



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
AMAZONAS

Ref: Pregão Eletrônico n. 006/2012

TNL PCS S/A, sociedade anônima com sede à Rua Jangadeiros, 48, Ipanema, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ sob o n.º 04.164.616/0001-59, por seus representantes legais, 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, na forma eletrônica, sob o n.º 006/2012 visando à contratação de empresa especializada para prestação de serviço de telefonia móvel pessoal (SMP), em regime pós-pago, incluindo a facilidade de roaming nacional e tráfego de dados.

Contudo, a TNL PCS S/A 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 TNL PCS S/A 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. IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS

O item 3.8.1 do Edital veda a participação no certame de empregado que possua parentesco com servidores públicos do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Ocorre que não é possível obrigar as operadoras de serviços de telecomunicações do porte da Oi a prestar declarações deste tipo, pois não é viável a promoção de investigação de "árvore genealógica" de todos os seus 13 mil funcionários para constatar eventual descumprimento à condição acima transcrita.

Imagine-se o dispêndio de dinheiro e tempo que esta pesquisa demandará e, principalmente, sem qualquer justificativa e relação com o objeto contratado, não sendo razoável a manutenção desta exigência.

Oportuno lembrar que conforme art. 9º da lei 8.666/1993 o impedimento de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou de execução do serviço restringe-se às seguintes pessoas:

*"Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação."*

Não se duvida que a prestação de declarações falsas possa acarretar a penalização das licitantes, por isso, diante do risco de sofrer penalizações, ante tal condição tão genérica, é insegura a participação das Operadoras neste certame.

A lei ressalva a autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa, mas ao mesmo tempo estrutura o procedimento licitatório para restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.

Toda atividade administrativa vincula-se ao Princípio da Legalidade, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5º, incisos II e XXXV, e 37.

2 204



A própria Lei n.º 8.666/1993, ao elencar os princípios básicos a serem observados pela Administração quando de sua atuação, indicou inicialmente o referido princípio, vejamos:

*"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a 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 lhes são correlatos."*

Os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93^[1] e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88.**

Logo, as exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

"No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei no 8.666/1993." (Acórdão 2056/2008 Plenário)

Deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. A prevalecer tais exigências, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ante o exposto, a Oi requer a exclusão da exigência prevista no item acima citado do Edital em atendimento ao princípio da legalidade.

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

O item 3.8.3 do Edital veda a participação de empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com qualquer órgão da Administração Pública.

[1] A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 ("Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.

2 201



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 - 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;

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



na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública.”²

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

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

Portanto, requer seja alterado o item 3.8.3 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com o Ministério Público do Estado do Amazonas, e não com a Administração Pública em geral, conforme o inciso III, artigo 87 da Lei n.º 8.666/93.

3. DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS NO CNPJ DA PROPONENTE

O item 5.8 do Edital explicita 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.

É importante notar que, não obstante a determinação de que o CNPJ da Matriz deva constar na Fatura apresentada à Administração Pública mensalmente, as notas fiscais são emitidas em cada local da prestação do serviço, atendendo à legislação que regula o recolhimento dos tributos incidentes sobre os serviços prestados.

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, se dá a emissão da nota fiscal correspondente, razão pela qual as notas fiscais são emitidas pelas filiais.

Ademais, as faturas/notas fiscais apresentadas pela Contratada possuem o CNPJ da filial e o da matriz.

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.



Não obstante tal fato há que se ressaltar o entendimento do Tribunal de Contas de Santa Catarina acerca da matéria, senão vejamos:

“ É cabível a comprovação de despesa pública mediante nota fiscal emitida por matriz ou filial da mesma empresa, face ao disposto nos artigos 47 usque 51, da Resolução TC-06/89 (a Resolução n° TC-06/89 foi substituída pela Resolução TC-16/94), considerando a unidade das mesmas e a pluralidade de domicílios que lhes são peculiares, não se constituindo em óbice o fato do processamento do empenho discriminar unidade (matriz ou filial) diversa daquela que emitirá a nota fiscal.” (TCE-SC, prejulgado n° 249)

Dessa forma, requer a adequação 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 seja firmado pela Matriz.

4. Da exigência de índices

O item 9.5.1.1 do Edital determina como condição a comprovação de patrimônio líquido **não inferior** a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando qualquer dos índices Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral, informados pelo SICAF, for igual ou inferior a 1.

Não obstante, verifica-se que a exigência inculpada no item em comento afronta flagrantemente o **artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93**, que dispõe sobre a alternatividade para cumprimento de tal exigência de qualificação econômica, *in verbis*:

“art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômica-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.” (grifos nossos)



Com relação à alternatividade da exigência prevista no § 2º, o TCU assim se manifesta:

“De fato, compulsando o § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93, **verifica-se que o dispositivo faz referência a capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo**. A exigência de capital social integralizado extrapola o previsto na Lei, conforme já assentado em deliberações desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 1871/2005, 170/2007 e 113/2009, todos do Plenário.” (grifo nosso) (Acórdão 1533/2011 - Plenário)

É certo que a exigência do § 2º do artigo 37 da Lei de Licitações tem por finalidade impedir o possível fracasso da contratação da licitante vencedora do certame. No entanto, a previsão de alternatividade de comprovação da capacidade econômico-financeira se dá no sentido de que não tornar tal exigência um fator de impedimento de participação na licitação. Ademais, observa-se ainda que tais índices não são os únicos elementos capazes de averiguar a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em acorrer ao certame.

