



ILMO. SR. PREGOEIRO DA CODEVASF – 3.ª SR

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 003/2015

TELEMAR S.A., sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.000.118/0001-79, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, vem, por seu representante legal, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A **CODEVASF – 3.ª SR** instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, sob o n.º 011/2015, visando contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento de sinal de internet durante 24 (vinte e quatro) horas ininterruptas, inclusive sábados, domingos e feriados, com distribuição via wireless de alta velocidade com mínimo de 03 Mbps (ISDN), com link dedicado para o Escritório de Apoio Técnico da 3ª Superintendência Regional da Codevasf, localizado no município de Jatobá, Estado de Pernambuco.

Contudo, a TELEMAR 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 TELEMAR 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 - DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO

O preâmbulo do Edital, bem como o item 3.1, estabelecem que apenas poderão participar as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, consistindo em verdadeiro item discriminatório do Edital.

Cumprido destacar que, no que se refere 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).

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.

Não se questiona a exigência da participação apenas das micro e pequenas empresas ou sociedade cooperativa, pois corresponde a uma faculdade por parte da Administração Pública, contudo, o exercício desta discricionariedade não é ilimitado, inclusive, a ponto de prejudicar a participação de maior número de licitantes e contrariar o próprio objetivo da realização de procedimento licitatório.



Por fim, a Lei n.º. 8.666/1993 estabelece claramente a necessidade de estrita observância ao princípio da competitividade. 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.

§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 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;”. (grifo nosso)

Ante estas considerações, mediante a republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame, a Oi requer sejam adequados os itens:

Poderão participar deste Pregão os interessados que tenham ramo de atividade compatível com o objeto licitado e que atenderem a todas as exigências, inclusive quanto à documentação e requisitos de classificação das propostas, constante deste Edital e seus Anexos.

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

A alínea “b” do item 3.8 dispõe que não será admitida nesta licitação a participação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar suspenso.

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

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



acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública.”²

Este entendimento foi ratificado 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, 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 apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão “refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal” e que, portanto, “o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”. [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) “recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”. **Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.**

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

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.



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 a **alínea “b” do item 3.8** 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 - REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS

O Edital prevê que os pagamentos serão efetuados, obrigatoriamente, por meio de crédito em conta corrente.

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)**.

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

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

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

Dentre as vantagens para o cliente estão a garantia de baixa automática das faturas no sistema das empresas Oi, em 5 (cinco) dias úteis após o pagamento. Da mesma



forma, tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços garantindo a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do Edital à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 16.1 do Edital, bem como o item 7.1 do Termo de Referência, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

4 – DO PAGAMENTO DA FATURA. REDUÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO EDITAL.

O item 16.2 do Edital, bem como o item 7.12 do Termo de Referência, preveem que o pagamento dos serviços serão realizados no prazo de até 30 (trinta) dias corridos após a apresentação das Faturas.

Entretanto, tal prazo é muito grande para os serviços de telecomunicações, dado que a emissão das notas fiscais possui regência pela ANATEL, que admite a entrega das faturas com menor antecedência em relação ao prazo de pagamento, conforme disposição contida no artigo 44 da Regulamentação contida na Resolução da ANATEL n.º 477, de 07.08.2007:

*“Art. 44. A entrega do documento de cobrança ao Usuário, constituído de demonstrativos e faturas dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos **5 (cinco) dias antes do seu vencimento.**” (grifos de nossa autoria)*

Frisa-se que a licitação para serviços de telecomunicações possuem regência pela ANATEL, cuja normatização vincula o modo e os critérios da prestação do serviço, estando as operadoras adstritas a tal regramento.

As faturas são documentos padronizados, emitidas em modelos que respeitam a regência estabelecida pela ANATEL, sendo que a **média dos faturamentos é realizada com o prazo de 05 (cinco) dias antes do vencimento, pelas diretrizes da agência reguladora e conforme operações do mercado.**

Neste contexto, requer-se seja alterado tal prazo de pagamento, devendo ser reduzido para 05 (cinco), conforme a média de mercado para a emissão das faturas relativamente ao serviço objeto da licitação.



5 - DA DECLARAÇÃO DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

O item 23 do Edital, bem como o item 17 do Termo de Referência, dispõem que a licitante deverá atender a critérios de sustentabilidade ambiental.

Contudo, convém ressaltar os serviços a serem contratados não resultarão em execução de obras, nem acarretará em depósito de resíduos de qualquer espécie que possa justificar a apresentação da Declaração em comento.

Observe-se para a construção as torres de transmissão já foram exigidos as licenças ambientais necessárias, concedidas pelos Órgãos responsáveis após análise de viabilidade ambiental, não sendo esta, portanto, a oportunidade de exigir este tipo de declaração.

Ademais, o Edital fundamenta tais exigências na IN SLTI/MPOG nº 01/2010. Nesta senda, cumpre salientar o manifesto equívoco da exigência, pois, apesar de haver menção normativa que indicasse a suposta obrigação aos licitantes, aquela é disciplinada por uma Instrução Normativa, que não goza de qualquer amparo legal para tal regulamentação.

