

ILMO. SR. PREGOEIRO DA JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 16/2018.

TELEMAR NORTE LESTE S.A., em Recuperação Judicial, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o nº 33.000.118/0001-79, e **OI MÓVEL S.A., em Recuperação Judicial**, com sede na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Norte, Quadra 3, Bloco A, Edifício Estação Telefônica, térreo, parte 2, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.423.963/0001-11 doravante denominadas OI, vêm, respeitosa e tempestivamente, à presença de V. Sª, por seu representante legal, com fulcro no art. 12 do Decreto nº 3.555/2000, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

A JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DO AMAZONAS instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, registrado sob o nº 16/2018, tendo em vista o registro de Preços para contratação de empresa especializada para prestação de serviço de telefonia móvel pessoal (SMP) na modalidade local (VC1) e na modalidade Longa Distância Nacional (VC2 e VC3), com tecnologia digital e prestação de serviços de comunicação de dados (internet), com fornecimento de aparelhos digitais novos, tipo smartphone, em regime de comodato, na forma estabelecida neste edital e seus anexos, para atender à Seção Judiciária do Amazonas e às Subseções Judiciárias de Tabatinga/AM e Tefé/AM.

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que

Ihe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidas o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. DA NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO ENTRE AS EMPRESAS DE TELEFONIA MÓVEL E FIXA.

O item 3.5, alínea “b” do Edital veda a participação de entidades empresariais reunidas em consórcio.

No entanto, frente à exigência editalícia de VC2 e VC3 referente às chamadas recebidas, a prestação completa do objeto licitado passa a demandar imperiosa formação de consórcio, pois as chamadas recebidas pelo usuário fora da área de registro são sempre encaminhadas por empresas concessionárias ou autorizadas de STFC, e não de SMP.

Devido à mudança de regras impostas com a migração das antigas empresas do Serviço Móvel Celular – SMC para o Serviço Móvel Pessoal – SMP, o serviço de Longa Distância Nacional hoje é realizado, na grande maioria das vezes, pelas empresas que prestam o serviço de telefonia **fixa** comutada detentoras de CSP próprio, como por exemplo, a Brasil Telecom com o código CSP 14, a Telemar – 31, a Embratel – 21, a Telefônica – 15, entre outras.

Nesses termos, se é verdade que as operadoras de serviço de telefonia móvel pessoal somente podem realizar ligações de longa distância se detiverem CSP próprio; não menos o é que a **maioria das empresas autorizadas pela ANATEL para prestar o Serviço Móvel Pessoal (SMP) optou por não requerer a obtenção de CSP próprio, ou seja, a autorização específica para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional – STFC LDN.**

Como alternativa conferida pela própria ANATEL, as operadoras de serviço móvel pessoal que não possuam CSP passaram a ter o direito de selecionar as empresas de telefonia fixa comutada para encaminharem ligações recebidas fora da respectiva área de mobilidade.

Nestes termos é mister invocar a dicção expressa do artigo 78 da Resolução nº 316 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a possibilitar que as prestadoras de SMP selecionem previamente quais as operadoras de STFC reencaminharão as suas chamadas:

“Art. 77. A chamada dirigida a Usuário Visitante será tratada como composta por 2 (duas) chamadas distintas para efeito de faturamento.

§1º A primeira chamada tem origem no Usuário chamador e destino na Área de Registro do Usuário, cabendo seu pagamento ao chamador.

§2º A segunda chamada tem origem na Área de Registro do Usuário e destino no local em que este se encontra, cabendo seu pagamento ao Usuário Visitante.

§3º Aplica-se o disposto neste artigo às chamadas reencaminhadas para outro Código de Acesso a pedido do Usuário, sendo que nesta hipótese a segunda chamada tem origem na Área de Registro do Usuário e destino no Código de Acesso para o qual foi reencaminhada a chamada.”

“Art. 78. A prestadora de SMP tem o direito de selecionar previamente as prestadoras que encaminharão as chamadas previstas no §2º do artigo 77.” (grifamos)

Com a regulamentação supracitada, parece evidente que os serviços de LDN ficaram exclusivos para as empresas que prestam o serviço telefônico fixo comutado, ficando as empresas de celular impossibilitadas de fornecer os mesmos serviços diretamente.

