

Ilmo. Sr. Pregoeiro do Ministério Público do Estado do Amazonas

Ref.: Impugnação aos termos do Edital do Pregão Presencial nº. 4.011/2015-CPL/MP/PGJ

Oi Móvel S.A., sociedade anônima, com sede no Setor Comercial Norte, quadra 03, Bloco A, Ed. Estação Telefônica – Térreo – Parte 2, Brasília, inscrita no CNPJ sob o nº 05.423.963/0001-11 doravante denominada “Oi”, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

O Ministério Público do Estado do Amazonas instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial, registrado sob o n.º 4.011/2015-CPL/MP/PGJ, visando a *“contratação de empresa especializada para prestação de serviço de telefonia móvel pessoal (SMP), nas modalidades LOCAL e LONGA DISTÂNCIA NACIONAL (INTRA-REGIONAL E INTER-REGIONAL), em regime pós-pago, incluindo a facilidade de roaming nacional e tráfego de dados, para atender ao MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS / PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA e suas unidades jurisdicionadas, por um período de 12 (doze) meses, descritos e qualificados conforme as especificações e as condições constantes do edital e anexos.”*

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 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. EXIGÊNCIA ABUSIVA

O item 3.7.2 do Edital e a Cláusula Vigésima Oitava da Minuta do Contrato preveem que não podem participar do certame empresas que tenham sócios, diretores, gerentes, que possuam cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o 3º grau, inclusive de membros ou de servidores ocupantes de cargo de direção, chefia ou assessoramento no âmbito do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Ocorre que, tais exigências mostram-se excessivas, na medida em que não possuem 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 3.7.2 do Edital e na Cláusula Vigésima Oitava da Minuta do Contrato.

2. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

O item 3.7.5 do Edital veda a participação de empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar com a Administração Pública Direta ou Indireta Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal.

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:

"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 Público."²

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)³, 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,

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

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.

³ Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.

inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

“[...] 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 apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregoão, 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.**

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, requer seja alterado o item 3.7.5 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.

3. DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA

O Edital deste certame licitatório, no item 5.8 exige que: “O CNPJ da proponente, empresa cadastrada no SICAF e habilitada na licitação, deverá ser o mesmo para efeito de emissão das notas fiscais e posterior pagamento.”

A mencionada exigência, no entanto, não encontra previsão legal e, além disso, se mostra ofensora a prescrições licitatórias e tributárias. Vejamos.

Inicialmente, vale destacar que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, não pode o administrador furta-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 108) define com clareza que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Com isso, verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

Do ponto de vista licitatório, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93 possibilita, ao participante da licitação, que comprove sua regularidade fiscal com documentação **do domicílio ou da sede**. Portanto, cabe à proponente a alternativa na apresentação de um ou outro, ou seja, tem a licitante a prerrogativa, autorizada em lei, de apresentar **documentação da sua filial ou da matriz**.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já se manifestou afirmando “[...] que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.” (Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário).

Vale salientar que **matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas**. A matriz e a filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica (TCU, Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário). Por isso, não há óbice em o estabelecimento matriz ter sido habilitado e a filial entregar os produtos/serviços contratados.

Entretanto, *no que concerne à questão tributária*, a diferenciação matriz/filial assume relevância. Isto porque, sendo os serviços de telecomunicação tributados por ICMS (art. 155, II, da CF/88), imposto estadual, **cada filial é contribuinte no Estado em que domiciliada**.

Melhor explicando: não obstante o CNPJ da matriz conste da Fatura apresentada, mensalmente, à Administração Pública, as notas fiscais, em atendimento à legislação que regula o recolhimento dos tributos incidentes sobre os serviços prestados (telecomunicação), são emitidas em cada local da prestação do serviço.

Assim, uma vez que o ICMS é incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicações e sendo esse um tributo de competência estadual, em cada Estado onde o serviço de telecomunicações é prestado pela Oi, se dá a emissão da nota fiscal correspondente, razão pela qual as notas fiscais são emitidas pelas filiais.

Diante do exposto, ao emitir a nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado pela Oi - Matriz, a Oi nada mais faz do que cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei n. 8.666/93 que, como se vê aqui, igualmente encontra-se observada em sua íntegra.

