



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA
S.A - EPL**

Ref: Pregão Eletrônico n. 04/2013

A **14 BRASIL TELECOM S/A**, sociedade anônima com sede à SIA Área de Serviços Públicos, lote D, Bloco A – 2º andar, Brasília – DF, CEP: 71.250-000, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.423.963/0001-11, devidamente mencionada como **OI**, vem, por meio de 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 Empresa de Planejamento e Logística S.A – EPL instaurou procedimento licitatório na modalidade pregão, na modalidade eletrônica, sob o n.º 04/2013, visando contratação de empresa especializada na prestação de serviços de Telefonia Móvel Pessoal – STMP, a ser executado de forma contínua.

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. DA POSSIBILIDADE DE APRESENTAR CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA EM RELAÇÃO AOS DÉBITOS TRABALHISTAS

O Item 10.3.2, alínea “d” do Edital dispõe que deve ser apresentada prova de inexistência de débito inadimplido perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação da respectiva certidão negativa, porém, nada mencionou acerca da possibilidade de apresentar certidão positiva com efeitos de negativa.

Sobre o tema da Certidão Negativa de Débitos Trabalhista, de início, vale salientar a modificação presente na Lei n. 8.666/93, trazida pela Lei n. 12.440/11, que acrescentou ao elenco dos requisitos de habilitação nas licitações a comprovação de **regularidade trabalhista** (art. 27, IV).

Também foi incluído ao artigo 29, da Lei n. 8.666/93, o inciso V prevendo que a documentação relativa à regularidade trabalhista consistirá em 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. 5.452, de 1o de maio de 1943.**

É de suma importância observar que a **própria Lei n.º 12440/2011** estabelece que a Certidão Positiva com efeitos negativos de Débitos Trabalhistas, é passível de surtir os mesmos efeitos da CNDT. *In verbis:*

“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.

(...)

§ 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.”

No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional já se manifestava anteriormente através do artigo 206, senão vejamos:

“CAPÍTULO III



Certidões Negativas

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”

Não restam dúvidas de que a legislação acolhe a Certidão Positiva com efeitos de Negativa como instrumento válido para retratar a regularidade do seu apresentante.

Neste sentido, é importante ressaltar ainda que a necessidade de vinculação da atuação administrativa a texto de lei se aplica à licitação no sentido de “que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais” (Idem, p. 224). Importa dizer que todo ato e procedimento adotado deverá ter embasamento legal, sob pena de não poder compor a licitação.

Cabe aqui colacionar o entendimento do TCU quanto à importância do princípio em questão:

“O princípio constitucional mais importante, imanente a toda a atuação da Administração Pública, é o princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração só pode fazer ou deixar de fazer o que a lei autoriza ou define. A Administração deve sempre prestar obsequiosa reverência à lei, sobretudo em atos que gerem despesas administrativas.” (Acórdão 1472/2010 - Plenário)

Verifica-se, portanto, que o princípio da legalidade é a pedra de toque de toda atividade administrativa, não se admitindo outra atuação por parte da Administração, exceto a estritamente legal.

Desta forma, requer a alteração do item no Edital para que a Certidão Positiva com Efeito de Negativa também comprove a inexistência de débitos inadimplidos.



2. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO

O Item 10.3.5, alínea “a” do Edital determina que é requisito para a participação no pregão, o licitante que declarar a inexistência de fatos supervenientes impeditivos para a habilitação.

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 frequentemente 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.

Em suma, o que o artigo determina é que a contratada declare a superveniência de fato impeditivo da habilitação, o que é muito diferente de declarar existência de fato superveniente, até porque se ele é superveniente ainda não existe, logo se não existe não há maneira de declará-lo.

Sendo assim, a Oi requer a V. S. a exclusão do item ou sua adequação aos termos do parágrafo 2.º, artigo 32 da Lei n.º 8666/93.

3. Da regularidade junto ao CADIN como condição para contratação

O presente Edital estipula como condição para a celebração definitiva do contrato a comprovação referente ao CADIN (Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal).

Primeiramente, cumpre ressaltar que o art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002, que Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, define que:

“Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

(...)

III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.”

Apesar de exigir a consulta prévia no caso de contratação, o dispositivo legal não menciona em nenhum momento a possibilidade de que a consulta ao CADIN seja elemento que impeça a contratação da licitante.