Dessa forma, como decorrência natural decorrente da configuração regulatória do setor, para cobrança das respectivas chamadas será necessária a formação de consórcio entre a vencedora do Item 1 – VC1, empresa prestadora de SMP e uma empresa prestadora de STFC.

Afinal, é mister lembrar que as chamadas recebidas pelo usuário do telefone móvel quando este estiver fora de sua área de mobilidade (**VC2 e VC3**) são consideradas como prestação do **Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional – STFC LDN, razão pela qual** as operadoras de SMP deverão, na hipótese, utilizarem-se de uma prestadora de STFC.

E nem se argumente pela mera divisão do objeto em itens (quais sejam, item 1 para as ligações VC1, item 2 para as ligações VC2 e o Item 3 para as ligações VC3,) ser supostamente suficiente, porque não contempla a exigência do artigo 78 da Resolução nº 316 da ANATEL.

A divisão por itens não garantirá que a vencedora dos itens 2 e 3 será a mesma empresa que a vencedora do item 1 selecionou previamente para encaminhar sua chamadas, o que assim impossibilita a prestação do serviço para as ligações recebidas fora da área de serviço do usuário.

Para exemplificar esta situação podemos criar a seguinte hipótese: sendo declarada a vencedora do certame a TELEMAR S.A em determinados itens, seria necessário a OI MÓVEL S.A vencer também nos referidos itens, pois caso empresa diversa dessa vencê-los, não terá como esta prestadora de SMP utilizar-se da TELEMAR S.A (STFC) - empresa selecionada para reencaminhar suas chamadas, nos termos do Art. 78 da Resolução n.º 316 da ANATEL - para completar as ligações recebidas pelo usuário fora de sua área de registro.

Em situação análoga a esta, é importante denotar que figuram todas as operadoras de serviço móvel pessoal que não possuem CSP próprio, ou seja, autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional – STFC LDN.

Logo, para o adequado cumprimento das exigências constantes do Edital faz-se necessária a possibilidade de participação da empresa prestadora de SMP em consórcio com a empresa prestadora de STFC selecionada, sob pena de haver evidente afronta ao artigo 3º, § 1º, I da Lei n.º 8.666/93, aplicável à modalidade licitatória em tela, conforme se depreende do artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, *in verbis*:

“§1º É vedado aos agentes públicos:

l – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem 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)

A propósito, mesmo frente a atos de competência discricionária, cabe ponderar que a lei de licitações veda a existência, ainda que por omissão de cláusula essencial, de condições no edital que prejudiquem a competição, frustrando a finalidade do procedimento licitatório que é a contratação da proposta mais vantajosa para o poder público, com plena observância do princípio da isonomia.

No mesmo contexto, veja-se a lição da mais abalizada doutrina brasileira sobre o assunto¹:

“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 o sistema jurídico;

b) desnecessidade da exigência;

c) inadequação da opção exercitada 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

¹ MARÇAL JUSTEN FILHO, *In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 416.

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’.”

O antigo Tribunal Federal de Recursos igualmente entendia que ‘não cabem prevalecer cláusulas contidas em edital de processo licitatório que visem a limitar o número de concorrentes, por força de exigências não autorizadas no ordenamento específico, cuja a inspiração é de permitir ampla oportunidade a todos os que estejam capacitados à execução do trabalho.’ [grifamos]

Da mesma forma, inclusive, já decidiu o E. Tribunal de Contas da União²:

“Considerando que restou comprovada, na gestão do Sr. Inaro Fontan Pereira, Diretor Geral do DNER no período de 20.4 a 27.12.92, a inclusão de dispositivos no Edital 22/92 (item 1 da parte IV e item 3.10 do Anexo 2), que restringiu a participação de consórcios de empresas e a exigir comprovação de atividades e aptidões com limitação de tempo, em desacordo com o artigo 3º, § 1º, inciso I, do Decreto-lei 2.300/86, então vigente; ...De fato a participação de firmas consorciadas não era obrigatória. Entretanto, o art. 3º e seu inciso I do então vigente Decreto-lei 2.300/86 estabelecia objetivamente que “é vedado aos agentes públicos admitir, prever, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que: I – comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório.”