Assim, frise-se, não obstante a participação da proponente no certame licitatório se dê com apresentação de seus documentos da matriz **OU** da Filial, na forma do artigo 29 da Lei n. 8.666/93, as notas fiscais devem ser emitidas no CNPJ da filial do local onde é prestado o serviço, pois é este estabelecimento, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, o contribuinte de ICMS para o Estado.

Diante do exposto, requer a alteração do item 5.8 do Edital para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato possa ser firmado pela matriz na forma do art. 29 da Lei n. 8666/93.

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

O item 9.2.3 do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa de débitos trabalhistas, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452/1943.

Porém, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o 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 9.2.3 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.

5. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

O item 9.6.1 do Edital exige, a título de comprovação da qualificação técnica a apresentação de “*Atestado de Aptidão Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a boa e regular prestação de serviço similares ao objeto deste Edital, em condições compatíveis de natureza, quantidades, prazos e vultos, que permita(m) estabelecer, por comparação, proximidade de características funcionais técnicas, dimensionais, quantitativas e qualitativas;*”

Porém, o art. 30 da Lei n.º 8.666/93 assim determina:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;**

(...) § 5º **É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.**" (grifo nosso)

Dessa forma, a Lei de Licitação não admite em momento algum, a adoção de critérios subjetivos para comprovação da capacidade técnica. O que se exige, é que o atestado evidencie a sua compatibilidade com o serviço ora licitado e não o grau de satisfatoriedade na sua execução.

Ademais, o atestado de capacidade técnica não abrange questões de cunho subjetivo, mas apenas objetivo. Assim, não há uma forma pré-determinada para averiguar este grau de satisfação, o que causa uma total insegurança jurídica ao particular por desconhecer os mecanismos de apuração desta satisfação pelo órgão, ainda mais, considerando que os atestados em regra, não possuem este tipo de informação.

Dai surgem as seguintes dúvidas: como isto será avaliado pelo órgão? Mostra-se legal e legítima esta medida que se pretende adotar, ou seja, possui respaldo na lei? A capacidade técnica poderá ser medida pela satisfação de outro cliente?

Nota-se, por todo o exposto, que não há razões para prosperar esta exigência a qual se mostra totalmente infundada e ilegal, pois intenciona embutir critérios subjetivos em um documento que, pela natureza do que se pretende evidenciar (aptidão técnica), é cabalmente objetivo.

Logo, não há correlação com o grau de satisfação e a comprovação da capacidade técnica de uma empresa em prestar determinado serviço. Afinal de contas, o primeiro abarca questão de cunho eminentemente subjetivo, enquanto a outra, objetivo.

Nesse sentido, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao dispor sobre as exigências de qualificação, estabelece que:

“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)

Os atos da Administração Pública, para serem válidos, devem respeitar o princípio da razoabilidade, também chamado pela doutrina de Princípio da vedação de excessos. Ou seja, as exigências perpetradas pela Administração não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

A própria Constituição da República determina que somente devem ser toleradas “*exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*”

Com efeito, a doutrina nacional defende que a atuação da Administração na fase de habilitação dos licitantes **sem rigorismos inúteis e excessivos**, que só fazem afastar licitantes, sem qualquer vantagem para a Administração e comprometendo a verdadeira competição.

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari⁴:

“A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

⁴ in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição, p. 88

Portanto, **existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade.** ... Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; **interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.**”

Como visto, a doutrina é expressa ao exigir cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentandum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 9.6.1 do Edital, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, seja relacionado a existência de compatibilidade do objeto a ser licitado e não satisfatoriedade em sua execução, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93.

6. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Os itens 18.5.3 e 18.5.4 do Edital, o item 8.6 do Termo de Referência e a Cláusula Vigésima Segunda, parágrafo sexto da Minuta do Contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**”⁵ (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o *quantum* a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido**

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.

estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.”⁶ (grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, **aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério**. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.**” (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o *quantum* referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação dos itens 18.5.3 e 18.5.4 do Edital, do item 8.6 do Termo de Referência e da Cláusula Vigésima Segunda, parágrafo sexto da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

7. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

O item 18.5.4 do Edital, o item 8.6 do Termo de Referência e a Cláusula Vigésima Segunda, parágrafo sexto da Minuta do Contrato não fazem distinção quanto a base de cálculo das penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato

É importante ressaltar que a multa aplicada tem como base de cálculo o valor total do contrato.

De plano já se observa uma aplicação desproporcional e irrazoável, pois nos casos de inexecução parcial, a multa deve ter como base de cálculo o valor mensal ou o percentual inadimplido.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

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”*⁷.

