



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL - CLDF

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Presencial n.º 042/2012

OI S/A, nova razão social da BRASIL TELECOM S/A, sociedade anônima com sede à Rua General Polidoro, n.º 99, Botafogo, andar 5 PARTE, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, por seus representantes legais, por seus representantes legais, com fulcro no art. 12 do Decreto n.º 3.555/2000, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Câmara Legislativa do Distrito Federal – CLDF instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma presencial, sob o n.º 042/12, do tipo menor preço global por lote, visando contratação de prestação de serviços de telefônico fixo comutado STFC para a CLDF, de acordo com as especificações e quantitativos constantes do Termo de Referência – Anexo I do Edital.

José Expedito Rodrigues
Pregoeiro da CLDF
Matricula 12.000-83

Foi recebido
20.09.2012 às 16:5h



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 lhe 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 comprometidos 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- EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO

O **Item 3.3.3, Item 6.2.2 Inciso II do Edital, Alíneas “b” e “d” do Anexo II** estabelecem que será necessário que o licitante declare que cumpre plenamente os requisitos de habilitação e que sua proposta está em conformidade com as exigências deste Edital e preencher declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo..

Todavia, a exigência de o licitante declarar a inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação não tem respaldo na Lei.

Inicialmente, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

(...)

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta



indicado no edital, **obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.**" (grifo nosso)

Com efeito, nos termos do §2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, é possível concluir a obrigatoriedade da parte declarar a superveniência de fato impeditivo. Em momento algum a Lei de Licitações exigiu ou autorizou o dever de declarar a ausência de fato impeditivo.

Os arts. 34 e seguintes da Lei de Licitações permitem que os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem freqüentemente licitações mantenham registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

Por sua vez, cabe aos inscritos nos cadastros atualizarem permanentemente o registro (art. 36, § 1º).

Ora, se o licitante apresenta todos os documentos e tem seu cadastramento em perfeita ordem, não há sentido em reafirmar, por declaração, que tem as condições para a habilitação.

Portanto, não se pode inabilitar determinado licitante pela ausência de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação, posto que tal exigência, além de não ter amparo legal, não faz qualquer sentido lógico.

Como se sabe, a Contratada está obrigada a manter durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, consoante o inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93.

Assim, caso ocorra fato superveniente à contratação que impeça a sua habilitação, tal fato deverá imediatamente ser declarado à Administração.

Sendo assim, a Oi requer a V. S. a exclusão do **Item 3.3.3, Item 6.2.2 Inciso II do Edital, Alíneas "b" e "d" do Anexo II** ou sua adequação aos termos do parágrafo 2.º, artigo 32 da Lei n.º 8666/93.

2. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

O **Item 6.2.2 Inciso IV do Edital** prevêem que a regularidade trabalhista será comprovada pela inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, **mediante a apresentação de certidão negativa.**

Todavia, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita ao titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.



A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório.

Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.”

Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. Para sua expedição organizou-se o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Deste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de execução trabalhista definitiva.

As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011:

“Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência



de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, **será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)" (grifo nosso)

Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

Não obstante, vê-se que a disposição do Edital fere não somente o texto legal mencionado, mas também o sentido intrínseco do dispositivo, ao não prever a possibilidade de regularização jurídica por parte das empresas licitantes por meio da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Tal determinação editalícia fere o caráter competitivo do certame no momento em que pode gerar a diminuição da participação de mais empresas na competição.

Ante o exposto, requer a adequação **do Item 6.2.2 Inciso IV do Edital**, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do art. 642-A da CLT.

3 - IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

O **Item 12.1 do Edital** prevê suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de até 5 anos..

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.”¹

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 130.





“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.”²

Este entendimento foi ratificado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 352/1998), segundo o qual a referida **sanção está adstrita ao órgão que a aplicou.**

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção do direito de licitar 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. 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.