Esse dispositivo cristalizava um dos princípios mais fundamentais do processo licitatório, que consiste na busca da proposta mais vantajosa para a Administração...Assim sendo, embora não existisse

² Ata 13/2001, DOU 11.05.2001

dispositivo legal que impusesse explicitamente a admissão de consórcios de empresas nas licitações, o administrador não deveria ter estabelecido essa proibição. Isso porque está obrigado, por princípio, a buscar e a prosseguir a proposta mais vantajosa para a administração.” (grifamos)

Por todo o exposto, para possibilitar a participação da ora Impugnante neste certame requer a alteração do item em comento para que possibilite a formação de consórcio de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, salvaguardando o princípio da competitividade e, por consequência, o princípio da busca da proposta mais vantajosa.

2. EXIGÊNCIA ABUSIVA - SÓCIOS

O item 3.5, alínea “g” do Edital veda a participação de empresas que possuam:

“no seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, dos magistrados, ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação.”

Ocorre que, tal exigência mostra-se excessiva, na medida em que não possui finalidade correlata à execução do objeto.

Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como o grau de parentesco e vínculo empregatício de seu quadro acionário, as quais inclusive, não são informadas quando da aquisição das ações pelo público em geral.

Nesse contexto, é relevante destacar que o instrumento convocatório deve se abster de incluir cláusulas e exigências desnecessárias à finalidade da contratação, bem como aquelas que frustrem o caráter competitivo do certame.

A exigência imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados.

Cumprido destacar que quanto aos serviços de telecomunicações - objeto ora licitado -, estes são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

“Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no **princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la**, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.” (grifo nosso)

Ratificando o dever do poder público de ampliar a competição entre as Operadoras, com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários, o art. 2º, inciso III, da LGT assim determina:

“Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

(...)

III - adotar medidas que **promovam a competição e a diversidade dos serviços**, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;” (grifo nosso)

Ademais, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e

julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 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;” (grifo nosso)

Inexiste no mercado uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item 3.5, alínea “g” do Edital.

3. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

O item 11.6 do Edital dispõe que o pregoeiro consultará os sistemas de registros de sanções SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO TCU, CNJ e CEIS visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame.

Da leitura do dispositivo em comento, tem-se a impressão de que uma vez consultado o referido cadastro, na hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a empresa com uma penalidade supostamente existente, impedida de participar do certame.

Ocorre que, não se pode admitir este tipo de entendimento extensivo, pois seria o mesmo que admitir que empresas suspensas de licitar com a administração pública, estariam impedidas de participar.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**.

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, *in verbis*:

“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“**Administração Pública:** A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as ‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras

pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

“**Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”³

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública.”⁴

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)⁵, segundo o qual **os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou.** Nesse sentido, destaca-se:

Informativo TCU nº 147:

1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

⁵ Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.

[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que “a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)”. E mais: “Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão “refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal” e que, portanto, “o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”. [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) “recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”. **Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.**

Vale mencionar que este já era o entendimento “histórico” do **Tribunal de Contas da União**, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Cabe salientar que o Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a **Instrução Normativa nº 02/2010** definindo que a aplicação da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção (art. 40, §1º, da IN nº 2/2010 SLTI-MPOG).

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a **Administração** é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o *órgão público*. Já a **Administração Pública** é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Portanto, feita as distinções necessárias e reforçado o posicionamento do plenário do TCU sobre o tema, não se pode admitir que empresas que apresentem algum tipo de penalidade sejam impedidas de participar do certame, a menos que a penalidade seja em face do órgão licitante. Caso contrário, não há o que se falar em impedimento.

Nesse contexto, o mesmo racional se aplica ao disposto no item que se impugna. Não se pode admitir que o resultado da consulta aos cadastros em questão, caso aponte para algum tipo de penalidade, estenda seus efeitos de modo a impedir a empresa penalizada de licitar com outros órgãos, que não o penalizante.

É necessário que seja expressamente previsto que haverá proibição de participar a empresa que, após consulta aos referidos cadastros, verifique-se que exista penalidade com o órgão licitante e não com qualquer órgão.

Como já dito anteriormente, na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93. Ou seja, para que se possa associar o resultado da consulta como impeditivo de participação, a sanção ali registrada deve ser restritiva de participação somente com o presente órgão licitante.

Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

4. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO OU AUTORIZAÇÃO

O item 11.9.1 do Edital exige, a título de comprovação da qualificação técnica a apresentação de Contrato de Concessão ou Termo de Autorização para apresentação dos serviços objeto deste Termo.