Nesse sentido, o item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995, prevê que as empresas, quando de suas habilitações em licitações públicas, que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 (um) em qualquer um dos índices seguintes: Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), deverão comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, na forma e limites permitidos pela Lei nº 8.666/1993.

Dessa forma, a Contratada não pretende furtar-se da obrigação de comprovação da capacidade econômico-financeira para participação da licitação. **O que se almeja aqui é que tal exigência seja feita de acordo com os limites estritamente legais**. Frise-se que a forma como tal exigência é feita no Edital é desproporcional e incompatível com a realidade do setor de telecomunicações

Assim, o percentual do índice para aferição da situação financeira das empresas deverá necessariamente ajustar-se a essa realidade, pois não resta a menor dúvida de que a atual exigência não é razoável e não corresponde à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, afinal pretende que as licitantes tenham um grau de Solvência Geral (SG) superior à realidade do mercado dos dias de hoje.

Ademais, o índice em questão não teria o condão de ser determinante na consecução do objeto contratado, ora vê-se que não existe relação entre a capacidade, eficiência e qualidade da empresa em realizar os serviços definidos. Com isso, fortifica-se o argumento de que a sua exigência é desnecessária e desproporcional.



Noutro giro, verifica-se que, por se impossibilitar a alternatividade na comprovação da capacidade econômico-financeira torna o procedimento licitatório desnecessariamente mais formalista, fato que não se coaduna com a celeridade do Pregão. Ademais, o próprio inciso XXI do artigo 37 da CF/88 determina que somente devem ser toleradas "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Dessa forma, pode-se afirmar que a atuação da Administração na fase de habilitação deve ser pautada de forma a não incorrer em rigorismos inúteis e excessivos, que apenas afastam os participantes e restringem a competição do certame, gerando e última análise prejuízos à oferta do melhor preço para a Administração.

De todo o exposto, requer a adequação do item 9.5.1.1 do Edital, de forma que possibilite que a comprovação da qualificação econômico-financeira seja feita pelo Índice de Solvência Geral (SG) ou, **ALTERNATIVAMENTE**, por meio de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo **não superior** a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do artigo 31, § 2º, da Lei 8666/93 e ao item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995.

5. DO PRAZO PARA RECURSO

O item 11.1 do Edital determina que após manifestada a intenção de recorrer, será concedido às licitantes o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso.

Há de se esclarecer, entretanto, que nos termos do inciso XVII, do art. 11 do Decreto n.º 3.555/2000, este prazo é de 3 (três) dias **úteis**. Vejamos o estabelecido no dispositivo mencionado:

"Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XVII - a manifestação da intenção de interpor recurso será feita no final da sessão, com registro em ata da síntese das suas razões, podendo os interessados juntar memoriais no prazo de três dias úteis;"

Ante o exposto, requer a alteração do item 11.1 do Edital para que este se adéque ao disposto no dispositivo acima transcrito.

[Handwritten initials]



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

Da análise do item 13.7.14 do Edital, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a bens do Contratante, sem, no entanto, se manifestar acerca da apuração de culpa ou dolo. Já nos itens 13.7.15 do Edital, item 5.18 do Termo de Referência e Cláusula Décima Primeira, inciso XV da Minuta do Contrato não se observa a restrição da responsabilidade aos atos praticados na execução do serviço.

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

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

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

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

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

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração."³ (grifos nossos)

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



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

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

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

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

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

Diante do exposto, requer seja alterado dos itens 13.7.14 e 13.7.15 do Edital, item 5.18 do Termo de Referência e Cláusula Décima Primeira, inciso XV da Minuta do Contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa e na execução do serviço, desde que garantida a sua ampla defesa.

7. IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS

O item 13.8 do Edital e item 5.6 do Termo de Referência permitem a subcontratação e formação de consórcio para os Serviços de Longa Distância Nacional (VC2 e VC3).

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

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



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

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

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

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

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

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

"(...) firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/96." (Acórdão nº 909/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)



DA REVENDA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO:

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

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

Lei 9472/97:

"Capítulo II

Das Sanções Penais

Artigo 183 : Desenvolver Clandestinamente atividade de telecomunicação.

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

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

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

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

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

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

Ante o exposto, requer a adequação do item 13.8 do Edital e item 5.6 do Termo de Referência, para que expressamente seja vedada a subcontratação de serviço ou atividade fim pela Contratada.