Nessa direção encontra-se a jurisprudência do TCU acerca da habilitação:

“Em seu voto, o relator destacou que o art. 6º, III, da Lei n.º 10.522/2002, "não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa



inscrita no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin". (...) Dessa forma, não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer consequência em relação às contratações a serem realizadas." (Acórdão n.º 5502/2008, 2.ª Câmara)

"Além disso, "a ausência ou não de consulta ao CADIN não necessariamente levará a contratações de empresas ou entidades que constem daquele cadastro, desde que, no mínimo, tais contratações avaliem previamente a regularidade fiscal dos interessados, nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.666/93; do artigo 3º, § 2º, incisos III, alínea a, e V do Decreto nº 6.170/2007 e do artigo 18, inciso VI, da Portaria MP/MF/MCT 127/2008, dentre outros dispositivos. Nesse contexto, embora a consulta ao CADIN possa parecer inócua é obrigatória por Lei. E mesmo considerando que o simples fato de constar do cadastro não seja, isoladamente, um fator impeditivo para a celebração de contratos ou outros ajustes com a Administração Pública, a consulta poderá auxiliar na verificação das informações prestadas pelos administrados e pelos demais órgãos da Administração, em especial as constantes em certidões e declarações." (Acórdão n.º 7832/2010-1ª Câmara)

Há ainda jurisprudência conclusiva do STF, através da qual podemos verificar seu posicionamento quanto a inexistência de impeditivos para contratação de licitantes inscritos no CADIN:

"A União interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim do:"ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. INSCRIÇÃO NO CADIN. DECRETO Nº 1.006/93. **As empresas inscritas no CADIN -Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não quitados, não estão impedidas, pelo só fato da inscrição, de contratarem com a Administração.** (...) (RE 358855 PE; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; Julgamento: 12/04/2010 Publicação: DJe-074 DIVULG 27/04/2010 PUBLIC 28/04/2010)



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 1.442, DE 10.05.1996, E SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES. CRIAÇÃO DO CADASTRO INFORMATIVO DE CRÉDITOS NÃO QUITADOS DO SETOR PÚBLICO FEDERAL - CADIN. 1. **A criação de cadastro no âmbito da Administração Pública Federal e a simples obrigatoriedade de sua prévia consulta por parte dos órgãos e entidades que a integram não representam, por si só, impedimento à celebração dos atos previstos no art. 6º do ato normativo impugnado.** 2. A alteração substancial do art. 7º promovida quando da edição da Medida Provisória 1.863-52, de 26.08.1999, depois confirmada na sua conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002, tornou a presente ação direta prejudicada, nessa parte, por perda superveniente de objeto. 3. Ação direta parcialmente prejudicada cujo pedido, no que persiste, se julga improcedente. (ADI 1454, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-01 PP-00184 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 29-50)

Sendo assim, podemos constatar claramente que o fato de a empresa encontrar-se inscrita no CADIN não é impeditivo à contratação, muito embora deverá a Administração ficar atenta, sim, ao teor do art. 67 da Lei n.º 8.666/1993.

Ante o exposto, requer a exclusão do Item 18.5 do Edital, que estabelece como condição para a celebração do contrato na presente licitação a inexistência de registros junto ao CADIN, posto que não atende ao art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002.

4. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O Item 19.3 do Edital; item 10.3 do Termo de Referência; item 9.1, Parágrafo Segundo da Cláusula Nona da Minuta do Contrato condicionam a regularidade do pagamento desde que o documento de cobrança esteja em condições de liquidação de pagamento.

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.

Ademais, cabe citar a Instrução Normativa n.º 2/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que determina no artigo 34-A (incluído pela Instrução Normativa MP n.º 3, de 15/11/2009) que o Governo Federal não pode reter pagamento mesmo quando houver descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação, condicionando apenas a necessidade dos serviços estarem sendo prestados. In verbis:

“Art. 34-A: O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou incapacidade da empresa de corrigir a situação.”

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

Diante disso, requer a adequação dos itens indicados, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

5. Da suspensão ou retenção do pagamento por falta de comprovação da regularidade fiscal

O Item 19.5 do Edital; itens 10.5 e 10.6 do Termo de Referência; item 9.1, Parágrafo Quinto da Cláusula Nona da Minuta do Contrato vinculam a liberação do pagamento à comprovação de regularidade fiscal da Contratada.



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

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)

Assunto: SERVIÇO CONTÍNUO. DOU de 07.05.2012, S. 1, p. 101.

Ementa: resposta a um consultante nos seguintes termos: a) os órgãos e 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 seguridade social**, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal; b) os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a 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 previstas em lei (arts. 55, inc. XIII, 78, inc. I, 80, inc. III, e 87, da Lei nº 8.666/1993); c) **verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração** (itens 9.2.1 a 9.2.3, TC-017.371/2011-2, Acórdão nº 964/2012-Plenário).