Porém, a apresentação dos Extratos dos Contratos de Concessão e Termos de Autorização celebrados com a Anatel devidamente publicados no Diário Oficial da União são documentos hábeis para comprovar referida exigência editalícia.

Ademais, deve-se levar em consideração que a íntegra desses documentos está disponível na página oficial da Anatel na rede mundial de computadores.

Tal solicitação tem o intuito de dar celeridade ao processo licitatório, em função da diminuição significativa de documentos, bem como economicidade para as licitantes, tendo em vista o elevado número de páginas desses documentos e o alto custo das autenticações.

Vale destacar, ainda, que é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁶. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante.

Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista no item 11.9.1 do Edital para que as licitantes possam apresentar os extratos do Contrato de Concessão ou do Termo de Autorização, ambos outorgados pela ANATEL, os quais são devidamente publicados no Diário Oficial da União.

⁶ “Art. 37 (...)”

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (...)” (grifamos)

5. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 21.1 do Edital e o item 10.1 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato estabelecem que o pagamento deverá ser realizado por de crédito em conta corrente, mediante ordem bancária.

Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses **são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.**

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Qualquer outra forma de pagamento, como o depósito em conta corrente previsto no Edital, causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações contratada.

Ademais, a Oi utiliza o sistema de faturamento, por meio de Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via, modelo 22, em razão das várias vantagens que essa forma de pagamento proporciona.

Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 21.1 do Edital e do item 10.1 da

Cláusula Décima da Minuta de Contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

6. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O item 21.3 do Edital e a cláusula décima, parágrafo quinto, da Minuta do Contrato estipula 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.

Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, 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.

Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

Diante disso, requer a adequação dos itens em comento, 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. DA GLOSA DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

O item 21.4 do Edital e a cláusula décima, parágrafo sexto, da Minuta do Contrato dispõe que poderá a Justiça Federal do Amazonas, deduzir do montante a pagar os valores correspondentes a eventuais multas e/ou indenizações devidas pela contratada.

Entretanto, o art. 87 da Lei de Licitações define rol taxativo de sanções aplicáveis à Contratada, prevendo a hipótese de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Não obstante, **não consta em nenhum momento a previsão de retenção ou glosa dos pagamentos.**

Nesse sentido, deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos como sanção.

Esse é entendimento recentemente esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que a perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à Contratada, mas **não autoriza a retenção ou glosa de pagamentos por serviços prestados:**

“Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, **relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf)**. A consulente registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf”. Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, **ressaltou a necessidade de os**

órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluïrem, “nos editais e contratos de execuçãõ continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigaçãõ do contratado de manter, durante a execuçãõ do contrato, todas as condições de habilitaçãõ e qualificaçãõ exigidas na licitaçãõ”, além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovaçãõ da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais “podem motivar a rescisãõ contratual, a execuçãõ da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicaçãõ das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retençãõ do pagamento”. Caso contráριο estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retençãõ de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) “... exigir, nos contratos de execuçãõ continuada ou parcelada, a comprovaçãõ, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violaçãõ do disposto no § 3º do art. 195 da Constituiçãõ Federal”; b) “... incluir, nos editais e contratos de execuçãõ continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigaçãõ do contratado de manter, durante a integral execuçãõ do contrato, todas as condições de habilitaçãõ e qualificaçãõ exigidas na licitaçãõ, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisãõ do contrato e a execuçãõ da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93)”. (Acórdãõ n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012) (grifo nosso)

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência do STJ:

“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.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos 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.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional 'não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem

adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.’ (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 633.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141)

Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, multas a serem aplicadas ou danos e prejuízos eventualmente apurados através de processo administrativo, em que seja assegurado devidamente o contraditório e ampla defesa, poderá a Administração, atendendo ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações, não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do dispositivo legal citado.

Frise-se que o princípio da legalidade, sendo o elemento basilar do regime jurídico-administrativo, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, impor sanção que extrapola a lei importa em desrespeito inexorável ao princípio da legalidade.

Diante disso, tendo em vista que a glosa do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação do item 21.4 do Edital.

8. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 21.5 do Edital e a cláusula décima, parágrafo terceiro, da Minuta do Contrato preveem a garantia à Contratada em caso de inadimplência da Contratante.

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art.

66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Por todo o exposto, faz-se necessária a adequação dos itens em comento, referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

9. DO REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS

O item 7.4 do Termo de Referência e o item 3.1.38 da Cláusula Terceira da Minuta do Contrato determinam que a Contratada deverá assegurar à Contratante o **repasse de todos os descontos** que vierem a ser ofertados a outros usuários.