Ainda quanto ao tema, deve-se observar que o **Item 12.1 do Edital** além de prevê erroneamente o impedimento de contratar em face de prejuízo causado à Administração Pública, estatuem a suspensão pelo prazo de 05 anos, o que colide frontalmente com o disposto no artigo 87, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

A lei de licitações estatui que a aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração será de até 02 (DOIS) anos. Conseqüentemente, o **Item 12.1 do Edital** estão em frontal desacordo com o disposto no artigo 87, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

Portanto, requer sejam alterado o **Item 12.1 do Edital** para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com a CLDF, e não com a Administração Pública em geral, e para que estabeleçam o prazo de até 2 (dois) anos, tal qual determina o artigo 87, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.





4. APLICAÇÃO DE MULTAS QUE EXTRAPOLAM O LIMITE DE 10%

A **Alínea “c” do Item 12.2.2 do Edital e a Alínea “d” da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato** prevêem que ocorrerá multa de até 15 % (quinze por cento) do valor do contrato, multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento), teto máximo de 10% tanto pelo Decreto n.º 22.626/33 (ressalte-se, ainda em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determinado pelo Decreto de 29 de novembro de 1991) como pela Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), e aplicável a **todas** as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração pública.

Deve-se frisar que, ainda que não conste na Lei n.º 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem os elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal; não pode a Contratante, assim, desconsiderar regulação específica que veda o locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas.

Daí a remissão ao Decreto n.º 22.626, que é aplicável a QUALQUER contrato, conforme ora explanado. Não há que se falar em inaplicabilidade do referido Decreto, mesmo porque a vedação à instituição de cláusula penal superior a 10% do total da dívida é cabível a quaisquer contratos firmados (exclusive os do sistema financeiro).

Ademais, as **Alínea “c” do Item 12.2.2 do Edital e a Alínea e “d” da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato** prevêem que ocorreram multas pela inexecução total ou parcial, ou pelo atraso injustificado na execução do objeto do contrato.

No entanto, não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

Ora, não é justa nem razoável tal determinação, posto que uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do contrato celebrado, é razoável que o cálculo da penalidade incida apenas sobre aquela parcela e não sobre o valor integral da contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade.

Desta forma, **em caso de descumprimento parcial das obrigações a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.**



Com efeito, a reprovabilidade da conduta acima descrita traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente. O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

“Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)

Este princípio (proporcionalidade) enuncia a idéia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessários para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobremodo quando a Administração restringe a situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma



intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” (em “Curso de Direito Administrativo”, 12ª edição, páginas 79 a 81)

A ilustríssima Prof. Lúcia Valle Figueiredo classifica ambos os princípios (proporcionalidade e razoabilidade) da seguinte forma:

“Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contratar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito... não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus standards pessoais, a lume de sua ideologia, a lume do que entende ser bom, certo, adequado no momento, mas a lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade, do que em Direito Civil se denomina valores do homem médio.

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

Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também como princípio importantíssimo, o da proporcionalidade. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas.

Traduz o princípio da razoabilidade a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração.”
(grifamos) (em Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, página 47 e 48)

Extrai-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Vale dizer, as conseqüências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.



Assim, a eventual manutenção dos percentuais de multa atacados constitui afronta aos princípios basilares que devem conduzir os atos da Contratante, quais sejam, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação da **Alínea “c” do Item 12.2.2 do Edital e da Alínea “d” da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato**, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento), e a alteração das **Alínea “c” do Item 12.2.2 do Edital e da Alínea “d” da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato** para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato.

6. DO DESCONTO DA MULTA SOBRE O VALOR DA GARANTIA

Os **Item 12.3 e Item 13.4 do Edital, o Item 7.2 da Cláusula Sétima e o Item 8.3 da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato** estabelecem que “Se o valor da multa não for recolhido pela contratada, será automaticamente descontado da primeira parcela do pagamento a que fizer jus. Em caso de inexistência ou insuficiência de crédito da Contratada, o valor devido será cobrado administrativamente e/ou inscrito como Dívida Ativa do Distrito Federal e cobrado judicialmente; e Caso haja multa por inadimplemento contratual, será adotado o seguinte procedimento: I – a multa será descontada do valor total do respectivo contrato; e II – se o valor da multa for superior ao valor devido pela prestação do serviço, responderá o contratado pela sua diferença a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração, ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente”. Ocorre que o presente edital exige prestação de garantia, assim qualquer multa deve ser, primeiramente, descontada desta e não do pagamento.

