IMPUGNAÇÕES

DPP
Fl 203
PEG

ILMO. SR. PREGOEIRO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ

Defensoria Pública do Estado do Paraná
RECEBIDO EM 30/01/19
Eduardo José Ramalho Siroparo
Técnico Administrativo

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 005/2019

OI MÓVEL S.A., em Recuperação Judicial, com sede na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Norte, Quadra 3, Bloco A, Edifício Estação Telefônica, térreo, parte 2, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.423.963/0001-1 doravante denominada "Oi", vêm, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

A DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, registrado sob o n.º 005/2019, visando a futura e eventual contratação de empresa para prestação de serviços de telefonia móvel pessoal (SMP) e encaminhamento de ligações de longa distância (STFC-LD), de acordo com as normas e regulamentos expedidos pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, com a disponibilização de estações móveis, em regime de comodato, e serviço móvel com tecnologia 4G ou superior, conforme especificações constantes deste Termo de Referência.

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidas o que não se espera,

motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA

O item 6.6 do Edital e o item 6.5 do Termo de Referência exigem que o CNPJ constante da nota fiscal deverá ser o mesmo indicado na proposta e demais documentos.

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

Do ponto de vista licitatório, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93 possibilita, ao participante da licitação, que comprove sua regularidade fiscal com documentação do domicílio ou da sede. Portanto, há uma **alternatividade** entre um ou outro, podendo a licitante apresentar documentação da sua filial ou da matriz.

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

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

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

DPP
Fl 204
PTG

Assim, as notas fiscais devem ser emitidas no CNPJ da filial do local onde é prestado o serviço, pois é este estabelecimento, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, o contribuinte de ICMS para o Estado.

Deste modo, para contratação de serviços de telecomunicação, a exigência prevista no item em comento ofende o art. 29 da Lei n. 8.666/93, pois força a participação da filial na licitação, contrariando a alternatividade autorizada pelo mencionado dispositivo legal.

Diante do exposto, requer a alteração dos itens indicado 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.

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

O item 12.6 do Edital e o Anexo VII vedam a participação de empresas que por quaisquer motivos, tenham sido declaradas inidôneas ou punidas com suspensão por órgão da Administração Pública Direta ou Indireta, na esfera Federal, Estadual ou Municipal.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**.

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, *in verbis*:

> "Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;
>
> XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;"

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões "Administração Pública" e "Administração" são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

> "**Administração Pública**: A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com 'Poder Executivo'. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada 'Administração Direta' (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a 'Administração Indireta' (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as 'fundações' instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito."
>
> "**Administração**: A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade."[1]

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

> "A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na

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

DPP
Fl 205
PRO

hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público."[2]

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)[3], segundo o qual **os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou.** Nesse sentido, destaca-se:

Informativo TCU nº 147:

1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, 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)

[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.

"*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.

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

Portanto, requer seja alterado o item 12.6 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. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

Os itens 12.7 e alíneas do Edital dispõem que o pregoeiro consultará os sistemas de registros de sanções administrativas da Defensoria Pública do Estado do Paraná, o Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, LISTA DE INIDÔNEOS DO CNJ e CEIS visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame.

Da leitura do dispositivo em comento, tem-se a impressão de que uma vez consultado o referido cadastro, na hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a

DPP
Fl. 206

empresa com uma penalidade supostamente existente, impedida de participar do certame.

Ocorre que, não se pode admitir este tipo de entendimento extensivo, pois seria o mesmo que admitir que empresas suspensas de licitar com a administração pública, estrariam impedidas de participar.

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."[4]

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

"A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público."[5]

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)[6], 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.

---

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

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

[6] Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.

SPP
Fl 20
Rub

"[...] 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.

Cabe salientar que o Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a **Instrução Normativa nº 02/2010** definindo que a aplicação da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção (art. 40, §1º, da IN nº 2/2010 SLTI-MPOG).

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, feita as distinções necessárias e reforçado o posicionamento do plenário do TCU sobre o tema, não se pode admitir que empresas que apresentem algum tipo de penalidade sejam impedidas de participar do certame, a menos que a penalidade seja em face do órgão licitante. Caso contrário, não há o que se falar em impedimento.

Nesse contexto, o mesmo racional se aplica ao disposto no item que se impugna. Não se pode admitir que o resultado da consulta aos cadastros em questão, caso aponte para algum tipo de penalidade, estenda seus efeitos de modo a impedir a empresa penalizada de licitar com outros órgãos, que não o penalizante.

É necessário que seja expressamente previsto que haverá proibição de participar a empresa que, após consulta aos referidos cadastros, verifique-se que exista penalidade com o órgão licitante e não com qualquer órgão.

Como já dito anteriormente, na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93. Ou seja, para que se possa associar o resultado da consulta como impeditivo de participação, a sanção ali registrada deve ser restritiva de participação somente com o presente órgão licitante.

Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

CPL
Fl 208
Proc

4. DA EXIGÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO DE APARELHOS CELULARES SEM ÔNUS À CONTRATANTE

Da análise dos itens 4.6 e 4.7 do termo de referência prevê a substituição e o reparo dos aparelhos sem ônus à Contratante, verifica-se que os mesmos determinam que a Contratada deverá promover a substituição dos aparelhos nos casos de eventuais prorrogações contratuais e, ainda, reparar os aparelhos que apresentarem defeitos.

Como é sabido, a Administração Pública tem o direito de acrescentar cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, contanto que estas não ultrapassem o real objetivo que é o interesse público.

As características do contrato administrativo derivam da supremacia do interesse público sobre o particular, porém, de forma alguma poderá ocorrer a concepção autoritária do Estado. De fato, ao impor cláusulas que não configuram o real objetivo da Administração Pública, conduz à redução do universo dos particulares dispostos a contratar com a Administração Pública, pois elevará os custos estimados pelos potenciais participantes das licitações.

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

A exigência editalícia mencionada não tem qualquer amparo na legislação vigente, sendo contrária à ordem legal, o que inviabiliza considerá-la cláusula exorbitante.

Nesse contexto, é imperioso esclarecer que as operadoras de Telefonia Móvel Pessoal não são as fabricantes dos aparelhos celulares e, portanto, a sua aquisição, para fornecimento aos contratantes não é gratuita.

Ora, insta deixar determinantemente claro que as operadoras de Telefonia Móvel Pessoal oferecem o Serviço Móvel Pessoal – SMP, sendo este o objeto das contratações. Entretanto fornecerá os aparelhos sem qualquer custo ao I. Órgão, onde a garantia de 1 (um) ano e assistência técnica será fornecida pelo fabricante dos aparelhos, como determina a legislação vigente, independentemente qual seja a forma de fornecimento dos aparelhos.

Desta forma, caso as manutenções e substituições de peças, pares e componentes, sejam ocasionadas por mau uso por parte do usuário e comprovado mediante laudo

técnico emitido pela assistência técnica do fabricante dos aparelhos, **fica o órgão NA CONDIÇÃO DE COMODATÁRIO responsável pelas eventuais despesas,** considerando que as operadoras detém autorização para o fornecimento do Serviço Móvel Pessoal – SMP, **não sendo, portanto, a responsável pela manutenção/fabricação dos aparelhos celulares,** como cita o artigo 582 a 585 do código civil brasileiro, *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"

A Oi não poderá ficar responsável por problemas técnicos dos celulares haja vista que não é a fabricante dos aparelhos **e, ademais, caso for comprovada culpa exclusiva do usuário pela falha, quebra ou perda, este deverá arcar com o prejuízo, pois nem a própria fabricante terá responsabilidade sobre o fato**. Isto significa uma exclusão de responsabilidade, não havendo qualquer liame entre a causa (mau uso) e as empresas acima referidas.

As normas regentes do instituto do comodato são claras: o comodatário tem a inteira e exclusiva responsabilidade sobre o objeto cedido, sendo o titular da obrigação de cuidar, zelar e preservar, sem poder ao final do contrato cobrar **"do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada**."

SPP
Fl 209
Rub

Não há espaço para modificações na lei, o Órgão tem que respeitar inteiramente o que está previsto, sem alterações ou interpretações além do disposto.

Ainda, da mesma forma, a aquisição de novos aparelhos, ao final de cada 12 (doze) meses, acarretará elevados custos à Contratada, os quais deverão ser repassados à Contratante. Assim, não pode haver previsões de que os aparelhos sejam substituídos, sem qualquer ônus para a Administração, em obediência ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Logo, o que se quer garantir por meio da presente impugnação é o afastamento de obrigações ilegais que prejudiquem o equilíbrio econômico-financeiro e acarretem a elevação dos custos, violando o princípio da busca da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

Caso persista a exigência consignada nos termos acima, estar-se-á diante de exigência exorbitante e desnecessária, em total afronta ao disposto no art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8.666/93, cuja essência veda determinantemente a imposição de 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. E, somando-se ao desrespeito à lei n.º 8.666/93, tem-se o claro desrespeito ao Código Civil brasileiro que rege o instituto do comodato.**

A Doutrina é uníssona ao afirmar com veemência que quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares ou a existência de cláusulas desnecessárias, maior será o dispêndio pela Administração. Neste passo, vale transcrever algumas passagens de textos doutrinários sobre o assunto:

> "Enquanto o particular procura o lucro, o Poder público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. **Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.**" [MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14º edição. Malheiros Editores: São Pulo, 2002. p. 578-579]

"Tais ponderações não podem ser ignoradas, especialmente por ocasião da configuração da contratação administrativa. **Muitas vezes, a ânsia de proteger o interesse público traduz-se na previsão de um sem-número de ressalvas, exceções, alterações do regime comum. O agente público não se apercebe que todas essas imposições unilaterais se refletem no preço que será desembolsado em prol do particular**.

