

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 017.566/2012-6

Natureza(s): Representação

Órgão/Entidade: Eletrobrás Distribuição Piauí - EDP

Responsável: Marcos Aurélio Madureira da Silva (Diretor Presidente da EDP)

Representante: R.S. - Comércio de Terminais Telefônicos Ltda.

Advogado constituído nos autos: Amélia Lúcia Brandão Araújo (OAB/PI 6527), Izabelita de Jesus Carneiro Machado (OAB/PI 4902) e outros

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. ELETROBRAS DISTRIBUIÇÃO PIAUÍ – EDP (ANTIGA COMPANHIA ENERGÉTICA DO PIAUÍ – CEPISA). EDITAL DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS INDEVIDAS, COM POTENCIAL RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. CONHECIMENTO. MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER O CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ANTIECONOMICIDADE. ESSENCIALIDADE DOS SERVIÇOS. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. AUTORIZAÇÃO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, PARA O PROSSEGUIMENTO DO CERTAME, VEDANDO-SE A PRORROGAÇÃO DO RESPECTIVO CONTRATO. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA À REPRESENTANTE E À EDP. MONITORAMENTO. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela R. S. - Comércio de Terminais Telefônicos Ltda., noticiando possíveis irregularidades no Edital de Licitação de Concorrência Pública 006/2012-Serviços (Peça 6, p. 1-23), conduzida pela Eletrobrás Distribuição Piauí - EDP (antiga Cepisa), voltada à contratação de escritório de advocacia objetivando a prestação de serviços jurídicos especializados.

2. Basicamente, a representante alega a ocorrência dos seguintes indícios de irregularidades:
- a) exigência considerada irrazoável e não justificada, descrita no subitem 6.4.2 do Edital, a saber:

6.4.2. O licitante deverá apresentar declaração de que a sociedade manterá durante toda a execução do contrato estrutura física e funcional, conforme tabela abaixo:

Local	Mínimo de funcionários
Brasília/DF	Dez advogados, 1 secretária, 1 mensageiro, 2 auxiliares de escritório.

Local	Mínima estrutura física
Brasília/DF	Treze computadores com conexão na internet banda

	<i>larga, interligados em impressora padrão, aparelho de fax, scanner, telefone, copiadora, sala de reunião para, no mínimo, dez pessoas, veículo para deslocamentos.</i>
--	---

b) inexecuibilidade do preço de referência adotado no edital, de R\$ 19.500,00 mensais, em face da estrutura mínima exigida no subitem 6.4.2 do Edital.

3. Mediante a decisão à peça 10, acolhi a representação e determinei a expedição da medida cautelar requerida, bem como as demais medidas necessárias à instrução do feito. Segue-se a fundamentação do referido despacho:

10. De plano, admito a representação, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 235, parágrafo único, e 237, VII, do RI/TCU.

11. Em juízo de cognição sumária, reconheço que a exigência de requisitos pontuais e detalhados de infraestrutura e de número mínimo de profissionais contidas no subitem 6.4.2 do Edital colide com a vedação expressa no inciso I do §1º do art. 3º da Lei 8.666/93, porquanto tais exigências editalícias restringem potencialmente o caráter competitivo da licitação.

12. Portanto, acolho, com ajustes de forma, a proposta preliminar da unidade técnica, no sentido de expedir, desde logo, medida cautelar, sem oitiva prévia, com base no art. 276 do Regimento Interno do Tribunal, para suspender os atos pertinentes à Concorrência Pública 006/2012, sob a responsabilidade da Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP, incluindo a oitiva prevista no §3º do art. 276 do Regimento Interno.

13. Acresço que o Presidente da Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP – deverá ser alertado de que a eventual consumação de irregularidades decorrentes da continuidade do certame em tela sujeitará o(s) responsável(is) às sanções previstas na Lei 8.443/92.

14. Também registro a necessidade de diligenciar, desde logo, à Eletrobras Distribuição Piauí – EDP –, para que encaminhe ao Tribunal cópia, de capa a capa, dos autos do processo referente à Concorrência Pública 006/2012, incluindo todos os atos praticados até a data da resposta à diligência.