A Lei de licitações dispõe que os débitos com penalidades devem ser abatidos do valor da garantia e, se a garantia não cobrir o débito, que haja abatimento nos valores devidos à Contratada. Essa é a ordem correta.

Cumpre, portanto, esclarecer que a multa deve inicialmente ser descontada do valor da garantia e somente após, se houver valor não coberto pela garantia, o desconto nos valores devidos a Contratada, nos termos do § 2º do art. 86 da Lei n.º 8.666/1993, *in verbis*:

“Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.



(...)

§ 2º **A multa**, aplicada após regular processo administrativo, **será descontada da garantia do respectivo contratado.**”

Nesse sentido, verifica-se que os itens da Minuta do Contrato em comento encontra-se em total desconformidade com o estatuto das licitações. Após o regular processo administrativo e garantida a ampla defesa, a multa deverá ser descontada primeiramente dos valores recolhidos a título de garantia. Tal sistemática decorre de sua própria natureza jurídica, qual seja garantir a Administração financeiramente em caso de fracasso da licitação ou inexecução dos serviços prestados.

Dessa forma, requer a alteração dos **Itens 12.3 e 13.4 do Edital, do Item 7.2 da Cláusula Sétima e do Item 8.3 da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato**, para que o pagamento da multa observe a ordem de cobrança, utilizando-se inicialmente do valor recolhido a título de garantia nos termos do § 2º do art. 86 da Lei n.º 8.666/1993.

7. INDEVIDAS HIPÓTESES DE RETENÇÃO DO PAGAMENTO DEVIDO À CONTRATADA

O **Item 13.1 do Edital e os Itens 7.2 e 7.3 da Cláusula Sétima da Minuta do Contrato** prevêm que “Para efeito de pagamento, a CONTRATADA deverá apresentar os documentos abaixo relacionados: I – Certidão Negativa de Débitos – CND, emitida pelo INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social, devidamente atualizada (Lei nº 8.212/91); II – Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, fornecido pela CEF – Caixa Econômica Federal, devidamente atualizado (Lei nº 8.036/90); III – Certidão de Regularidade com a Fazenda do Distrito Federal. Para empresas sem matriz ou filial no DF, apresentar prova de regularidade com a Fazenda Estadual e Municipal de seu domicílio ou sede, somente para os tributos relativos à atividade licitada, nos termos do art. 193 do CTN; IV – Certidão conjunta emitida pela Receita Federal do Brasil e Procuradoria-Geral da Fazenda Federal, conforme Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 02, de 31 de agosto de 2005. V – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida pela Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011; VI – Atestos de fornecimento e funcionamento dos aparelhos telefônicos (início do contrato) e, ainda, de execução dos serviços (mensalmente), emitido pelo servidor/comissão competente da CLDF”.

Assim é que destaca Celso Antônio Bandeira de Mello:



"O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. " (Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 87/88)

Ocorre que o art. 87 da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

"Art. 87 Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes de punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contrato ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior."

Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não pode a Contratante aplicar a referida sanção à 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 Administração a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

Este também é o entendimento esposado por Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:



"Além das hipóteses do art. 78, existem outras, implicitamente previstas na Lei. Assim, deve-se dar aplicação ao disposto no art. 55, inc. XIII. Verificando-se, após a contratação, que o contratante não preenchia ou não preenche mais os requisitos para ser habilitado, deverá promover-se a rescisão do contrato. A rescisão tanto pode fundar-se na descoberta de que o particular não detinha as condições necessárias como em que, após a contratação, deixou de preencher as exigências legais. Os requisitos de idoneidade devem estar presentes não apenas no momento anterior à contratação, mas têm de permanecer durante todo o período de execução do contrato. Rigorosamente, poderia ser caso de nulidade da licitação, vício que se estenderia ao contrato. Porém, podem supor-se situações em que teriam de ser aplicadas as regras da resolução, mormente quando existisse uma situação de fato consolidada. Imagine-se, assim, que a situação se configurasse relativamente a concessionário de serviço público. Aplicação rigorosa da teoria da nulidade produziria efeitos insuportáveis. Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. **Isso 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.** " (São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549) (grifo nosso)

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 ao não cumprimento da regularidade fiscal.