Por tudo isso, a previsão e o exercício das chamadas prerrogativas excepcionais devem ser impregnadas pela consciência de que a obtenção da melhor proposta (o que importa o desembolso do menor preço possível) é a via mais satisfatória para tutelar o interesse público. **Muito mais satisfatório do que titularizar poderes extraordinários é deles não necessitar. Em síntese, o imperativo da supremacia do interesse público conduz muito mais à necessidade da concepção adequada e satisfatória das contratações administrativas do que a titularidade de competências extraordinárias destinadas a consertar o que originalmente foi mal concebido**" [JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 459-460.]

Desta forma, requer a exclusão da obrigação de substituição dos aparelhos por outros tecnologicamente mais avançados, em caso de prorrogação contratual, prevista nos itens em comento.

5. INCLUSÃO DE CLÁUSULA A RESPEITO DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O referido Edital mostra-se silente quanto a forma que deve ser adotado o pagamento devido à contratante.

Ocorre que o sistema de pagamento encontra-se em harmonia com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações **são aqueles pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou**

SPP
Fl 230

mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

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

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

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

Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a inclusão de cláusula a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

6. DA RETENÇÃO E DA GLOSA DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

Os itens 6.1, 6.4, 6.6 e 6.8 do termo de referência e o item 4.3 da minuta do contrato dispõem sobre hipóteses de suspensão e glosa nos pagamentos devidos à 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.

Esse é entendimento recentemente esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que a perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à Contratada, mas **não autoriza a retenção ou glosa de pagamentos por serviços prestados:**

> "Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, **relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf)**. A consulente registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que "os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf". Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, **ressaltou a necessidade de os órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluírem, "nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter,**

DP
Fl 254

durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação", além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais "podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento". Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) "... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal"; b) "... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93)". (Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012) (grifo nosso)

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência do STJ:

"ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional 'não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.' (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

DPP
Fl 212
PG

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, multas a serem aplicadas ou danos e prejuízos eventualmente apurados através de processo administrativo, em que seja assegurado devidamente o contraditório e ampla defesa, 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 em comento.

7. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O item 6.5.1 do termo de referência estipula que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção.

Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa.

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

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

8. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 6.2 do termo de referência e o item 4.1 da minuta do contrato dispõem que será verificada a regularidade fiscal da Contratada mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal.

Não obstante tal fato, é importante observar que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explica-se: as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias).

Assim, a apresentação mensal das referidas certidões foge dos padrões lógicos, visto que o prazo de validade das mesmas ultrapassa o período de trinta dias.

É de suma importância observar que não está se discutindo aqui a necessidade da manutenção dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Tal fato é inquestionável! O que se discute nesta análise é a desproporcionalidade e ilegalidade em exigir a apresentação mensal desses requisitos, principalmente, pelos mesmos possuírem período de vigência superior à 30 (trinta) dias.

Vale corroborar, que a Administração Pública possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Se a certidão informa que seu prazo de validade é de 120 dias, porque a contratada deverá apresentar a certidão mensalmente?

Verifica-se a incongruência na aplicação da exegese do item 6.2 do termo de referência e do item 4.1 da minuta do contrato. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

EPP
Fl 213

Carlos Ari Sundfeld, na obra "Fundamentos de Direito Público" afirma o seguinte acerca da proporcionalidade (fls. 165):

> *"A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir."*

Ora, o administrador está jungido ao Princípio da Legalidade, portanto, ao determinar obrigações que não possuem previsão legal, atua de forma desproporcional e irrazoável.

Para José dos Santos Carvalho Filho, "razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa"[7].

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

> "O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger."[8]

Diante disso, requer a alteração dos itens em comento para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

---

[7] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.
[8] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

9. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 6.9 do termo de referência e o item 4.4 da minuta do contrato dispõem que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, os cálculos dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial".

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

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

> "(...) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton

Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo poder público. 11.6 Na sequencia, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...)".(AC-1920-09/11-1 Sessão:

29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 6.9 do termo de referência e do item 4.4 da minuta do contrato referente ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

10. REAJUSTE DOS PREÇOS

Da análise do item 6.10.2 do termo de referência percebe-se que o mesmo previu que o preço contratado não é suscetível de revisão e reajuste. E o item 4.6 e os itens 4.7 da minuta do contrato percebe-se que há a previsão de reajuste que dispõe o seguinte:

> *"o reajuste será realizado anualmente em relação aos custos sujeitos à variação de mercado, depois de decorridos 12 (doze) meses da data de apresentação da proposta, devendo ser utilizado o índice geral de preços relativo ao período mais vantajoso para a Administração, dentre os seguintes: Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, Índice Geral de Preços do Mercado – IGP-M, Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna – a IGP-DI ou Índice Geral de Preços 10 – IGP-10 (artigo 114 da Lei Estadual nº 15.608/07)."*

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.

DPP
Fl 215
P/S

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 inexequível ou a distorção da competição[9]."

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

---

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

serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços.

Ocorre que considerando que o objeto do edital trata-se de SMP e SCM, e que sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI

Ante o exposto, requer a modificações dos itens em comento no instrumento convocatório de modo que o reajuste dos preços 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 IGP-DI".*

11. BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

O item 9.1, II, e alíneas, do termo de referência preveem a aplicação de multas sobre o valor total adjudicado, mesmo em caso de inexecução parcial.