15. Assim, decido:

15.1 admitir a representação, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c os arts. 235, parágrafo único, e 237, VII, do Regimento Interno do Tribunal;

*15.2 nos termos do art. 276 do Regimento Interno do Tribunal, **determinar, cautelarmente, a suspensão dos atos pertinentes à Concorrência Pública 006/2012** até o julgamento de mérito desta Representação;*

*15.3 com base no § 3º do art. 276 do Regimento Interno do Tribunal, determinar a **oitiva** do responsável pela **Concorrência Pública 006/2012**, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência, apresente a este Tribunal **os esclarecimentos pertinentes e as contrarrazões em relação aos fatos noticiados nesta representação, com destaque para a exigência de requisitos pontuais e detalhados de infraestrutura e de número mínimo de profissionais contidas no subitem 6.4.2 do respectivo edital**, o que colide com a vedação expressa no inciso I do §1º do art. 3º da Lei 8.666/93, porquanto tais exigências editalícias restringem potencialmente o caráter competitivo da licitação;*

*15.4 nos termos do art. 157 do Regimento Interno do Tribunal, **diligenciar** à Eletrobras Distribuição Piauí – EDP – para que encaminhe ao Tribunal, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, **cópia, de capa a capa, dos autos do processo referente à Concorrência***

Pública 006/2012, incluindo todos os atos praticados até a data da resposta à presente diligência;

15.5 alertar o Presidente da Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP – de que a eventual consumação de irregularidades decorrentes da continuidade do certame em tela sujeitará o(s) responsável(is) às sanções previstas na Lei 8.443/92.

4. Realizadas as medidas saneadoras cabíveis, a Secex-PI elaborou a instrução conclusiva à peça 27, cuja proposta de encaminhamento foi endossada pela direção da unidade técnica (peça 28). Nos termos do art. 1º, §3º, inciso I, da Lei 8.443/92, reproduzo a seguir, com ajustes de forma, o teor principal da referida instrução, cuja prolixidade levou-me a suprimir da transcrição os trechos redundantes e os dispensáveis à consistência da análise:

4. Ultimadas as providências a cargo desta Secex, tendo por escopo proceder às comunicações processuais ao responsável pelo certame, foram prestados os esclarecimentos solicitados (peça 21) e disponibilizada a cópia integral dos autos do processo referente à Concorrência Pública 006/2012 (peças 23-24), cujo conteúdo será, doravante, objeto de nossa análise.

Exame Técnico

Argumento:

5. A EDP inicia questionando onde estaria a restrição à competitividade do certame, eis que se permite a participação do licitante mesmo que não tenha a estrutura ali descrita. Considera, pois, que o item 8.3, “b”, do projeto básico, reproduzido pelo item 6.4.2. do edital, não compromete a competição, tanto que o licitante que não possuir no momento da disputa a estrutura mínima ali indicada, poderá participar e se tornar vencedor. Assim, segundo conclui, o item do edital, ora questionado, não colide com o art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93.

6. (...) ressalta estarem demonstrados três pontos: a) que a exigência ora questionada não compromete, impede ou frustra a competição (uma vez que, repise-se, o licitante que não possuir a estrutura descrita no dispositivo editalício pode participar e se tornar vencedor); b) que está em consonância com o que vem sendo orientado pelo Tribunal de Contas da União, a exemplo do que dispõem os Acórdãos 167/2006 - Plenário e 1.598/2006 - Plenário; e c) que a exigência tem como fundamento legal o artigo 30, II, do Estatuto das Licitações.

7. Por outro lado, sob o subtítulo “das razões que levaram a administração exigir a estrutura mínima física e funcional para a execução do contrato”, procurou demonstrar a razoabilidade dos quantitativos exigidos, em face dos serviços demandados, objeto do presente edital, arrematando, pois, que tais exigências – no sentido da manutenção de uma estrutura mínima – fitavam à perfeita execução do trabalho e, desde o início do processo de contratação, deixou-se muito claro que a não manutenção de tal estrutura configuraria infração grave, penalizada com multa de 5% do valor mensal do contrato, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades, conforme item 23 e anexo IV do projeto básico. Por essa razão, vê-se que a não observância de tal estrutura física e funcional mínima tem por consequência a penalização do escritório contratado, não tendo, saliente-se, qualquer relação com a vedação à participação da concorrência, como fez entender a autora da Representação.