É nesse sentido o entendimento do TCU:

“O [STJ] entende ser ilegal a retenção de pagamento por serviços prestados quando se constata a irregularidade fiscal, pois tal hipótese não consta do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, ofendendo, portanto, o princípio constitucional da legalidade [...]. O parecer PGFN/CJU nº



401/2000, e a STN e SLTI, por meio da mensagem citada no parágrafo anterior, seguem esse entendimento. Resta ao órgão público a opção de rescindir o contrato e aplicar penalidade por descumprimento de cláusula contratual, caso a contratada, após aviso do órgão, não regularize sua situação fiscal no prazo definido pela administração.” (Acórdão 3382/2010 - Plenário) (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 pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

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, 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 suspensão 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 13.1 do Edital e dos Itens 7.2 e 7.3 da Cláusula Sétima da Minuta do Contrato**, para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.

12. REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS

O **Item 13.2 do Edital e o Item 7.1 da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato** não prevêem o pagamento por boleto com código de barras.

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.

Dentre as vantagens para o cliente estão a garantia de baixa automática das faturas no sistema do Grupo, em 5 (cinco) dias úteis após o pagamento; evita a cobrança em duplicidade e a suspensão indevida do serviço. Da mesma forma, 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 Edital à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do **Item 13.2 do Edital e o Item 7.1 da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato**, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

8. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O **Item 13.3 do Edital e o Item 7.5 da Cláusula Sétima da Minuta do Contrato** prevêm que "Nenhum pagamento será efetuado à licitante enquanto pendente de liquidação, qualquer obrigação que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência, sem que isso gere direito ao pleito de reajustamento de preços ou correção monetária (quando for o caso)". Ou seja, o instrumento convocatório determina que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção.





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 do **Item 13.3 do Edital e do Item 7.5 da Cláusula Sétima da Minuta do Contrato**, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

9. LIMITES À RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELOS DANOS CAUSADOS À ADMINISTRAÇÃO

Os **Itens 9.4, 9.5 e 9.18 do Termo de Referência e o Item 2.1.12 da Cláusula Segunda da Minuta do Contrato** estabelecem responsabilidades em excesso a Empresa não prevendo o limite legal estatuído no artigo 70 da Lei de Licitações.

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.”³ (grifos nossos)

Portanto, resta 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.

Diante do exposto, requer seja alterado os **Itens 9.4, 9.5 e 9.18 do Termo de Referência e o Item 2.1.12 da Cláusula Segunda da Minuta do Contrato**, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa.

10. DA PREVISÃO DE INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS PELA CONTRATADA

Os **Itens 9.20 e 9.32 do Termo de Referência** estabelecem em “manter o fornecimento dos serviços contratados, de forma contínua e ininterrupta, mesmo havendo atrasos no pagamento das faturas telefônicas, devido a possíveis impedimentos de liberação financeira pública oriunda da Secretaria de Fazenda e Planejamento do GDF”.

Todavia, o instrumento convocatório deve ressaltar os casos de interrupções programadas, bem como as hipóteses de interrupção da prestação do STFC, em obediência à Resolução n.º 426/2005 da ANATEL.

Com efeito, o artigo 29 do Regulamento do STFC prevê as hipóteses de interrupções excepcionais:

“Art. 29. São interrupções excepcionais do serviço as decorrentes de situação de emergência, as motivadas por razões de ordem técnica ou por razões de segurança das instalações, conforme a seguir:

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 782.





I - situação de emergência: situação imprevisível decorrente de força maior ou caso fortuito, que acarrete a interrupção da prestação do serviço, sem que se possa prevenir sua ocorrência;

II - razões de ordem técnica: aquelas que, embora previsíveis, acarretem obrigatoriamente a interrupção do serviço como condição para a reparação, modificação, modernização ou manutenção dos equipamentos, meios e redes de telecomunicações; e

III - razões de segurança das instalações: as que, previsíveis ou não, exijam a interrupção dos serviços, entre outras providências, visando impedir danos ou prejuízos aos meios, equipamentos e redes de telecomunicações da prestadora ou de terceiros.”