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.

EPP
Fl 216

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

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

> "Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidade da lei atributiva da descrição manejada.
>
> (...)
>
> É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)
>
> Este princípio (proporcionalidade) enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobremodo quando a Administração restringe a situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público." (em "Curso de Direito Administrativo", 12ª edição, páginas 79 a 81)

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

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

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

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

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

SPP
Fl 218
PRS

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

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

Por todo o exposto, requer a adequação dos itens em comento para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato.

12. DA NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO ENTRE AS EMPRESAS DE TELEFONIA MÓVEL E FIXA

Da análise do instrumento convocatório percebe-se que o mesmo é silente quanto a participação de empresas estabelecidas em consórcio.

Dessa forma, faz-se necessário esclarecer que, frente à exigência editalícia de VC2 e VC3 referente às chamadas recebidas, a prestação completa do objeto licitado passa a demandar imperiosa formação de consórcio, pois as chamadas recebidas pelo usuário fora da área de registro são sempre encaminhadas por empresas concessionárias ou autorizatárias de STFC, e não de SMP.

Devido à mudança de regras impostas com a migração das antigas empresas do Serviço Móvel Celular – SMC para o Serviço Móvel Pessoal – SMP, o serviço de Longa Distância Nacional hoje é realizado, na grande maioria das vezes, pelas empresas que prestam o serviço de telefonia **fixa** comutada detentoras de CSP próprio, como por exemplo, a Oi S.A. com o código CSP 14, a Telemar Norte leste S.A. – CSP 31, a Embratel – 21, a Telefônica – 15, entre outras.

Nesses termos, se é verdade que as operadoras outorgadas para prestação do serviço de telefonia móvel pessoal somente não podem realizar ligações de longa distância nacional e internacional; não menos o é que a **maioria das empresas autorizadas pela ANATEL para prestar o Serviço Móvel Pessoal (SMP) não optou por obter uma**

outorga para prestar o STFC nas suas diversas modalidades (local, LDN e LDI), não requerendo, por conseguinte, a obtenção de CSP próprio.

Também é mister invocar a dicção expressa do artigo 88, da Resolução nº 477, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a possibilitar que as prestadoras de SMP selecionem previamente quais as operadoras de STFC, que encaminharão as chamadas de longa distância originadas por Usuário Visitante Internacional:

"Art. 88. A prestadora de SMP tem o direito de selecionar previamente as prestadoras que encaminharão as chamadas de longa distância originadas por Usuário Visitante Internacional.

Com a regulamentação supracitada, parece evidente que os serviços de LDN ficaram exclusivos para as empresas que prestam o serviço telefônico fixo comutado, ficando as empresas de celular impossibilitadas de fornecer os mesmos serviços diretamente.

Dessa forma, como decorrência natural decorrente da configuração regulatória do setor, para cobrança das respectivas chamadas será necessária a formação de consórcio entre a vencedora do Item 1 – VC1, empresa prestadora de SMP e uma empresa prestadora de STFC.

Afinal, é mister relembrar que as chamadas recebidas pelo usuário do SMP quando este estiver fora de sua área de registro (**VC2 e VC3**) são caracterizadas como segundas chamadas e consideradas como chamadas do SMP, conforme §2º, do artigo 87, do Regulamento do SMP, aprovado pela Resolução nº 477, transcrito a seguir:

> *Art. 87. A chamada dirigida a Usuário Visitante será tratada como composta por 2 (duas) chamadas distintas.*
>
> *§ 1º A primeira chamada tem origem no usuário chamador e destino na Área de Registro do Usuário, cabendo seu pagamento ao chamador.*
>
> ***§ 2º A segunda chamada é considerada uma chamada SMP e tem origem na Área de Registro do Usuário e destino no local em que este se encontra, cabendo seu pagamento ao Usuário Visitante. (grifo nosso)***

DPP
Fl 238

E nem se argumente pela mera divisão do objeto em itens (quais sejam, item 1 para as ligações VC1, item 2 para as ligações VC2 e o Item 3 para as ligações VC3,) ser supostamente suficiente, porque não contempla a exigência do artigo 78 da Resolução nº 316 da ANATEL.

A divisão por itens garantirá, tão somente, que a vencedora dos itens 2 e 3 será a mesma empresa vencedora do item 1 na condição descrita no §2º, do artigo 87, do regulamento do SMP, aprovado pela Resolução nº 477.

Para exemplificar esta situação podemos criar a seguinte hipótese: sendo declarada a vencedora do certame a OI MÓVEL S.A em determinados itens, seria necessário a TELEMAR S.A. vencer também nos referidos itens, pois caso empresa diversa dessa vencê-los, não terá como esta prestadora de SMP utilizar-se da TELEMAR S.A. (STFC) - empresa selecionada para reencaminhar suas chamadas, nos termos do Art. 78 da Resolução n.º 316 da ANATEL - para completar as ligações recebidas pelo usuário fora de sua área de registro.