8. Contextualiza, outrossim, que a presente concorrência pública tem o mesmo objeto de contrato firmado pela EDP, cuja vigência finda-se em 10/10/2012, oriundo de processo licitatório de concorrência, tipo técnica e preço, que, em face do art. 57 da Lei 8.666/93, não pode mais ser prorrogado, razão pela qual urge que a conclusão da Concorrência Pública 06/2012 se dê antes de outubro deste ano. Dessa feita, desde já, pleiteia a reconsideração da

decisão cautelar de suspensão do certame, para que se possa dar continuidade aos atos subsequentes, uma vez que, conforme entende haver demonstrado acima, o texto atual do projeto básico e do edital não impede a participação na competição de qualquer escritório que não detenha, neste momento, a estrutura física e funcional descrita no item 6.4.2 do edital.

9. *A par do exposto, requer: a) a reconsideração da decisão cautelar, diante da ausência de prejuízo para a competição e para que seja evitado iminente dano ao interesse público, determinando o prosseguimento da licitação, uma vez que a exigência questionada só trará efeitos práticos no momento da execução do contrato; b) seja julgada improcedente a representação, diante da inexistência de restrição à competição e da razoabilidade da estrutura descrita no item 6.4.2 do edital; c) caso esta Corte entenda pela irrazoabilidade de qualquer ponto contido no item 6.4.2 do edital, o que admite apenas pelo prazer de argumentar, que seja determinado de forma objetiva aquilo que necessita de correção, a fim de que sejam evitadas novas paralisações ao certame, o que acarretará – caso o mesmo não seja concluído antes do outubro vindouro – grave dano ao interesse público.*

Análise:

10. *Como já anotado, por ocasião da instrução anterior (peça 7, p. 2-4), temos que o ponto fulcral da presente Representação diz com o malferimento da igualdade entre os licitantes e a restrição à competitividade do certame licitatório, (...) [nos termos do] art. 37, XXI, da CF e art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/93 (...) [dispositivos reproduzidos na instrução, compilando-se a seguir apenas do art. 3º, §1º, inciso I, do Estatuto das Licitações]:*

“Art. 3º (...)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

(...)

12. *Repisamos que a licitação em tela tem por fito a contratação de escritório advocatício para o patrocínio de causas jurídicas, pelo que somente se têm por autorizadas e devidas as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (...) [a instrução fundamenta sua tese com excertos dos Acórdãos 1.094/2004, 374/2009 e 489/2012, todos do Plenário deste Tribunal].*

(...)

14. *(...) ainda que não exigida tal estrutura [requerida no item 6.4.2 do Edital] já no momento da própria concorrência pública em si, não é crível que, ressalvado os casos de má-fé de licitante, algum escritório cuja estrutura fosse alguém da demandada alcançaria tal comprovação.*

(...)

16. *De outra banda, fora dito (...) que o objeto consiste na prestação de serviços jurídicos especializados para o patrocínio de ações judiciais na Justiça Federal (JFDF e TRF 1ª Região – 2ª instância), Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, portanto, o escritório contratado atuará em cinco frentes de trabalho distintas: 1) Processos que tramitam na Justiça Federal do Distrito Federal (da 1ª a última instância); 2) Processos que tramitam no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (a partir da 2ª instância); 3)*

Processos em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho; 4) Processos no Superior Tribunal de Justiça e 5) Processos no Supremo Tribunal Federal. Logo, foi exigido que, na execução do contrato, o escritório dispusesse do trabalho de 10 advogados, a fim de que a administração possa contar com pelo menos dois causídicos por frente de trabalho, para que, na ausência ou impedimento de um, haja sempre um profissional, que também lida com aqueles processos no seu cotidiano, disponível para o adequado tratamento dos problemas que possam surgir, e assim o interesse público sempre esteja adequadamente tutelado. Ressalta-se que o escritório contratado patrocinará processos que envolvem interesses extremamente relevantes para a administração, e que, em virtude disso, cabe ao gestor cuidar para que não haja, de forma alguma, solução de continuidade na prestação do serviço.