Portanto, resta claro que existem situações nas quais as interrupções não são previsíveis, razão pela qual as operadoras não podem programá-las.

Ademais, o mesmo Regulamento prevê, no art. 100 e seguintes, as hipóteses de suspensão da prestação do STFC por falta de pagamento do assinante:

“Seção VI

Da Suspensão do STFC por Falta de Pagamento

Art. 100. A prestadora pode suspender o provimento do serviço ao assinante que não honrar o pagamento de débito diretamente decorrente da utilização da modalidade do serviço prestado, após transcorridos 30 (trinta) dias de inadimplência.

§ 1º A inadimplência se caracteriza pelo não pagamento de débito decorrente diretamente da prestação do STFC inserido no documento de cobrança de prestação de serviço, de periodicidade regular, sem contestação pelo assinante.

(...)

Art. 101. Transcorridos 30 (trinta) dias de inadimplência a prestadora pode suspender parcialmente o provimento do STFC, com bloqueio das chamadas originadas, salvo em hipótese de contestação pelo assinante.



(...)

Art. 102. A prestadora, após um período mínimo de 30 (trinta) dias de suspensão parcial do provimento do STFC, permanecendo o assinante inadimplente, pode proceder à suspensão total do provimento do STFC, inabilitando-o a originar e receber chamadas, salvo originar chamadas aos serviços públicos de emergência, observadas as restrições técnicas.

(...)

Art. 104. Transcorridos 30 (trinta) dias de suspensão total do provimento do serviço em determinada modalidade de STFC, por inadimplência, a prestadora pode rescindir o contrato de prestação de serviço, desde que notifique o assinante por escrito."

Logo, transcorridos 30 (trinta) dias de inadimplência da Contratante, a Contratada poderá suspender parcialmente a prestação dos serviços. Decorridos 60 (sessenta) dias da data de vencimento, poderá a Contratante suspender totalmente o serviço, condicionado o desbloqueio ao pagamento do valor da nota em atraso. Por fim, poderá a Contratada, após 90 (dias) da data de vencimento, caso a Contratante continue inadimplente, rescindir o Contrato de prestação de serviços.

Portanto, resta claro que existem situações nas quais as interrupções não são previsíveis, razão pela qual as operadoras não podem programá-las.

Ante o exposto, requer a adequação dos **Itens 9.20 e 9.32 do Termo de Referência**, para que o Edital permita expressamente a interrupção na prestação dos serviços ora licitados, o que poderá ocorrer de forma programada, em razão de situações de emergência, motivada por razões de ordem técnica ou por razões de segurança das instalações, bem como de forma não programada, por motivos de caso fortuito ou de força maior, nos termos da Resolução da Anatel n.º 426/2005.

11. IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS

O **Item 14.3 do Termo de Referência** permite a subcontratação para a prestação dos e serviços, *in verbis*:

"14.3 – É permitido a subcontratação parcial dos serviços".



Nesse sentido, cumpre trazer à colação a redação do artigo 72 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar **partes** da obra, **serviço** ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.” (grifo nosso)

Ora, além da Lei prever que a Administração permita ao ente privado, que queira contratar consigo, subcontratar apenas partes dos serviços, tem-se que essas fases ou etapas devem se remeter à atividade meio do serviço licitado, **sendo vedada a subcontratação do serviço todo ou a atividade fim que a Administração está a licitar**, tendo em vista a análise dos critérios de habilitação para que a Administração contrate um ente privado realmente idôneo.

Nesse sentido é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca da subcontratação:

“A hipótese torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de ‘terceirização’, que deriva dos princípios da especialização e da concentração das atividades. **Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.**” [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª edição, p.757] (grifamos)

Assim, está ratificada a impossibilidade da subcontratação, pela Contratada, de serviço ou atividade fim.