Em situação análoga a esta, é importante denotar que figuram todas as operadoras de serviço móvel pessoal que não possuem CSP próprio, ou seja, autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional – STFC LDN.

Logo, para o adequado cumprimento das exigências constantes do item 1 do Edital faz-se necessária a possibilidade de participação da empresa prestadora de SMP em consórcio com a empresa prestadora de STFC, sob a pena de haver evidente afronta ao artigo 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93, aplicável à modalidade licitatória em tela, conforme se depreende do artigo 9º, da Lei nº 10.520/2002, *in verbis*:

> *"§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 do domicílio das licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"* (grifamos)

A PROPÓSITO, MESMO FRENTE A ATOS DE COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA, CABE PONDERAR QUE A LEI DE LICITAÇÕES VEDA A EXISTÊNCIA, AINDA QUE POR OMISSÃO DE CLÁUSULA ESSENCIAL, DE CONDIÇÕES NO EDITAL QUE PREJUDIQUEM A COMPETIÇÃO, FRUSTRANDO A FINALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO QUE É A CONTRATAÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA O PODER PÚBLICO, COM PLENA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

No mesmo contexto, veja-se a lição da mais abalizada doutrina brasileira sobre o assunto[1]:

> *"O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada.* ***Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse público concretamente identificável na hipótese****. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de:*
>
> *a)* ***exigência incompatível com o sistema jurídico;***
>
> ***b) desnecessidade da exigência;***
>
> *c)* ***inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.***
>
> *O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais.* ***Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar****, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o "fim" a ser atingido.* ***Todas as exigências se caracterizam como "meios" de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão***

---

[1] MARÇAL JUSTEN FILHO, *In* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 416.

DPP
Fl 219
PRG

de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do 'fim'."

*O antigo Tribunal Federal de Recursos igualmente entendia que '**não cabem prevalecer cláusulas contidas em edital de processo licitatório que visem a limitar o número de concorrentes, por força de exigências não autorizadas no ordenamento específico, cuja a inspiração é de permitir ampla oportunidade a todos os que estejam capacitados à execução do trabalho.**"* [grifamos]

Da mesma forma, inclusive, já decidiu o E. Tribunal de Contas da União[2]:

*"Considerando que restou comprovada, na gestão do Sr. Inaro Fontan Pereira, Diretor Geral do DNER no período de 20.4 a 27.12.92, **a inclusão de dispositivos no Edital 22/92 (item 1 da parte IV e item 3.10 do Anexo 2), que restringiu a participação de consórcios de empresas** e a exigir comprovação de atividades e aptidões com limitação de tempo, em desacordo com o artigo 3º, § 1º, inciso I, do Decreto-lei 2.300/86, então vigente; ...De fato a participação de firmas consorciadas não era obrigatória. Entretanto, o art. 3º e seu inciso I do então vigente Decreto-lei 2.300/86 estabelecia objetivamente que "é vedado aos agentes públicos admitir, prever, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que: I – comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório."*

Esse dispositivo cristalizava um dos princípios mais fundamentais do processo licitatório, que consiste na busca da proposta mais vantajosa para a Administração...Assim sendo, embora não existisse dispositivo legal que impusesse explicitamente a admissão de consórcios de empresas nas licitações, o administrador não deveria ter estabelecido essa proibição. Isso porque está obrigado, por

[2] Ata 13/2001, DOU 11.05.2001

princípio, a buscar e a prosseguir a proposta mais vantajosa para a administração. *" (grifamos)*

Por todo o exposto, para possibilitar a participação da ora Impugnante neste certame requer que o I. Órgão permita a possibilite a formação de consórcio de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, salvaguardando o princípio da competitividade e, por consequência, o princípio da busca da proposta mais vantajosa.

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi**, requer que V. Sª 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.

Curitiba/PR, 29 de janeiro de 2019.

Evandro Junior Nabor
Engª Comercial
OI MÓVEL S.A

Nilson Miguel Estevão
Gerente de Atenção ao Cliente SUL
OI MÓVEL S.A

TIM

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro da Defensoria Pública do Estado do Paraná - DPPR

Fl. 225

Recebido via e-mail, na data de 31/01, às 17:16.
Eduardo José Ramalho Siroparo
Técnico Administrativo
Pregoeiro

Ref.: Protocolo Nº 14.976.772-0
Pregão Eletrônico Nº 005/2019

TIM S.A., com sede na Rua Fonseca Teles nº 18 a 30, São Cristóvão, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.421.421/0001-11, neste ato representada conforme instrumento de mandato anexo, com fundamento no item 1.3 e seguintes do Edital do Pregão Eletrônico Nº 005/2018 em epígrafe ("Edital"), vem apresentar **IMPUGNAÇÃO**, pelas razões que passa a expor.

PRELIMINARMENTE

A Impugnante pede *venia* para reafirmar o respeito que dedica à digna Defensoria Pública do Estado do Paraná e aos doutos profissionais que a integram.