Ora, conforme assentado na doutrina e jurisprudência pátrias, é vedada a imposição de obrigações ao particular por meio diverso de lei, o que significa que estas imposições previstas em normas regulamentares, como ocorrido no caso em apreço, não tem o condão de obrigar ou desobrigar o particular a obedecê-las.

O poder regulamentar deve ser visto como subjacente à lei e pressupõe a existência desta. É com base nesse enfoque que a Constituição autoriza o Chefe do Executivo a expedir Portarias e Instruções Normativas: viabilizar a efetiva execução das leis, conforme se deduz da leitura do artigo 84, IV da CF/88.⁴

O renomado administrativista José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.



“Seu exercício somente pode dar-se **secundum legem**, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Decorre daí que **não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações**, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).” (grifos não constam no original)

A questão principal a ser analisada é se os requisitos de habilitação estabelecidos pela Lei Federal n.º 8.666/93 são ou não normas gerais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto acerca do tema afirma o seguinte:

“Entre os temas regradados no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que são tratados como normas gerais, e, portanto, de aplicação nacional, alguns merecem ser destacados para estudo”.

E, entre estes temas, o autor lista: “modalidades licitatórias, afastamento da licitação (hipóteses de contratação direta) e **habilitação**.”

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho, confirmando que os requisitos de habilitação vêm previstos na Lei n.º 8.666/93 (lei geral de licitações e contratação), *in verbis*:

“[o] art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem **numerus clausus** e são: habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. (...) “O elenco dos arts. 28 a 31 devem ser reputado como máximo [...]. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ traz entendimento idêntico em sua obra, senão vejamos:

“**Qualquer outra documentação, além das pertinentes aos itens referidos no artigo 27 da Lei n.º 8.666/93, é inexigível no edital.** Não tem fundamento, por isso, o artigo 117, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, que exige, implicitamente, prova de atendimento a normas relativas à saúde e à segurança no trabalho. E exorbita da Constituição a própria Lei n.º 8.666/93, ao exigir documentação que excede a prevista em âmbito constitucional. Essa e outras exigências, que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda **mais formalista e burocrático**, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição.”

⁵ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 24.ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p.399.



O que se pretende aclarar é que a matéria regulada pela Instrução Normativa editada, frise-se, exclusivamente pelo Poder Executivo, inova no mundo legislativo, carecendo, destarte, de fundamento de validade para a sua existência, em expressa violação ao princípio da divisão triparte das funções que vigora no modelo de estado republicano vigente em nosso país.

Isto posto, considerando a desnecessidade de atendimento a Instrução Normativa devido a ausência de execução de obras e de qualquer tipo de resíduo na execução dos serviços, e considerando ainda 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, requer a exclusão da exigência constante no item 23 do Edital, bem como o item 17 do Termo de Referência.

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

A alínea “h” do item 2.7 do Termo de Referência prevê que a licitante deverá assumir inteira e total responsabilidade pelos danos ou desrespeitos causados ao patrimônio da Codevasf e ao de terceiros, na área de prestação dos serviços, por ação ou omissão de seus empregados ou exercícios das atribuições previstas nestes Termos de Referência, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo.

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.”⁶ (grifos nossos)*

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

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

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

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

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

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

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



7 - SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

O item 7.13. do Termo de Referência prevê fórmula a ser aplicado para a incidência de encargos moratório, em caso de atraso de pagamento sem culpa da contratada.

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.

Ocorre 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 do item 7.13. do Termo de Referência, 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.

8 - DA VISTORIA

Da leitura do item 16.1 do Termo de Referência não ficou claro se há obrigatoriedade ou não na realização da vistoria.

Diante da dúvida, entende-se que a realização de vistoria não deve ser obrigatória, ficando a responsabilidade das condições e do grau de dificuldade dos serviços a cargo da Contratada.

Cumprido ressaltar que, segundo entendimento do TCU, a vistoria apenas deverá ser obrigatória caso seja imprescindível para a participação da empresa no certame, devendo esta imprescindibilidade ser devidamente justificada pela Administração Pública:



Acórdão 2913/2014-Plenário, TC 023.957/2014-0, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 29/10/2014.