Neste diapasão, cumpre colacionar jurisprudência do TCU com o mesmo entendimento:

“É ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.” (Acórdão nº 3.475/2006, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer)

“(…) firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por



contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/96." (Acórdão nº 909/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

DA REVENDA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO:

Igualmente, a prestação de serviços de telecomunicações em regime privado (SMP, por exemplo) se sujeita à obtenção de autorização pela prestadora e, por conseguinte, ao atendimento de exigências legais e apresentação de proposta que esteja de acordo com os critérios e fatores definidos no respectivo edital de licitação e no Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução 73/98 – Anatel.

Embora não haja expressa definição legal acerca da natureza da revenda de serviços, apesar deste tema já ser objeto da Consulta Pública n.º 22, frisamos, por oportuno, que a prestação de serviços de telecomunicação sem a necessária Concessão, Permissão ou Autorização expedida pela ANATEL, configura a prática de crime de prestação clandestina de serviço de telecomunicação. Nesse caso, o infrator estará sujeito a penalidades previstas nos artigos 183 e 184 da Lei Geral de Telecomunicações abaixo transcritos, sendo tais penalidades obviamente estendidas aos beneficiários de tais serviços:

Lei 9472/97:

"Capítulo II

Das Sanções Penais

Artigo 183 : Desenvolver Clandestinamente atividade de telecomunicação.

Pena- detenção de dois a quatro anos, aumentada a metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único: Incorre na mesma pena, quem direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Artigo 184: São efeitos da condenação penal transitada em julgado:

I- tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II- a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.

Parágrafo Único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite."





Ante o exposto, requer a adequação do **Item 14.3 do Termo de Referência**, para que expressamente seja vedada a subcontratação de serviço ou atividade fim pela Contratada.

12. DA EXIGÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO DE APARELHOS SEM ÔNUS PARA A CONTRATANTE

O **Item 3.1.5 da Cláusula Terceira da Minuta do Contrato** estabelece “sustar a prestação de qualquer serviço, quando verificada irregularidade na qualidade de sua prestação e determinar a sua substituição”.

Inicialmente é necessária a análise do art. 69 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.”

Não obstante o que consta no artigo em comento, os defeitos serão corrigidos pela Contratada até o limite de sua responsabilidade, conforme entendimento de Marçal Justen Filho:

“Apurada a existência de defeito, o particular tem o dever de eliminá-lo, às próprias expensas. É óbvio que esse dever inexistirá quando o defeito não for impugnável quando o defeito não for imputável ao particular. Assim, se o particular não cumpriu estritamente as determinações contratuais ou regulamentares, a ocorrência de defeito não será de sua responsabilidade. Se a especificação do material defeituoso foi efetivada pela Administração, nenhuma responsabilidade cabe ao particular.”⁴

Dessa forma, a obrigação de substituição de aparelhos defeituosos insculpido no artigo 69 da Lei de Licitações não é aplicável nos casos em que foram comprovadamente ocasionados por mau uso do usuário e comprovado mediante laudo técnico emitido pela assistência técnica do fabricante dos aparelhos. Nessa hipótese, fica a Contratante obrigada a arcar com os custos de substituição.

Frise-se, por oportuno, que o regime jurídico do fornecimento dos aparelhos da presente licitação é o comodato. Nesse sentido, é responsabilidade do Comodatário arcar com a

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



conservação e ressarcimento no caso de danos, nos termos dos arts. 582 e seguintes do Código Civil, *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 restitui-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.”
(grifo nosso)

Observa-se, dessa forma, que o comodatário tem o dever de zelar pelo objeto cedido, não podendo, por vedação expressa do art. 584 do Código Civil, repassar ao Comodatário (ora Contratada) os custos referentes à preservação da coisa emprestada.

Ademais, cumpre ressaltar que as operadoras de telefonia não são as fabricantes dos aparelhos, não se responsabilizando assim diretamente pela assistência técnica destes. Por essa razão, os serviços de reparo não são gratuitos, sendo os custos de tal repassados da fabricante para a empresa de telefonia. Não obstante, mesmo na hipótese de ser a fabricante, não se poderia admitir que os custos fossem suportados apenas pela Contratada, haja vista seu caráter oneroso. A menos que os defeitos sejam comprovadamente causados por erro de fabricação e não pelo mau uso, a Contratante deverá arcar com tais custos sob pena de locupletamento sem causa.