Destaca que a presente manifestação tem estrita veiculação à interpretação objetiva dos termos do instrumento convocatório. Destina-se apenas à preservação do direito da Impugnante e da legalidade do presente certame. As eventuais discordâncias deduzidas na presente impugnação fundamentam-se no entendimento que se pretende para o texto da Constituição e da Lei, eventualmente diverso daquele adotado para a edição do ato convocatório.

I. Tempestividade

A Defensoria Pública do Estado do Paraná publicou em janeiro de 2019 o instrumento convocatório referente ao Pregão Eletrônico Nº 005/2018, marcando a data de abertura das propostas para o dia 04 de fevereiro de 2019.

RLC

EM BRANCO

DPP
Fl 222
PTG

TIM

Assim, em atenção ao item 1.3 do Edital, o prazo de 2 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para abertura das propostas se encerra em 31 de janeiro de 2019, sendo inquestionável a tempestividade da presente impugnação.

II. Da Ilegalidade Do Instrumento Convocatório

A licitação de que se cuida tem por objeto o "*REGISTRO DE PREÇOS para futura e eventual CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL, conforme as condições constantes do edital, inclusive em seus Anexos, notadamente o Anexo I, que veicula o Termo de Referência.*"

Analisando o instrumento convocatório em comento, verifica-se que o mesmo contém previsões incompatíveis com a Constituição e com as Leis que regem as licitações públicas, uma vez que faz exigências que acabam por restringir a participação de empresas interessadas em competir no procedimento licitatório.

III. Do Mérito

Inicialmente, a TIM destaca acerca da modalidade de fornecimento dos equipamentos móveis por comodato. Vejamos:

> *"4.6. A solicitação de assistência técnica poderá ser feita diretamente pela Defensoria Pública do Estado do Paraná ou pelo Agente Público que estiver utilizando o aparelho, devendo a CONTRATADA apresentar rol estadual de autorizadas a realizarem o serviço, bem como garantia de realização de reparos, sem ônus à CONTRATANTE, durante toda a vigência do contrato.*
> *4.6.1. Durante o período em que o aparelho estiver em posse da assistência técnica, deverá ser disponibilizado ao usuário aparelho reserva.*
> *4.6.1.1. O período a que o item acima se refere não deverá ser superior a 30 dias.*

RLC

EM BRANCO

CPP
Fl 223
Proc

TIM

4.6.2. Caso sejam registradas 3 passagens por assistência técnica em um único aparelho e o defeito persistir, o mesmo deverá ser substituído pela CONTRATADA, em prazo não superior a 30 dias, por outro equivalente.

4.7. A contratada deverá efetuar substituição dos aparelhos a cada 24 (vinte e quatro) meses, a contar da data de sua habilitação, mediante aprovação pelo órgão usuário

4.8. No caso de furto, roubo, perda, extravio ou uso inadequado de aparelhos, caberá ao Estado do Paraná através de seus órgãos a responsabilidade pela reposição ou pagamento, pelo valor de mercado do mesmo, independente de procedimentos internos para apuração de responsabilidades."

Quanto às exigências em referência, a TIM informa que se baseia no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990), este que prevê que a responsabilidade do equipamento móvel (celular ou modem) cabe ao fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, e ao importador, além disso, a fim de priorizar o interesse público, a TIM se responsabiliza pela troca de aparelhos com defeitos de fábrica em até 7 dias, sendo o fabricante responsável pelos defeitos de fábrica no prazo de até 12 meses, cabendo à Contratante a busca do reparo na assistência técnica autorizada. Para isso, a operadora de telecomunicações fornece os contatos dos fabricantes.

Mister mencionar que é praxe do mercado de telecomunicações o fornecimento de quantitativo a escolha do Contratante de aparelhos para reserva, sendo certo que não serão repostos à medida que forem sendo utilizados, e deverão voltar à reserva assim que os aparelhos com defeito forem reparados. Vale esclarecer que os custos de reparo de aparelhos diagnosticados pela assistência técnica como decorrentes de mau uso serão de responsabilidade da Contratante. Também é comum no mercado deste segmento, nos casos de solicitação de reposição de aparelhos por perda/roubo ou extravio, a Contratante será cobrada pelo valor *pro rata* do aparelho constante na Nota Fiscal.

RLC

EM BRANCO

DPP
Fl 224
PTG

TIM

Assim sendo, a obrigação exigida nos itens do Termo de Referência supracitados caracteriza-se pela incerteza e imprevisibilidade, dado ser impossível estimar os custos marginais decorrentes da obrigação ora impugnada. Neste sentido, na hipótese da licitante admitir a participação e adimplência a esta condição, estaria diante da hipótese de desconhecimento dos custos necessários à execução do objeto, cabendo observar a lição do Mestre Marçal Justen Filho:

> *"A obrigatoriedade da formulação de estimativas quanto aos custos necessários à execução do objeto destina-se a satisfazer várias finalidades.*
> *Em primeiro lugar, trata-se de assegurar a seriedade do planejamento administrativo. Se a Administração desconhecer os custos, é inviável determinar a existência de recursos orçamentários, a modalidade cabível de licitação, o prazo necessário para executar o objeto, e assim por diante.*
> *Depois, a Administração não disporá de condições para avaliar a seriedade das propostas apresentadas. Será inviável identificar as ofertas despropositadas e destituídas de consciência. A Administração correrá o risco de contratar com um licitante destituído das condições mínimas de executar o objeto."*

Neste sentido, mais uma vez, o item impõe incerteza e imprevisibilidade aos licitantes, além da possível onerosidade excessiva decorrente de tais condições.