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

O item 15.3 do Edital, item 7.5 do Termo de Referência e o Parágrafo Quinto da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato dispõem que nenhum pagamento será efetuado enquanto pendente de liquidação, qualquer obrigação que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência. Os itens 15.4 e 15.5 do Edital e 7.1 do Termo de Referência, além dos Parágrafos Segundo e Terceiro da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato condicionam o pagamento a apresentação de uma série de documentos. Já o item 7.2 do Termo de Referência impõe para a ocorrência no pagamento a regularidade junto ao cadastro no SICAF e ao Cadastramento de Credores da SEFAZ-AM.

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)

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).

Or 21



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 dos itens 15.3, 15.4 e 15.5 do Edital, itens 7.1, 7.2 e 7.5 do Termo de Referência e Parágrafos Segundo, Terceiro, Quarto e Quinto da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato, para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.

9. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

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

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

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

A Lei n.º 8.666/93, em seu inciso XI do art. 40, determina a obrigatoriedade do Edital conter, dentre outros, “o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, **desde a data prevista para**

[Handwritten initials]



apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

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

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

Para Marçal Justen Filho:

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexecutável ou a distorção da competição.”⁴

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

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

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

O reajuste dos preços é automático, ou seja, **decorridos 12 (doze) meses contados da data limite para a apresentação da proposta**, conforme disposto nos arts. 40, XI; 55, III e 57, II e IV da Lei n.º 8.666/93; arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 10.192/01; art. 5.º do Decreto 2.271/97. Assim,

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.



deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

Diante disso, enquanto o reajuste das tarifas deverá acontecer de acordo com as determinações do Poder Concedente, o reajuste dos preços será aplicado automaticamente, decorridos 12 (doze) meses da data limite para a apresentação da proposta.

Ante o exposto, requer a adequação do item 17.1 do Edital e caput da Cláusula Décima Sétima da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dar-se-á após decorrido o interregno de um ano contado da data limite para a apresentação da proposta.

10. BASE DE CÁLCULO DA MULTA EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

O item 18.4.1, inciso II, alíneas "a" e "b" e item 18.5 do Edital, Parágrafo Primeiro da Cláusula Vigésima Primeira da Minuta do Contrato estabelecem multa de mora sobre o valor da fatura da prestação de serviço no mês de ocorrência, sem estabelecer diferença quanto a inexecução total ou parcial do acordado.

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

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

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

O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

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



Por todo o exposto, requer a adequação do item 18.4.1, inciso II, alíneas "a" e "b" e item 18.5 do Edital, Parágrafo Primeiro da Cláusula Vigésima Primeira da Minuta do Contrato, para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total da fatura mensal.

11. Solicitação de inclusão de previsão de penalidade por atraso de pagamento

O Parágrafo Sexto da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato prevê que quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano.

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.

Diante do exposto, requer seja alterado o Parágrafo Sexto da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato de forma a regularizar sua redação nos termos acima expostos.

12. Da exigência de substituição de aparelhos sem ônus para a Contratante

O Parágrafo Quarto da Cláusula Quarta da Minuta do Contrato determina a substituição de equipamentos, materiais, ajustes ou reparos pela Contratada, caso a fabricante não cumpra sua responsabilidade, já o Parágrafo Terceiro da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato estabelece que cabe a contratada promover a substituição de materiais, equipamentos e utensílios, no caso da fabricante não cumprir sua responsabilidade dentro do prazo legal, sem estabelecer ônus a contratante. O item 20 da Tabela de Ocorrências tanto do Edital quanto da Minuta do Contrato também conferem tal responsabilidade a Contratante.

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.”⁵

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



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

Frise-se, por oportuno, que o regime jurídico do fornecimento dos aparelhos da presente licitação é o comodato. Nesse sentido, é responsabilidade do Comodatário arcar com a conservação e ressarcimento no caso de danos, nos termos dos arts. 582 e seguintes do Código Civil, *in verbis*:

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

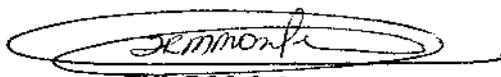
Com esse panorama, vê-se pela fundamentação doutrinária e legal trazida à baila que se trata de obrigação abusiva e desigual, beneficiando a Administração Pública (que já se encontra naturalmente em papel de preponderância sobre o setor privado) em aspecto que foge às obrigações eminentemente legais 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 Parágrafo Quarto da Cláusula Quarta da Minuta do Contrato e Parágrafo Terceiro da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato; e item 20 da Tabela de Ocorrências constante tanto no Edital quanto na 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. Assim, os defeitos ocasionados nos equipamentos por comprovado mau uso da Contratante serão de sua responsabilidade.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a TNL PCS 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.

Amazonas – AM, 27 de fevereiro de 2012.



TNL PCS S.A.

Arlyson Roberto de Melo Monteiro - Procurador
Executivo de Negócios
CPF: 600.315.142-00



TNL PCS S.A.

Alexandre Magno de Almeida Araujo - Procurador
Analista da Engenharia Comercial
CPF: 408.865.814-00