A exigência de visita técnica antes da licitação é admitida, desde que atendidos os seguintes requisitos: (i) demonstração da imprescindibilidade da visita; (ii) não imposição de que a visita seja realizada pelo engenheiro responsável pela obra; e (iii) não seja estabelecido prazo exíguo para os licitantes vistoriarem os diversos locais onde os serviços serão executados. Pedidos de Reexame interpostos por prefeito municipal e membros de comissão de licitação requereram a reforma de deliberação do TCU pela qual os responsáveis foram condenados ao pagamento de multa em razão de irregularidades em concorrência pública, dentre elas a “exigência de visita prévia ao local da obra pelo engenheiro responsável por sua execução em datas pré-definidas, sem demonstração da imprescindibilidade do procedimento, em desconformidade com os arts. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e 30, inciso III, da Lei 8.666/1993.” Os recorrentes arguíram, em síntese, que a exigência não ocasionara dano, sendo “indispensável à boa execução da obra”. Alegaram, ainda, que “havia previsão expressa no edital das datas em que ocorreriam tais visitas, o que propiciou às empresas tempo hábil para agendamento”. Ao analisar o ponto, o relator, alinhado à análise da unidade técnica, rejeitou os argumentos apresentados, destacando que “os recorrentes nem sequer tentaram demonstrar a imprescindibilidade do procedimento”. Em seguida, reiterando o exame realizado pelo relator a quo, ressaltou que a exigência de visita técnica é admitida, “desde que atendidos três requisitos: (i) demonstração da imprescindibilidade da visita, cuja falta de comprovação fere outros valores legais que necessitam ser preservados, como a competitividade, a moralidade e a isonomia; (ii) não imposição de que a visita seja realizada pelo engenheiro responsável pela obra, por ser essa incompatível com a legislação, além de impor ônus desnecessário aos licitantes e restrição injustificada à competitividade do certame (acórdãos 2.543/2011, 2.583/2010 e 1.264/2010, todos do Plenário); e (iii) não seja estabelecido prazo exíguo para os licitantes vistoriarem os diversos locais onde os serviços serão executados, pois isso importa em restrição ao caráter competitivo do certame (acórdão 890/2008-Plenário)”. Considerando que os recorrentes não comprovaram o atendimento de tais requisitos para a exigibilidade da visita, cujo prazo fixado foi de apenas dois dias, o Tribunal, seguindo o voto da relatoria, em razão dessa e de outras irregularidades, manteve a sanção imposta aos responsáveis.

Por essa razão, requer-se a adequação do item em comento, de modo que fique expresso que a realização de vistoria é opcional.

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 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.”⁷⁷

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).

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.



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.

Ressalte-se que apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC poderá ser prestado em regime público, por meio de Concessão do Poder Concedente. Assim, as concessionárias são remuneradas pela cobrança de tarifas, conforme acima explicado.

Acerca das tarifas do STFC, o art. 42 da Resolução n.º 426/2005, que aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, assim determina:

“Art. 42. Visando a preservação da justa equivalência entre a prestação do serviço e sua remuneração, as tarifas ou preços de planos de serviço ou PUC podem ser reajustados ou revisados.

Parágrafo único. **Os reajustes dos valores das tarifas ou preços** podem ser realizados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, limitados estes à **variação do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST)** ou qualquer outro índice que venha a substituí-lo, correspondente ao período de reajuste, **observadas as disposições dos contratos de concessão ou termos de permissão ou autorização.**” (grifo nosso).

Com base no acima exposto, o reajuste tarifário deverá ser aplicado a partir do Contrato de Concessão, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato.

De outro lado, o reajuste dos preços, ao contrário das tarifas, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, 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 Contratação.

No âmbito dos serviços telefônicos, objeto da presente licitação, o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste dos valores contratados é aquele expresso na Resolução n.º 420, de 25/11/05, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST.

Ante o exposto, requer a adequação inclusão de item, de modo que o reajuste dos preços e das tarifas referentes ao SCM seja realizado da seguinte forma:

“A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste, o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações”.

10 - AUSÊNCIA DA MINUTA DO CONTRATO

Da análise do instrumento convocatório, constata-se a ausência da Minuta de Contrato.

A minuta de contrato destina-se especificamente a documentar a avença, contendo todas as cláusulas contratuais de modo minucioso e detalhado.

Com efeito, o esboço do contrato administrativo deve ser elaborado ainda durante a fase interna da licitação. A Lei n.º 8.666/93 tornou obrigatória a elaboração da minuta do contrato, para acompanhar o instrumento convocatório da licitação.

Não se admite que a Administração, dispondo da minuta, recuse-se a exibi-la aos interessados. A Administração não pode ocultar o modelo do instrumento. Aliás, a publicidade fica assegurada nos termos do inciso III do § 2º do art. 40 da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 40

(...)



§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

III- a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor.”

Ademais, o §1º do art. 62 da Lei de Licitações prevê que “a minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação”.

Ora, a ausência de Minuta do Contrato impossibilita o conhecimento, pelos interessados, dos direitos e obrigações que estabelecerão com a Administração caso saiam vencedores do certame.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho manifesta pela obrigatoriedade da minuta do futuro contrato acompanhar o Edital⁸.

Admite-se, no § 4º do art. 62 da Lei de Licitações, dispensa-se o "termo de contrato" e faculta-se a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

Nas demais hipóteses, portanto, é obrigatória a inclusão da minuta do Contrato no Edital.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética. 2010, p. 566.

Pedido

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

Petrolina - PE, 27 de maio de 2015.



Henrique de Albergaria B. Favarelli
Executivo de Negócios
Diretoria Clientes Corporativos - DF


Raquel Ribeiro Campos
Brasil Telecom S/A - Filial RS
Matricula BT 024659

Raquel Ribeiro Campos
Especialista em Licitações