Bem assim, as licitantes, operadoras de serviço de telefonia (e não fabricantes de aparelhos) não podem se responsabilizar quanto à manutenção do hardware dos aparelhos fornecidos. Tais componentes são protegidos por patentes e só podem ser acessados pelos próprios fabricantes, detentores da propriedade intelectual ou por assistências técnicas devidamente autorizadas. Vale lembrar que é crime definido na 9.279/96 (Propriedade Industrial) a violação de patentes. Assim sendo, a identificação do defeito, de sua natureza, seu reparo, a reposição do bem, devem observar a cadeia de propriedade de direitos, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como pela Lei de Propriedade Industrial. Não é por outro motivo que as licitantes comercializam equipamentos com fabricantes que disponibilizam assistência

RLE

EM BRANCO

CPP
Fl 225
PTG

técnica de modo a identificar se o defeito é sanável ou, caso não seja, se a origem do mesmo decorre de vício ou mau uso. Qualquer comando que não observe o enquadramento jurídico e as leis vigentes, para além de antijurídico e, portanto, inexequível, acarretaria onerosidade excessiva aos licitantes.

Considerando que a modalidade de disponibilização de equipamentos será a de comodato, o custo decorrente de danos por mau uso dos aparelhos deveria recair sobre o Contratante (evitando-se a onerosidade excessiva) aos licitantes. Observar-se-ia, a bem instrumentalização do ordenamento jurídico, a causa do defeito através de laudo formulado por assistência técnica devidamente autorizada.

Uma vez comprovado o mau uso, deve ser imposto o correto tratamento atribuível à figura do comodato, conforme disciplinado no Código Civil:

> *"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."*

O inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93 também veda que se inclua nos editais cláusulas ou itens que possam restringir a participação de empresas interessadas e que frustrem o caráter competitivo do certame. Vejamos:

> *"§ 1 o É vedado aos agentes públicos:*
> *I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante*

RLC

EM BRANCO

DPP
Fl 226
PTG

para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5° a 12 deste artigo e no art. 3° da Lei n° 8.248, de 23 de outubro de 1991"

Nestes termos, o TCU já se posicionou por diversas vezes neste sentido:

"9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3° da Lei n° 8.666/93;". (Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara)

"8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;" (Decisão 369/1999 – Plenário)

"Observe o § 1o, inciso I, do art. 3o da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes." (Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara).

Com desenvoltura, acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho versa:

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 63).

RLC

EM BRANCO

Para se realizar um certame competitivo e, por consequência, gerar para a Administração Pública vantagem na contratação do serviço objeto deste Edital, é necessário que adapte esta exigência do Edital, se baseando na prática do mercado de telecomunicações.

A doutrina e a jurisprudência têm ratificado o entendimento que o Edital não pode restringir a competitividade do certame, característica inerente às licitações Públicas. Vejamos:

> *"o interesse público reclama o maior número de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfiliada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação."*

Nesse passo, esta Licitante destaca quanto à essencial observação e prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evidentemente regentes aos atos da r. Defensoria.

Conforme destaca a respeitável doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, *"a razoabilidade é qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa."*

No que pese a exigência excessiva, ora impugnada, é evidente que o Administrador Público deve se pautar pela proporcionalidade atendendo o trinômio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

Se persistir essa disposição no Edital, certo é que o vencedor terá que incorrer em diversos custos para elaborar o referido sistema de faturamento prejudicando a vantajosidade exigida pelo art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

RLC

EM BRANCO

Fl 228

Veja-se, a propósito que o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93 estabelece que a licitação destina-se a seleção da proposta mais vantajosa. A vantagem buscada por meio de certames é assim conceituada segundo o Professor Marçal Justen Filho:

> *"A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro, vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação de custo benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração."*

Tal medida, além de prejudicar a vantajosidade das propostas, acabaria por afetar o caráter competitivo do certame. Isto porque, como se sabe, o caráter competitivo da licitação depende da participação do maior número possível de licitantes e, para tanto, não deve o ato convocatório prever condições de participação excessivamente restritivas, conforme expressamente determina o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Neste sentido, é clara a lição de Marçal Justen Filho:

> *"O tratamento isonômico visa a assegurar a escolha da proposta mais adequada, dotada de maior vantajosidade. O que não se admite é a fixação de regras discriminatórias que impeçam a seleção da proposta dotada de maior vantajosidade.*
> *Portanto, isonomia e vantajosidade se integram de modo harmônico como fins a que se norteia a licitação."*

RLC

EM BRANCO

DPP
Fl 229
PEG

TIM

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI dispõe que a Administração somente poderá fazer exigências indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação, qual seja, o objeto a ser contratado. Vejamos:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
> *(...)*
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."*

Se as razões acima não fossem suficientes para alteração do edital, ressalte-se ainda que a exigência em questão não é proporcional, pois não observa o trinômio necessidade/adequação/proporcionalidade no sentido estrito.