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.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

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.”⁸

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

*desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.*⁹

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.

Desta forma, requer a alteração do item 18.5.4 do Edital, o item 8.6 do Termo de Referência e a Cláusula Vigésima Segunda, parágrafo sexto da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato.

8. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

O item 6.1.1 do Termo de Referência exige, a título de comprovação da qualificação técnica, Cópia do Contrato de Concessão ou Termo de Autorização para a prestação 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

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.

licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal^[1]. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante.

Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista no item 6.1.1 do Termo de Referência, 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.

9. PRAZO PARA REPARO

Os itens 7.2.2 e 7.4.3 do Termo de Referência e as Cláusulas Quinta, parágrafo segundo e Vigésima Primeira, item III da Minuta do Contrato estipulam como obrigação da Contratada o reparo dos problemas técnicos no prazo máximo de 4 (quatro) horas.

Nesse diapasão, é mister trazer à baila a Resolução n.º 317/2002 da Anatel, que estabelece o PLANO GERAL DE METAS DE QUALIDADE PARA O SERVIÇO MÓVEL PESSOAL – PGMQ-SMP, *in verbis*:

“Art. 16. As Falhas/Defeitos devem ser recuperados em até 24 (vinte e quatro) horas em 95% (noventa e cinco por cento) dos casos.”

Portanto, é patente que haja expressa previsão acerca do período de reparo previsto no instrumento convocatório, haja vista que tal período não pode ficar a cargo da Contratante.

Ante o exposto, requer a alteração dos itens 7.2.2 e 7.4.3 do Termo de Referência e das Cláusulas Quinta, parágrafo segundo e Vigésima Primeira, item III da Minuta do Contrato, de forma que o período de reparo seja de até 24 (vinte e quatro) horas, contadas da solicitação, nos termos das determinações da Agência Reguladora do Setor de Telecomunicações.

^[1] “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)

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

O item 7.3.10 do Termo de Referência e a Cláusula Terceira, item XI da Minuta do Contrato estabelecem como obrigação da Contratada providenciar a troca de aparelhos a cada renovação contratual.

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.”¹⁰

Dessa forma, a obrigação de substituição de aparelhos apenas é prevista legalmente quando houver defeitos, nesse sentido o artigo 69 da Lei de Licitações. Assim, não há que se falar em troca de aparelhos por mera prorrogação contratual, nem tampouco quando houver defeitos 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 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

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.

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.”
(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 7.3.10 do Termo de Referência e da Cláusula Terceira, item XI da Minuta do Contrato, para que a Contratada somente seja obrigada a arcar com os custos referentes aos vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução do contrato, não havendo que se falar em obrigação de substituição de aparelhos a cada renovação contratual.

11. REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS

A Cláusula Décima, item VII da Minuta do Contrato determina que é obrigação da Contratada repassar à Contratante, durante o período de vigência deste contrato, todos os descontos e vantagens ofertadas ao mercado, em especial quando forem mais vantajosos do que o plano de serviços contratado.

No entanto, a generalidade da previsão relativa às vantagens pretendidas, bem como à universalidade dos usuários, impede, de início, o seu cumprimento pela Contratada.

Com efeito, a exigência de repasse dos descontos e vantagens conferidos pela Contratada ao mercado em geral viola o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É inequívoco que o fato de tornar obrigatório que todos os preços e vantagens, sejam sempre repassados à Administração, ocasiona o impedimento, por parte da Contratante, de que seja elaborada uma oferta bem planejada, e que melhor atenda aos interesses da Administração Pública.

Tal conclusão se deve à impossibilidade de previsão, ainda que estimada, quanto aos descontos e promoções futuras, que são naturalmente oferecidas aos usuários que não são atendidos a partir de um processo licitatório, bem como, à diferenciação das premissas e condições de prestação do serviço aos diferentes usuários.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o equilíbrio econômico-financeiro é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo Contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”¹¹.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 648.

Como se sabe, 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 pode 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 elevaria os custos estimados pelos potenciais participantes das licitações.

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

Grande parte da doutrina defende 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 o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello 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.”¹²

Cumpra também colacionar as palavras de Marçal Justen Filho:

“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.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 650.