17. Compulsando os autos, entendemos que o referido quantitativo não encontra muita plausibilidade. Da peça 24, p. 65, vemos o demonstrativo do número de processos acompanhados nos últimos meses, de março de 2011 a março de 2012, onde se tem, em média, os seguintes números de causas mensais para cada “frente”: TST = 103,23 causas; STF = 9,31 causas; STJ = 10,08 causas; JF = 5,23 causas; TRF1 = 32,85 causas, totalizando, em média, sem discriminação por frentes, 162,42 causas. Ora, dada a justificativa cartesiana da EDP, para as 103,23 causas mensais do TST, ter-se-ia dois advogados para ultimá-las e, do mesmo modo, para as apenas 5,23 causas mensais da Justiça Federal também outros 2 advogados. Não se desconhece as diferenças e especificidades de cada justiça, mas, convenhamos, (...) [a desproporção] revela-se enorme. Daí questionar-se por que não 9, 8, 7 ou 6 advogados, ou qualquer outro número, como suficientes à realização do trabalho, razão pela qual não é de ser aceita tal alegação. No ensejo, a necessidade de um advogado suplente, para os casos de ausência e/ou impedimento do principal, como alegado, já revela serem bastantes 5 advogados à liquidação do objeto do certame.

18. O mesmo raciocínio, mutatis mutandis, aplica-se à questão da exigência de 1 secretária, 1 mensageiro e 2 auxiliares administrativos e, bem assim, a de que possuísse treze computadores com conexão na internet banda larga, interligados em impressora padrão, aparelho de fax, scanner, telefone, copiadora, sala de reunião para, no mínimo, dez pessoas e veículo para deslocamentos. É possível que os próprios advogados desenvolvam algumas dessas funções sem a necessidade de possuírem secretária, mensageiro e auxiliares administrativos e, outrossim, é possível que possam se valer de internet, impressora, fax, scanner, telefone, copiadora, sala de reunião e veículos (só para o veículo que fora feita expressa consignação da desnecessidade de que fosse de propriedade da licitante) que não sejam próprios, motivo este que torna tal exigência de qualificação técnica dispensável à garantia do cumprimento das obrigações e/ou impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, o que é vedado pelos arts. 37, XXI, da CF e 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93, já citados.

(...)

20. (...) Sob essa perspectiva, eventual descumprimento contratual, por parte do escritório vencedor, tem como contrapartida a punição contratual, o que em larga medida enseja conforto à Administração, a despeito dos problemas que geraria uma inexecução contratual superveniente. Doutro modo, também é possível à Administração exigir garantias contratuais do licitante/contratado (...)

(...)

21. (...) as exigências de requisitos de qualificação técnica são formas de acautelamento da Administração, com vistas a que o objeto seja cumprido pelos licitantes. Entrementes, não podem elas (as exigências) ser de tal monta que importem no cerceamento da competitividade (...) [No caso concreto,] das 38 empresas que retiraram o edital, mas apenas 2 delas efetivamente concorreram (Ata de abertura da licitação, peça 23, p. 10). (...)

[neste ponto, a instrução cita os Acórdãos 1.417/2008-Plenário e 5.508/2009-2ª Câmara, sustentando que, embora a exigência de qualificação técnica seja uma cautela da Administração, para assegurar a garantia mínima de cumprimento das obrigações pela futura contratada, tais requisitos devem ser razoáveis, pertinentes e compatíveis com o objeto licitado, devendo ser acompanhados das devidas justificativas técnicas]

(...)

24. *Todavia, [sem prejuízo das análises apresentadas] em caráter excepcional – e estritamente em relação ao caso concreto –, cremos ser possível o seguimento da Concorrência Pública 006/2012 – Serviços, com esteio nas razões fático-jurídicas que passaremos a declinar.*

25. *Como anotado alhures, pela Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP, o contrato para o patrocínio de defesa judicial então vigente, cujo objeto identifica-se com o da presente licitação, tem data limite para encerrar – já consideradas as prorrogações possíveis facultadas pelo art. 57 da Lei 8.666/93 – dia 10 de outubro de 2012, ou seja, daqui a aproximadamente 73 dias corridos (ou 53 dias úteis).*