Em outras palavras, exige o repasse de todos os preços e vantagens ofertados ao mercado, inclusive os de horário reduzido, durante o período de vigência da prestação dos serviços, sempre que aqueles forem mais vantajosos do que os ofertados na licitação em tela.

No entanto, a generalidade da previsão relativa às vantagens pretendidas, bem como à universalidade dos usuários, impede, de início, o seu cumprimento pela contratada. Importante frisar que não existem meios de apurar-se, a cada novo dia, se foi concedido desconto para tal ou qual cliente e, ainda, cotejá-lo com o contrato em curso.

Corroborando este entendimento, tanto a Lei Geral de Telecomunicações (art. 107), quanto o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (art. 50) vedam o repasse indiscriminado de descontos, afirmando que os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

Vale trazer a baila a decisão proferida pela Advocacia Geral da União, Consultoria-Geral da União, por meio de seu Núcleo de Assessoramento Jurídico em Porto Alegre/RS, em face de equívocos contidos no edital de pregão eletrônico n.º 02/2005 do Comando do Exército, que resolveu pela da modificação da exigência nos termos previstos pela Anatel, senão vejamos:

“No que tange à Impugnação ofertada contra a subcláusula 1.12 da cláusula segunda do Contrato (item V do pedido final da impugnante), que busca modificar a previsão **editalícia atual acerca da forma de repasse de descontos** e de preços mais vantajosos à contratante quando tais vantagens forem oferecidas ao mercado, tanto o princípio da razoabilidade como as próprias normas da Anatel, citadas pela impugnante, **nos levam a opinar pela sua procedência.** [...]” (Decisão proferida no processo de licitação n.º 012/05, referente ao Pregão Eletrônico n.º 02/2005, do Comando do Exército – Hospital de Guarnição de Santa Maria/RS, pelo Ilmo Dr. Advogado da União Sr. Rogério Ivanis Weiler, em 24/07/2005)

Sob tal aspecto, as exigências editalícias assim dispostas estabelecem obrigação demasiadamente onerosa ao Contratado, desalinhando, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Deveras, há verdadeiro desrespeito ao dever de equilíbrio econômico-financeiro entre as partes em face da excessiva onerosidade da obrigação contratual de repasse de todos os descontos mais vantajosos do mercado que sejam supervenientes à contratação.

Assim, a prevalecerem os termos editalícios, inviável se mostrará sua execução fiel. Desta forma, requer-se sua supressão, ou ao menos sua modificação, para que se inclua no texto que **“A CONTRATADA assegurará à CONTRATANTE o repasse dos descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da CONTRATANTE, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses forem mais vantajosos do que o Plano de Serviços constante deste contrato, desde que devidamente homologados pela ANATEL.”**

10. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

Da análise do item 13.1, alínea “j” do Termo de Referência, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a bens do Contratante, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo diretos.

Insta esclarecer que a previsão contida no referido item é desproporcional, pois prevê que a Contratada deverá arcar com **QUALQUER perda ou prejuízo** sofrido pela Contratante.

Contudo, importante destacar que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrente diretamente de sua culpa ou dolo, o que evidencia a ilegalidade dos itens em exame, nos termos do art. 70 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos **danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato**, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.” (grifo nosso)

Nesse sentido, cumpre colacionar o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do tema:

“O particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros. O regime jurídico aplicável, porém, exige esclarecimento.

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.”^[1] (grifos nossos)

Diante disso, cumpre trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Detectadas falhas em procedimento licitatório no qual não se apurou dano ao Erário, tampouco se vislumbrou dolo ou má-fé na atuação dos responsáveis, cumpre expedir determinações corretivas a entidade. (Acórdão n.º 2664/2007, Plenário)

Portanto, é evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada.

Ressalte-se que o dano direto é aquele que produz no bem imediatamente em consequência do evento determinante, enquanto que no dano indireto, o prejuízo só se verifica como consequência posterior.

Assim, caso tenha sido causado dano diretamente à Administração ou a terceiros, sem restar comprovada a culpa ou dolo da Contratada, a Contratante não poderá exigir indenização dos eventuais prejuízos causados, mas apenas determinar à Contratante a adoção de medidas corretivas.