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.”¹³

E não é só: a apresentação de uma proposta comercial a um órgão da Administração Pública, em virtude de procedimento licitatório, condiciona a oferta dos preços às necessidades e interesses da Contratante, conforme o perfil de tráfego e serviços desejados, previstos no ato convocatório. Sendo assim, não se pode afirmar que o oferecimento de descontos e vantagens aos usuários em geral será realizada nas mesmas condições comerciais enquadradas no ajuste a ser firmado em virtude de tal procedimento.

Assim, a prevalecerem os termos da exigência, inviável se mostrará sua execução fiel, motivo pelo qual requer seja excluído ou caso esta contratante não concorde, alterada a Cláusula Décima, item VII da Minuta do Contrato, para que se exija que a Contratada apenas repasse os 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 para esta contratante.

12. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

A Cláusula Décima Terceira, parágrafo terceiro da Minuta do Contrato estabelece que o pagamento deverá ser realizado mediante ordem bancária creditada em conta corrente da CONTRATADA, ou por outro meio previsto na legislação vigente.

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.**

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010.

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 da Cláusula Décima Terceira, parágrafo terceiro 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.

13. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

A Cláusula Décima Terceira, parágrafo quinto da Minuta do Contrato dispõe que: *“Nenhum pagamento será efetuado à CONTRATADA quando forem constatadas as irregularidades abaixo especificadas, sendo que tais situações não caracterizam inadimplência da CONTRATANTE e, por conseguinte, não geram direito à compensação financeira: a) os serviços não abrangidos pelo objeto contratual; b) chamadas com a incidência de tarifas maiores que as estabelecidas no contrato, e c) ausência de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista prevista no contrato.”*

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 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 ao não cumprimento da regularidade fiscal.

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 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 incluírem, “nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”, além das sanções resultantes de seu descumprimento.** Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o

descumprimento de cláusulas contratuais “podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento”. Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção 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 consultante que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) “... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal”; b) “... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução 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)”. (Acórdão 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, 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 da Cláusula Décima Terceira, parágrafo quinto da Minuta do Contrato.

14. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

A Cláusula Décima Terceira, parágrafo sexto da Minuta do Contrato da Minuta do Contrato dispõe que:

“Havendo erro no documento fiscal, ou circunstância que impeça a liquidação da mesma, aquela será devolvida à CONTRATADA e o pagamento ficará pendente até que seja sanado o problema. Nesta hipótese, o prazo para pagamento se iniciará após a regularização ou representação do documento fiscal, não acarretando qualquer ônus para a CONTRATANTE.”

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 da Cláusula Décima Terceira, parágrafo sexto 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.

15. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

A Décima Terceira, parágrafo décimo da Minuta do Contrato dispõe que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, o cálculo dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

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.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou:

“(…) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei

8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...).(AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração da Décima Terceira, parágrafo décimo da Minuta do Contrato com relação ao ressarcimento 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.

16. DO SERVIÇO DE DADOS

O item 2.7 do Edital e o item 3.6 do Termo de Referência exigem que o serviço de dados assegure velocidade nominal, esquecendo que o referido serviço se enquadra com internet banda larga

“O perfil de tráfego de dados deverá ser de no mínimo de 02 Gb (Dois Gigabytes) mensais e velocidade nominal de até 5Mbps (Cinco Megabit por segundo) com redução caso ultrapasse a franquia de tráfego contratada para 64Kbps (Sessenta e Quatro Kilobits por segundo).

A Oi informa que nenhuma empresa de telecomunicações poderá garantir velocidade nominal para o serviço de dados móvel, pois trata-se de um serviço banda larga cuja disponibilidade de banda depende diretamente da quantidade de conexões e da demanda de tráfego de dados gerada por cada usuário.

Pelo exposto, faz-se necessário a alteração dos referidos itens retirando a exigência de “velocidade nominal de 5Mbps”, uma vez que esta exigência é incompatível com o tipo de serviço

17. DO FORNECIMENTO DE APARELHOS SOBRESSALENTES

O item 7.3.5 do Termo de Referência exige o fornecimento de 10% de aparelhos sobressalentes.

“7.3.5. A CONTRATADA deverá fornecer, 10% da quantidade total dos aparelhos contratados como sobressalentes, devendo estes possuírem as mesmas características, ou superiores, descritas no ANEXO II – Estimativa de Preços/Especificação do Material, deste Termo.”

A Oi informa que o percentual de aparelhos sobressalentes é excessivo e impactará negativamente no resultado do estudo financeiro do projeto das proponentes, que terão dificuldades em ofertar descontos para este certame.