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)

Ademais, cabe citar a Instrução Normativa n.º 2/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que determina no artigo 34-A (incluído pela Instrução Normativa MP n.º 3, de 15/11/2009) que o Governo Federal não pode reter pagamento mesmo quando houver descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação, condicionando apenas a necessidade dos serviços estarem sendo prestados. In verbis:

“Art. 34-A: O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou incapacidade da empresa de corrigir a situação.”

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 dos itens no edital, para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.

6. Da previsão de penalidade por atraso de pagamento

O Item 19.6 do Edital; item 10.7 do Termo de Referência; item 9.1, Parágrafo Sexto da Cláusula Nona da Minuta do Contrato determinam penalidade pelo inadimplemento da contratante fora de parâmetros razoáveis, ademais não há previsão na minuta do contrato.

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 conseqüências de sua inexecução total ou parcial”.

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 inclusão de item no Edital referente ao ressarcimento pelo 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.



ITENS TÉCNICOS

Questionamento 01:

O Item 4.1, alínea “h” do Termo de Referência determina o seguinte:

“As habilitações de linhas deverão ser realizadas conforme demanda da CONTRATANTE, mediante Ordem de Serviço (OS) ou documento eletrônico. A habilitação inicial após a data de assinatura do contrato deverá ser realizada no prazo máximo de 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da notificação. As habilitações subsequentes deverão ocorrer no prazo máximo de 2 (dois) dias útil, contado do recebimento da notificação.”

Entendemos que para ampliar a competitividade e participação no certame e proporcionar preço mais vantajoso para essa Administração, faz-se necessário o aumento do prazo de fornecimento e ativação especificado no edital de forma a garantir a perfeita entrega em prazo exequível, conforme prática de mercado.

Esclarecemos que este fornecimento envolve diversos processos internos e análises de diferentes áreas da Contratada, bem como a verificação do estoque de equipamentos e eventual solicitação junto ao fabricante, além do devido envio para o endereço da Contratante, fato que pode impactar diretamente no prazo dependendo da localidade uma vez que esta entrega é feita normalmente pelos Correios.

Sendo assim, solicitamos que estes prazos especificados no edital sejam alterados para 15 (quinze) dias úteis.

Questionamento 02:

O Item 4.1, alínea “n” do Termo de Referência determina o seguinte:

“Anteriormente a entrega dos aparelhos móveis, a CONTRATADA deverá submeter à CONTRATANTE o modelo para confronto com o especificado no contrato e respectiva aprovação. A análise, por parte da CONTRATANTE, será acompanhada por técnico(s) da CONTRATADA, que efetuarão os testes de conformidade, desempenho e características apresentadas na proposta e/ou testes de homologação.”



Informamos que o processo de realizar a entrega de aparelho de forma antecipada a Contratante para que a mesma realize testes e homologação do equipamento não é praticado pelas operadoras, uma vez que os aparelhos são entregues juntamente com uma linha/simcard já para ser ativo e iniciar a devida prestação dos serviços.

A ausência de especificidades mínimas que os aparelhos celulares deverão possuir impossibilita o entendimento de qual modelo será pleiteado pela Contratante, concomitantemente, não há como aferir qual aparelho será considerado satisfatório.

Como não há especificação das características básicas dos aparelhos celulares, as empresas licitantes poderão fornecer modelos de acesso móveis que entendam ser aceitáveis, no entanto, a Contratante, de forma subjetiva, poderá entender de forma diversa, desclassificando a licitante.

Com efeito, a falta de especificação das características mínimas e/ou modelos dos aparelhos celulares poderá acarretar subjetividade no julgamento, o que é defeso pela Lei de Licitações, nos termos do seu artigo 3º *caput*.¹ e artigo 40, inciso VII².

Portanto, para que não haja obscuridade acerca dos aparelhos que deverão ser cedidos em comodato, será necessária a especificação das suas características mínimas e/ou modelos.

Por sua vez, o art. 14 da Lei n.º 8.666/93 determina, no que interessa a este ponto, que a descrição do objeto pretendido seja adequada, ou seja, conforme o art. 40, inciso I, da mesma norma, deve ser clara e sucinta, capaz de fomentar a competição de diversos interessados.

Neste caso específico, a descrição do objeto licitado não atendeu aos seus objetivos, pois não possibilitou que as licitantes interessadas em participar da competição conhecessem as especificações técnicas dos aparelhos celulares e formulassem corretamente suas ofertas de preços na etapa competitiva do certame.

Ora, a Administração, ao elaborar ato convocatório, deve se certificar que a descrição do objeto é suficientemente clara a ponto de não suscitar dúvidas, no afã do procedimento concorrencial do pregão, acerca das especificações do objeto ofertado pelos licitantes.