^[1] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.

Diante do exposto, requer seja alterado o item 13.1, alínea “j” do Termo de Referência, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

11. REAJUSTE DOS PREÇOS

A Cláusula Nona da Minuta do Contrato dispõe que poderão ser reajustados, anualmente os preços contratos de acordo Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) publicado pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

Assim, para a recomposição da equação econômico-financeira, surgiram diversas figuras, dentre elas o reajuste.

O reajuste nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. É alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

A Lei n.º 8.666/93, em seu inciso XI do art. 40, determina a obrigatoriedade do Edital conter, dentre outros, “o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

Da mesma forma, o inciso III do art. 55 da referida Lei elenca como cláusula necessária em todo contrato a que estabeleça “o preço e as condições de pagamento, os critérios, **data-base e periodicidade do reajustamento de preços**, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

É obrigatória, portanto, a inclusão de cláusula de reajuste, não sendo uma mera faculdade da Administração.

Para Marçal Justen Filho:

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexequível ou a distorção da competição⁷.”

A presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência “*controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.*”

Os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços. A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços.

Ocorre que considerando o objeto do edital tratar-se de SCM, e sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI

Ante o exposto, requer a adequação da cláusula Nona da minuta do contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

“A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI”.

12. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

A cláusula décima, parágrafo segundo, da Minuta do Contrato estabelece que será verificada a regularidade fiscal da Contratada mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal.

Não obstante tal fato, é importante observar que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explica-se: as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias).

Assim, a apresentação mensal das referidas certidões foge dos padrões lógicos, visto que o prazo de validade das mesmas ultrapassa o período de trinta dias.

É de suma importância observar que não está se discutindo aqui a necessidade da manutenção dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Tal fato é inquestionável! O que se discute nesta análise é a desproporcionalidade e ilegalidade em exigir a apresentação mensal desses requisitos, principalmente, pelos mesmos possuírem período de vigência superior à 30 (trinta) dias.

Vale corroborar, que a Administração Pública possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Se a certidão informa que seu prazo de validade é de 120 dias, porque a contratada deverá apresentar a certidão mensalmente?

Verifica-se a incongruência na aplicação da exegese da cláusula décima, parágrafo segundo, da Minuta do Contrato. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Carlos Ari Sundfeld, na obra “Fundamentos de Direito Público” afirma o seguinte acerca da proporcionalidade (fls. 165):

“A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir.”

Ora, o administrador está jungido ao Princípio da Legalidade, portanto, ao determinar obrigações que não possuem previsão legal, atua de forma desproporcional e irrazoável.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”⁸.

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

*“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”*⁹

Diante disso, requer a alteração da cláusula décima, parágrafo segundo, da Minuta do Contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

13. DA EXIGÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO DE APARELHOS CELULARES SEM ÔNUS À CONTRATANTE

Da análise do item 4.3 e 10.1, alínea “e”, do Termo de Referência preveem cláusula que não deixa claro se a substituição e o reparo dos aparelhos em comodato será com ônus à Contratante.

Como é sabido, a Administração Pública tem o direito de acrescentar cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, contanto que estas não ultrapassem o real objetivo que é o interesse público.

As características do contrato administrativo derivam da supremacia do interesse público sobre o particular, porém, de forma alguma poderá ocorrer a concepção autoritária do Estado. De fato, ao impor cláusulas que não configuram o real objetivo da Administração Pública, conduz à redução do universo dos particulares dispostos a contratar com a Administração Pública, pois elevará os custos estimados pelos potenciais participantes das licitações.

Portanto, reza a regra que a Administração Pública tem que ter cautela ao estipular cláusulas exorbitantes, para que não cause prejuízo a ela mesma. No caso em testilha, constatou-se, no edital, exigência que compromete todo o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato.

A exigência editalícia mencionada não tem qualquer amparo na legislação vigente, sendo contrária à ordem legal, o que inviabiliza considerá-la cláusula exorbitante.

Nesse contexto, é imperioso esclarecer que as operadoras de Telefonia Móvel Pessoal não são as fabricantes dos aparelhos celulares e, portanto, a sua aquisição, para fornecimento aos contratantes não é gratuita.