A Oi recomenda que seja adotado o percentual de 5%, pois este quantitativo é o que as empresas de telecomunicações conseguem viabilizar na análise econômico-financeira de projetos.

Pelo exposto faz-se necessário a alteração do item 7.3.5 considerando o percentual de 5% (cinco por cento) do total de aparelhos como sobressalentes.

18. PRAZO PARA REPOSIÇÃO DE APARELHOS

O item 7.3.6 do Termo de Referência exige que a reposição de aparelhos seja de 5 (cinco) das.

“7.3.6. Na hipótese de danos, extravio, perda ou roubo do aparelho celular ou qualquer outro evento que cause dano ao chip, a CONTRATADA deverá repor os produtos no prazo máximo de 5 (cinco) dias, a pedido do Fiscal do Contrato, e inserir o valor do mesmo na próxima fatura da respectiva linha telefônica, com vistas ao ressarcimento por parte da CONTRATANTE.”

A Oi informa que as Empresas de Telecomunicações adquirem os aparelhos de grandes distribuidores, que estão situados fora do Estado do Amazonas. Por este motivo e devido a logística da nossa região e os processos de liberação de mercadorias da Suframa o prazo de 5 (cinco) dias é exíguo.

A dilatação deste prazo de reposição não causará prejuízo ao órgão, uma vez que serão disponibilizados aparelhos sobressalentes.

Pelo exposto faz-se necessário a alteração do item 7.3.6 considerando o prazo para reposição de até 30 (trinta) dias corridos e contados da comunicação no call center da Contratada.

19. DA EMISSÃO DE LAUDO TÉCNICO PARA RESSARCIMENTO DE APARELHOS

O item 7.3.8 e o item 7.3.9 do Termo de Referência detalham o processo para ressarcimento de aparelhos, quando o defeito não for coberto pela garantia.

“7.3.8. Identificada a hipótese de dano no aparelho celular não coberto pela garantia o ressarcimento somente será realizado mediante apresentação de laudo técnico (emitido pela assistência técnica autorizada).”

“7.3.9. Os trâmites e custos referentes ao acionamento e utilização dos serviços da assistência técnica, em decorrência da hipótese de danos no aparelho celular, correm por conta da CONTRATADA.”

A Oi informa que a prestadora de serviço do SMP não tem qualquer relação comercial com as empresas de assistência técnica. Além disso, para se fazer uso do serviço da assistência Técnica é indispensável a apresentação da Nota Fiscal do produto, que necessariamente ficará de posse da CONTRATANTE.

Portanto, quem deve manter contato com a assistência técnica é a CONTRATANTE, e sendo confirmado através de laudo técnico que o serviço não será coberto pela garantia o gestor do contrato deverá solicitar novo aparelho da CONTRATADA, caso não exista unidades

sobressalentes disponíveis, e efetuar o ressarcimento conforme previsto no item 7.3.6 do Termo de Referência.

Pelo o exposto faz-se necessário a alteração dos itens mencionados acima, considerando que a responsabilidade do todo tramite é da CONTRATANTE.

20. INFRAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTAS

O item 8.5 do Termo de Referência fornece um quadro que contempla uma metodologia para pontuar eventuais falhas e outro quadro com os valores das multas a serem aplicadas.

“8.5. Se a CONTRATADA, sem justa causa, não cumprir as obrigações assumidas ou infringir preceitos legais, serão aplicadas, segundo a gravidade da falta (tabela 1), e as multas, conforme tabela 2:”

A Oi informa que as empresas de telecomunicações não tem como customizar seus sistemas para aferir os itens informados e poder atuar para que as “infrações” sejam mitigadas e que não seja aplicado “multas”.

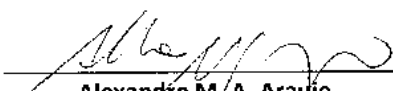
A Oi informa ainda que o Edital já prevê aplicação de multas e que este tipo de exigência é excessiva e, certamente, irá provocar o fracasso da licitação.

Pelo exposto é indispensável, para que o certame possa alcançar o êxito esperado pela administração, que o item 8.5 seja excluído do edital.

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, 28 de julho de 2015.


Alexandre M. A. Araujo
Analista de Eng. comercial
Oi Móvel: (92) 8801-0788


Raul Luiz Martins Peregrino
Executivo de Negócios
Oi Móvel: (92) 9603-0456