26. *Dessa feita, considerando os prazos previstos no Estatuto das Licitações (Lei 8.666/93) e, bem assim, os previstos no Edital da Concorrência Pública em tela relativos à possibilidade de interposição de Recurso Administrativo (peça 24, p. 34), ter-se-ia, como possibilidade, uma estimativa de tempo de: a) 45 dias corridos, que é o prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento (art. 21, § 2º, I, “b”, da Lei 8.666/93); b) 3 dias úteis para julgamento, em caso de impugnação de edital por cidadão e/ou licitante (art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93); c) 8 dias úteis, em caso de inabilitação ou de desclassificação de todos os licitantes (art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93); e o de 5 dias úteis, nos casos de Recursos Administrativos apresentados pelos licitantes ou seus procuradores (item 15.1 do Edital de Concorrência Pública 006/2012).*

27. *Assim sendo, evidencia-se o apertado interstício restante à Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP para proceder à anulação da presente licitação e, por conseguinte, abertura de uma nova, escoimada das observações pontuadas acima. Acresce-se, como agravante, que é natural que qualquer providência por parte da EDP só seja iniciada após o conhecimento da deliberação que vier a ser tomada por este TCU, por meio do competente acórdão, a ser ainda prolatado.*

(...)

29. *Ainda sobre o custo-benefício, calha referir, insistindo no que já dissemos anteriormente (peça 7, p. 2-4), que o pagamento mensal de R\$ 19.500,00 se nos afigura bastante razoável, mormente porque, consoante item 17.1. do Edital de Licitação de Concorrência Pública 006/2012-Serviços, tal valor fora “encontrado” após pesquisa de mercado:*

“17.1. Após consulta ao mercado, de acordo com a documentação que instrui o presente procedimento, estimamos para a contratação em questão o valor de R\$ 234.000,00 (duzentos e trinta e quatro mil reais) para o período de 12 (doze) meses de serviços realizados”.

30. *Ademais disso, consta dos esclarecimentos prestados pela Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP (Peça 6, p. 24-28) que a assessoria jurídica desta, instada sobre o ponto, não considerou inexequível o preço ofertado, eis que:*

(...) se baseou em pesquisa de mercado para a fixação do valor e a estrutura funcional não deverá ser remunerada exclusivamente pelo contrato que será firmado com a CEPISA, pois que os serviços não serão exclusivos e o objetivo da licitação é o encontro da proposta economicamente mais vantajosa para a administração.

31. Portanto, quer nos parecer que inexistente qualquer irregularidade neste ponto em específico, dado que a pesquisa de preço constante dos autos (peça 24, p. 125-143) denota a representatividade do preço encontrado e, bem por isso, materializa uma correspondência ao valor de mercado. Em reforço, é de se dizer que tal preço é o preço limite, o teto das propostas a serem apresentadas, significando, pois, que, efetivamente, é de se ter, como grande possibilidade, um preço contratado aquém desse limite.

(...)

33. Nesse sentido, goza de plausibilidade a alegação da Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP de que, sem a contratação de um novo escritório de advocacia, e dado o término do prazo que se avizinha, do atual contrato, estará impossibilitada de ter um acompanhamento próximo e efetivo, dado que o seu quadro próprio de advogados é insuficiente para prestação do serviço, na medida em que já sufocado, com um elevado número de atribuições, sem falar nas despesas que seriam necessárias com diárias de empregados para o desempenho de tal incumbência e, bem assim, na própria qualidade das intervenções dos causídicos, vez que tomadas à míngua de tempo hábil para uma análise mais acurada.

(...)

Conclusão

35. Ante o exposto, propõe-se, no mérito, que o presente processo de Representação seja julgado parcialmente procedente, para que este TCU:

- a) revise, nos termos do art. 276, § 5º, do RI/TCU, a cautelar anteriormente concedida, com vistas a que se dê seguimento ao procedimento licitatório da Concorrência Pública 006/2012;
- b) determine, em razão do permissivo constante do art. 276, § 6º, do RI/TCU, à Eletrobrás Distribuição Piauí, que, quando da elaboração e abertura de novos editais de licitação:
 - b.1) ao inserir exigência de comprovação de capacidade técnico-profissional ou técnico-operacional de que trata o art. 30 da Lei 8.666/1993, consigne no respectivo processo, expressa e publicamente, os motivos de tal exigência e demonstre tecnicamente que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a prescrição não implica restrição do caráter competitivo do certame;
- c) dê ciência da decisão às(aos) pessoas/entidades/órgãos interessados.

É o Relatório.