Ora, insta deixar determinantemente claro que as operadoras de Telefonia Móvel Pessoal oferecem o Serviço Móvel Pessoal – SMP, sendo este o objeto das contratações. Entretanto fornecerá os aparelhos sem qualquer custo ao I. Órgão, onde a garantia de 1 (um) ano e assistência técnica será fornecida pelo fabricante dos

aparelhos, como determina a legislação vigente, independentemente qual seja a forma de fornecimento dos aparelhos.

Desta forma, caso as manutenções e substituições de peças, pares e componentes, sejam ocasionadas por mau uso por parte do usuário e comprovado mediante laudo técnico emitido pela assistência técnica do fabricante dos aparelhos, **fica o órgão NA CONDIÇÃO DE COMODATÁRIO responsável pelas eventuais despesas,** considerando que as operadoras detêm autorização para o fornecimento do Serviço Móvel Pessoal – SMP, **não sendo, portanto, a responsável pela manutenção/fabricação dos aparelhos celulares,** como cita o artigo 582 a 585 do código civil brasileiro, *in verbis*:

“Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

Art. 584. O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.

Art. 585. Se duas ou mais pessoas forem simultaneamente comodatárias de uma coisa, ficarão solidariamente responsáveis para com o comodante”

A Oi não poderá ficar responsável por problemas técnicos dos celulares haja vista que não é a fabricante dos aparelhos e, **ademais, caso for comprovada culpa exclusiva do usuário pela falha, quebra ou perda, este deverá arcar com o prejuízo, pois nem a própria fabricante terá responsabilidade sobre o fato.** Isto significa uma

exclusão de responsabilidade, não havendo qualquer liame entre a causa (mau uso) e as empresas acima referidas.

As normas regentes do instituto do comodato são claras: o comodatário tem a inteira e exclusiva responsabilidade sobre o objeto cedido, sendo o titular da obrigação de cuidar, zelar e preservar, sem poder ao final do contrato cobrar **“do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.”**

Não há espaço para modificações na lei, o Órgão tem que respeitar inteiramente o que está previsto, sem alterações ou interpretações além do disposto.

Vale frisar que no caso de perda, roubo, furto, dano, ou extravio dos aparelhos a contratante deverá ressarcir a contratada em valores proporcionais aos de utilização considerando o prazo previsto na legislação vigente.

Assim, não pode haver previsões de que os aparelhos sejam substituídos, sem qualquer ônus para a Administração, em obediência ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Logo, o que se quer garantir por meio da presente impugnação é o afastamento de obrigações ilegais que prejudiquem o equilíbrio econômico-financeiro e acarretem a elevação dos custos, violando o princípio da busca da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

Caso persista a exigência consignada nos termos acima, estar-se-á diante de exigência exorbitante e desnecessária, em total afronta ao disposto no art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8.666/93, cuja essência veda determinantemente a imposição de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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. E, somando-se ao desrespeito à lei n.º 8.666/93, tem-se o claro desrespeito ao Código Civil brasileiro que rege o instituto do comodato.**

A Doutrina é uníssona ao afirmar com veemência que quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares ou a existência de cláusulas desnecessárias, maior será o dispêndio pela Administração. Neste passo, vale transcrever algumas passagens de textos doutrinários sobre o assunto:

“Enquanto o particular procura o lucro, o Poder público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. **Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.**” [MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14º edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2002. p. 578-579]

“Tais ponderações não podem ser ignoradas, especialmente por ocasião da configuração da contratação administrativa. **Muitas vezes, a ânsia de proteger o interesse público traduz-se na previsão de um sem-número de ressalvas, exceções, alterações do regime comum. O agente público não se apercebe que todas essas imposições unilaterais se refletem no preço que será desembolsado em prol do particular.**

Por tudo isso, a previsão e o exercício das chamadas prerrogativas excepcionais devem ser impregnadas pela consciência de que a obtenção da melhor proposta (o que importa o desembolso do menor preço possível) é a via mais satisfatória para tutelar o interesse público. **Muito mais satisfatório do que titularizar poderes extraordinários é deles não necessitar. Em síntese, o imperativo da supremacia do interesse público conduz muito mais à necessidade da concepção adequada e satisfatória das contratações administrativas do que a titularidade de competências extraordinárias destinadas a consertar o que originalmente foi mal concebido**” [JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 459-460.]

