

No julgamento do mesmo processo, decidiu o Plenário daquela Corte:

“

[...]

não seria obrigatória a fixação de preço máximo, tampouco a divulgação do valor orçado, por se tratar de pregão. Pelas razões já expostas, **ficaria a critério do órgão fixar o preço máximo, sendo igualmente discricionária a sua divulgação.**” (g.n.)

Debatendo sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o **Ministro Benjamin Zymler**, à época presidente do Tribunal de Contas da União, ao comentar as inovações desse novo regime de licitações, destacou que “o sigilo sobre o orçamento evitará que as propostas gravitem em torno do orçamento fixado pela Administração, ampliando-se a competitividade do certame”¹

Em outras palavras, a prática adotada pelo *Parquet*, é dizer, o sigilo sobre o orçamento, traduz a posição defendida pelo TCU, isto é, amplia a disputa e consagra a competitividade do certame, culminando no princípio basilar da licitação: a busca da melhor proposta para a Administração Pública.

3.3. DA GARANTIA CONTRATUAL

Por fim, a insurgente argúi que o prazo para apresentação da garantia contratual, previsto na Minuta de Contrato seria demasiadamente exíguo, a depender da *modalidade escolhida pela licitante vencedora*. Solicita, portanto, que o prazo seja alterado para 30 (trinta) dias, a contar da assinatura do ajuste, ao invés dos prescritos 10 (dez) dias.

É cediço que a exigência de garantia contratual é uma faculdade atribuída à Administração, que deve avaliar sua necessidade de acordo com a complexidade do objeto do contrato.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Se discricionária é a previsão da garantia, muito mais o é a forma pela qual ela será implementada, a qual irá depender do caso concreto, bem como da análise dos critérios de oportunidade e conveniência por parte da Administração .

Bem, particularizando ainda mais a discussão, é prática consolidada da Gestão Administrativa deste Ministério Público do Estado do Amazonas a exigência de que a parte contratada apresente a respectiva garantia contratual no prazo de 10 (dez) dias da assinatura do contrato, prática essa que nunca encontrou qualquer resistência dos prestadores ou fornecedores deste Órgão, independentemente da modalidade eleita.

Ao que nos parece, a eventual dificuldade da impugnante em conseguir apresentar, caso vencedora do cotejo, a devida garantia no prazo consignado, tratar-se-ia de um problema particular e excepcional. Mantem-se, portanto, a redação original da Cláusula Décima Sétima da Minuta do Contrato.

4. CONCLUSÃO

Dessarte, recebo a impugnação feita pela empresa THYSSENKRUPP ELEVADORES S/A., CNPJ 90.347.840/0016-02, para, no mérito, indeferir as razões colhidas.

O teor da presente decisão não afeta a formulação de propostas por parte das empresas interessadas, conforme preleciona o artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual mantém-se a realização do cotejo na data original, conforme publicação oficial, a fim de dar-se prosseguimento aos demais atos providenciais.

É o que temos a esclarecer.

Manaus, 17 de janeiro de 2014.

Frederico Jorge de Moura Abraham

Presidente da Comissão Permanente de Licitação