¹ Dentre os princípios que regem os certames pátrios está o do julgamento objetivo, nos termos do artigo 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.”

² Art. 40. O edital conterá ..., e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

VII – critério de julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;”



Nesse diapasão, importante trazer à colação o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do tema:

“A indicação do objeto deverá ser sucinta. A regra visa evitar que a complexidade da descrição dificulte a compreensão de eventuais interessados. Essa descrição deverá permitir imediata apreensão do objeto da licitação. Nesse campo, a atenção dos eventuais interessados poderia ser prejudicada tanto pela excessiva prolixidade quanto pela omissão dos tópicos essenciais. Por isso, ‘sucinta’ não significa ‘omissa’. Se o objeto da licitação for complexo, a descrição, embora sucinta, deverá ser mais extensa.”³

“A descrição do objeto da licitação contida no Edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem que escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. No caso, ‘sucinto’ não é sinônimo de obscuro. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade.”⁴ (grifos nossos)

Tal é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Em sendo assim, é imprescindível que o objeto esteja adequadamente definido para que os potenciais licitantes possam definir o seu interesse em particular do certame. Viola o princípio da publicidade e transparência exigir que os licitantes acudam a habilitação sem que eles sequer possam, ante a imprecisão do objeto, avaliar a adequação da futura contratação a sua atuação no mercado. Tal incerteza redundaria em afastar eventuais fornecedores e poderia comprometer a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.” (Acórdão n.º 477/2008, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

“Caracterize, com nível de precisão adequado e suficiente, a obra ou serviço a ser licitado, em cumprimento ao disposto no art. 6º, inciso IX, e 7º, § 2º, da Lei no 8.666/1993, e, no caso da contratação de bens ou

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 521.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 538.



serviços por intermédio do pregão, defina, de forma objetiva, os padrões de desempenho e qualidade esperados, fazendo uso de especificações usuais do mercado, em observância ao disposto no art. 2º, caput e § 1º, do Decreto no 5.450/2005. (Acórdão n.º 6349/2009, Segunda Câmara)

Deve-se salientar, ainda, que as operadoras de Serviço Móvel Pessoal – SMP, serviço objeto desta licitação, não são as fabricantes dos aparelhos, logo, a sua aquisição para fornecimento à Contratante não é gratuita.

De outro lado, importante destacar que as características mínimas e/ou modelos dos aparelhos celulares devem ser razoáveis, pois os custos referentes à aquisição de tais peças terão de ser, inevitavelmente, repassados à Contratante quando da formação dos preços, salvaguardando-se a apresentação de propostas vantajosas para a Administração.

Sendo assim, considerando ainda que atualmente todos os aparelhos são amplamente conhecidos no mercado, solicitamos que a Contratada envie o modelo do aparelho bem como suas especificações por e-mail para a Contratante para que a mesma faça as devidas verificações de conformidade com as especificações constantes neste Termo de Referência, fato que deve ser obrigatoriamente atendido pela Contratada.

Questionamento 03:

O Item 6.2.4 do Termo de Referência determina o seguinte:

“Os dispositivos de comunicação de dados deverão ser habilitados com pacote de serviços de dados, para tráfego ilimitado incluindo a assinatura de provedor de acesso à Internet quando necessário, com velocidade de 1Mbps;”

Considerando a forma com que as operadoras praticam atualmente no mercado para o fornecimento de linhas de dados para utilização em modem USB, que é o objeto deste edital, entendemos que este tráfego será ilimitado e que haverá uma franquia de utilização de dados que quando for atingida haverá uma redução de velocidade, que retornará a normalidade no ciclo de faturamento seguinte. Salientamos que não haverá cobrança de tráfego excedente caracterizando o serviço ilimitado conforme requerido pela Contratante.

Reforçamos que esta franquia para estipular a redução de velocidade se faz extremamente necessária pois todas as operadoras trabalham desta forma e caso não seja estipulada esta franquia, inviabilizará a participação das licitantes neste pregão.



Sobre esta franquia, informamos que conforme prática e média de mercado, é estipulada em 1 Gigabyte (1GB), fato que atende plenamente as necessidades de uso profissional. Sendo assim entendemos que as licitantes podem considerar esta franquia de 1GB para que haja a redução de velocidade conforme especificado neste questionamento.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **14 BRASIL TELECOM S/A, com o devido respeito, requer que V. S^a** 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 conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Brasília – DF, 25 de abril de 2012.

EDUARDO MAURICIO SILVA P INTO

Executivo de Vendas Mobilidade

Unidade de Negócios Governo Federal

OI Fixo: (21) 3132-5497

OI Móvel: (21) 8881-1004

e-mail: eduardopinto@oi.net.br