Insta destacar que tal obrigação em comento fere o princípio da legalidade e põe em risco não apenas a ordem jurídica, mas também o próprio equilíbrio econômico financeiro do contrato. Se o contrato administrativo já é eminentemente vertical, não se pode admitir a inclusão de cláusulas flagrantemente exorbitantes, salvo os casos em que a lei assim dispõe. Nesse sentido, em atenção estrita ao regime legal, só são negociáveis os itens de caráter horizontal, atendo-se às regras contratuais privadas.



Com esse panorama, vê-se pela fundamentação doutrinária e legal trazida à baila que se trata de obrigação abusiva e desigual, beneficiando a Administração Pública (que já se encontra naturalmente em papel de preponderância sobre o setor privado) em aspecto que foge às obrigações eminentemente legais e impõe à Contratada mais um gravame. Por fim, pode-se dizer que tal fenômeno gera invariavelmente o aumento dos preços oferecidos à Administração, não atendendo ao sentido primeiro desta licitação que é a busca do menor preço.

Requer, portanto, a adequação do **Item 3.1.5 da Cláusula Terceira da Minuta do Contrato** para que somente seja obrigada a arcar com os custos referentes aos vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução do contrato. Assim, os defeitos ocasionados nos equipamentos por comprovado mau uso da Contratante serão de sua responsabilidade.

13. SOLICITAÇÃO DE ALTERAÇÃO NA PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

O **Item 7.6 da Cláusula Sétima da Minuta do Contrato** prevê que "Passados 30 (trinta) dias sem o devido pagamento por parte da Administração, a parcela devida será atualizada monetariamente, desde o vencimento da obrigação até a data do efetivo pagamento de acordo com a variação "pro rata tempore" do INPC".

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas conseqüências. 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.



Pelo exposto, faz-se necessária a adequação do **Item 7.6 da Cláusula Sétima da Minuta do Contrato** referente ao ressarcimento relativo 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.

13. DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

Da análise das especificações técnicas, sobrevieram imperfeições que incidirão diretamente na execução do contrato. Há também a necessidade de flexibilização de algumas exigências para que se possa atingir o melhor preço da proposta, beneficiando a Administração Pública com a prestação de serviços de qualidade com preços mais módicos.

A. DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

O item 10.4 do Termo de Referência estabelece que:

“10.4. A empresa proponente deverá apresentar atestado de capacidade técnica fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhado de Certidão de Acervo Técnico, onde comprove a proponente ter prestado satisfatoriamente, através de seus responsáveis técnicos, o serviço solicitado no objeto do presente projeto básico, em termos de vultos operacionais e tecnológicos, equivalentes ou superiores ao solicitado”.

A exigência de a apresentação do atestado da capacidade técnica com Certidão de Acervo Técnico é excessiva, uma vez que outros atestados comprovam a capacidade técnica da proponente sem a necessidade referida exigência. Ressalta-se que a Proponente Licitante é uma empresa reconhecida no mercado como grande prestadora de serviços STFC local, longa distancia nacional e internacional.

Ademais, a Lei de Licitações reprovava a adoção de cláusulas discriminatórias fundadas em critérios não pertinentes ou não relevantes para o objeto da contratação, como se vê do inciso I do § 1º do art. 3º:

“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)

Da leitura do referido dispositivo legal, verifica-se que ao invés de declarar a invalidade de determinada espécie de cláusulas, a Lei de Licitações emite proibição dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório, na tentativa de evitar a concretização do vício, antes que de reprimir, em momento posterior, a sua ocorrência.

Assim, a regra aplica-se à elaboração dos atos de convocação de licitação. Seus destinatários são os titulares da atribuição de elaborar, aprovar, ratificar ou homologar os atos convocatórios.