Desta forma, requer a modificação dos itens em comento para que a obrigação de substituição dos aparelhos se dê as expensas da Contratante, quando confirmadas o mal uso em caso de defeito e quando em caso de perda, roubo, furto ou extravio que

conste que a Contratante deverá ressarcir a Contratada em valores proporcionais aos de utilização considerando o prazo previsto na legislação vigente.

14. PRAZO DE ENTREGA

O item 6.1 do Termo de Referência prevê:

“6.1. Os aparelhos deverão ser entregues ao CONTRATANTE, devidamente habilitados e em pleno funcionamento, no prazo máximo de 20 (vinte) dias corridos, contados da assinatura do contrato”

Entendemos que para ampliar a competitividade e participação no certame e proporcionar preço mais vantajoso para essa Administração, faz-se necessário o aumento do prazo de fornecimento e ativação especificado no edital de forma a garantir a perfeita entrega em prazo exequível, conforme prática de mercado. Esclarecemos que este fornecimento envolve diversos processos internos e análises de diferentes áreas da Contratada, bem como a verificação do estoque de equipamentos e eventual solicitação junto ao fabricante, além do devido envio para o endereço da Contratante, fato que pode impactar diretamente no prazo dependendo da localidade uma vez que esta entrega é feita normalmente pelos Correios.

Sendo assim, solicitamos que este prazo especificado no edital seja alterado para 30 (trinta) dias.

15. PRAZO DE REPARO

O subitem (b), item 13.1. do termo de referência prevê:

“b) corrigir no prazo máximo de 24 (vinte e quatro horas), contado a partir do recebimento da notificação por escrito (e-mail ou ofício) feita pela fiscalização da Contratante, qualquer ocorrência de interrupção na prestação dos serviços contratados.”

Salientamos que existem diversas causas para estes reparos e que dependendo da gravidade não há como garantir a devida solução neste prazo especificado, uma vez que há o eventual envolvimento de equipes de operação e manutenção, técnicos de campo, entre outros. Certamente existirão casos em que poderão ser resolvidos de forma mais rápida, mas não todos, e a Contratada não pode ser penalizada por tal fato.

Sendo assim, solicitamos que o prazo para reestabelecimento do serviço seja de no máximo 48 horas prazo este comum para serviço de mobilidade e praticado no mercado.

16. PLANO DE SERVIÇO

O item 3.1.35 do termo de referência prevê:

“3.1.35 – Os preços cobrados pela Contratada nas contas telefônicas deverão ser aqueles constantes do seu PLANO BÁSICO DE SERVIÇOS, aprovado pela ANATEL;”

Entendemos que, Além do Plano básico de Serviço aprovado pela Anatel a CONTRATANTE poderia aceitar a apresentação do Plano Alternativo de Serviço, visto que trata-se de um plano com características e vantagens aprovado pela Anatel, e que em nada prejudicaria a CONTRATANTE.

É interessante o órgão permitir que as empresas pratiquem os preços do PLANO ALTERNATIVO DE SERVIÇOS, devidamente aprovado pela ANATEL, pois por meio dele a Oi poderá oferecer preços mais competitivos utilizando este plano. Por questões de isonomia, a Oi não pode oferecer descontos no PLANO BÁSICO DE SERVIÇOS.

Assim solicitamos que possa ser aceito o plano básico e/ou alternativo.

17. QUANTO A COBERTURA

“2.1. A prestação de serviço móvel pessoal com cobertura em todo território nacional e que vise atender às necessidades de comunicação indispensáveis à prestação jurisdicional, pois permite agilidade no desenvolvimento das atividades funcionais de

magistrados e servidores da Justiça Federal de Primeiro Grau do Amazonas, tanto da sede, em Manaus, como nas Subseções Judiciárias de Tabatinga e Tefé, para uso exclusivo de interesse do serviço.”

Entendemos que esta cobertura requerida neste item é referente à cobertura outdoor nos endereços onde se encontram as unidades da INFRAERO e deve ser pelo menos de cobertura de voz (GSM) e tecnologia 2G, não sendo obrigatória a cobertura com a tecnologia 3G/4G.

Obviamente que algumas localidades já possuem sim a tecnologia 3G/4G, porém este entendimento se deve ao fato de nenhuma Operadora possuir cobertura 3G/4G em todas as localidades relacionadas, não sendo um item que irá também restringir a participação das potenciais licitantes.

Nosso entendimento está correto?

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a “Oi”, requer que V. S^a julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Manaus/AM, 30 de novembro de 2018.