A Administração Pública, em qualquer licitação, tem o direito de se assegurar da idoneidade, da capacidade operacional e da regularidade relativa à constituição das pessoas jurídicas candidatas. O estabelecimento de exigências que visam à comprovação dessas condições situa-se na margem de discricionariedade deferida ao agente do Poder Público. No entanto, tais exigências não podem ultrapassar os limites legais concernentes a essa comprovação.

Nesse sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“O dispositivo não significa, porém, a vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas, nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por pessoas específicas. O que se veda é a adoção da exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade



existirá em sua previsão. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.”⁵

Com efeito, a incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

O Edital tem que estabelecer as regras necessárias para a seleção da proposta mais vantajosa. Respeitadas as exigências necessárias para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, deverão ser invalidadas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação.

Portanto, a previsão de exigência no Edital que não tenha pertinência e relevância para a seleção da proposta mais vantajosa é discriminatória e deve ser excluída.

Esse também é o entendimento do Tribunal de Contas da União, manifestado no Acórdão n.º 1312/2008 (Plenário):

“Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3o, § 1o, inciso I, o art. 30, § 1o, inciso I, e § 5o, da Lei no 8.666/1993.”

Os serviços de telecomunicações, objeto ora licitado, 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)

Especialmente quanto ao setor de telecomunicações, não há 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.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 83.





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)

No presente caso, as exigências impostas pelo Edital são medidas extremamente restritivas 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.

A prevalecer tais exigências, restará frustrada a contratação pretendida e, conseqüentemente, não será garantida a contratação mais vantajosa para a Administração, razão pela qual requer exclusão do item citado.

B. DA PLANILHA E FORMAÇÃO DE PREÇOS – LOTE 3 ITEM IV

No lote 3, item IV (Internacional), da Planilha de Formação de Preços, presente no Anexo I, estabelece:



	Destinos	Quantidade		FIXO-FIXO		FIXO-FIXO Resultado em R\$ (Minuto X Preço) A	FIXO- MÓVEL	Fixo-Móvel Resultado em R\$ (Minuto X Preço) B	Total A+B	
		anual FIXO-FIXO	min	anual FIXO- MÓVEL	min					
América	ESTADOS UNIDOS incluindo Hawaii	400								
	ARGENTINA									
América	BRASIL									
	PARAGUAI	100								
	BOLÍVIA									
Europa	ALEMÃO									
	ARÁBIA SAUDITA									
	AUSTRIACA									
	BELGICA									
	BELGICA									
	BRITANICA									
	ESPAÑA									
	FRANCA									
	IRLANDA									
	ISRAEL	1100								
	ITALIA									
	JAPÃO									
	LITUÂNIA									
	LITUÂNIA									
	REPÚBLICA ESPANHOLA									
	RUSSIA									
	SUECIA									
	Outros Países da Europa									
	Outros Países da Europa									
	América	ARGENTINA								
		CANADÁ								
		CHILE								
		ESTADOS UNIDOS	500							
MÉXICO										
PERU										
América	VENEZUELA									
	Outros Países da América									
	URUGUAI									
	URUGUAI									
	URUGUAI									
América	URUGUAI	100								
	URUGUAI									
	URUGUAI									
	URUGUAI									

Na planilha de formação de preços de LDI, no campo Fixo-Móvel não é explicitado o tráfego. Entendemos que a minutagem é "zero" minutos, o que impede a concessão de descontos nessa modalidade, visto que o fator balizador para a oferta de descontos é justamente o tráfego. Dessa forma, solicitamos a exclusão do serviço LDI Fixo-Móvel da planilha de formação de preços, uma vez que não há tráfego para o mesmo.

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a Oi com o devido respeito que V. S^a**, requer que julgue motivadamente e no prazo de 24 horas a presente Impugnação, 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.

Brasília/DF, 20 de setembro de 2012.



Mariana Gomes Madeira
Oi Fixo: 031 61 3415-1109
Oi Móvel: 031 61 8595-3559
Oi Fax: 031 61 3415-1046
E-mail: mariana.madeira@oi.net.br

Mariana Gomes Madeira
Escritura de Negócios
CPF: 013.128.191-70