Assim, a Administração não cumpre o mandamento contido na Carta Maior e ainda não observa o princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, que exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

De tal modo, não pode o Edital conter exigências desnecessárias e desproporcionais, impedindo as empresas interessadas de elaborarem suas propostas, caracterizando restrição ao caráter competitivo da licitação, violação ao princípio da isonomia e prejuízo para erário, vez que a Administração Pública deixa de atender ao interesse público e de contratar pelo menor preço.

RLC

EM BRANCO

DPP
Fl 230
PRG

TIM

Infere-se, assim, que todas as exigências contidas no instrumento convocatório não podem ser excessivas ao ponto de evitar o maior número de licitantes possam participar do certame, fazendo com que a Administração contrate o melhor serviço pelo menor preço, alcançando vantajosidade para Administração Pública.

Diante dos fatos acima narrados, do mandamento legal e da jurisprudência acima transcrita, esta Impugnante requer que a Defensoria altere o edital, concedendo a oportunidade que que o maior número de empresas participe da licitação em comento.

Assim, em que pese o estabelecimento das especificações dos serviços que se pretende contratar seja decisão discricionária da Administração Pública, por força do princípio da legalidade, esta deve pautar suas decisões pelos princípios que orientam o procedimento, expressamente previstos na legislação em vigor, e principalmente, pelo interesse público que se pretende atingir com aquele ato.

IV. Do Pedido

Em face do exposto, a TIM requer:

(i) o acolhimento das razões expostas acima, de acordo com o disposto na lei, na doutrina e jurisprudência;

(ii) a retirada do edital dos itens que restringem o caráter competitivo do certame;

(iii) a republicação do Edital, após escoimados todos os vícios que maculam sua validade, em conformidade com o artigo 21, §4º da lei 8.666/93.

Termos em que,
pede deferimento.

TIM S.A.

RLC

EM BRANCO

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO – CPL/DPPR – PE 005/2019

Protocolo nº 14.976.772-0

1. RELATÓRIO

Trata-se de impugnações apresentadas pelas empresas OI MÓVEL S.A., inscrita sob o CNPJ n° 05.423.963/0001-11, e TIM S.A., inscrita sob o CNPJ n° 02.421.421/0001-11, perante a Comissão Permanente de Licitação, em face ao Edital de Licitação do Pregão Eletrônico n° 005/2019, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de telefonia móvel.

As impugnações das referidas empresas foram juntadas às fls. 203-2018/v, e 221-230, respectivamente.

A impugnante OI MÓVEL S.A. protocolou suas razões perante a Comissão Permanente de Licitação na data de 30 de janeiro de 2019, com os seguintes pedidos:

> a) Possibilidade de emissão de nota fiscal com CNPJ da empresa contratada: "Diante do exposto requer a alteração dos itens indicado (sic) 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 contato seja firmado pela matriz"[1];

b) Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a administração pública em geral: "Portanto requer seja alterado o item 12.6 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"[2];

c) Exigência de consulta a determinados cadastros não previstos em lei: "Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferimndo (sic) frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema"[3].

d) Exigência de substituição de aparelhos celulares sem ônus à contratante: "Desta forma requer a exclusão da obrigação de substituição dos aparelhos por outros tecnologicamente mais avançados, em caso de prorrogação contratual, prevista nos itens em comento"[4];

---

[1] Item 1, fls. 203/v-204;
[2] Item 2, fls. 204-205/v;
[3] Item 3, fls. 205-207/v;
[4] Item 4, fls. 208-209/v;

e) Inclusão de cláusula a respeito do pagamento via nota fiscal com código de barras: "Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a inclusão de cláusula a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando assim, o reconhecimento eficiente do pagamento"[5];

f) Retenção e glosa do pagamento pela contratante: "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 em comento"[6];

g) Pagamento em caso de recusa do documento fiscal: "Diante disso requer a adequação do item em comento, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal"[7];

h) Consulta mensal de certidões de regularidade: "Diante disso requer a alteração dos itens em comento para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legitimidade e ainda, o da fé pública inerente dos documentos públicos (certidões)"[8];

---

[5] Item 5, fls. 209/v-210;
[6] Item 6, fls. 210-212;
[7] Item 7, fls. 212-212/v;
[8] Item 8, fls. 212/v-213;

i) Garantias à contratada em caso de inadimplência da contratante: "Pelo exposto faz-se necessária a alteração do item 6.8 do termo de referência e do item 4.4 da minuta do contrato referente ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI"[9];

j) Reajuste de preços: "Ante o exposto requer as modificações dos itens em comento no instrumento convocatório de modo que o reajuste dos preços 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 IGP-DI"."[10];

k) Base de cálculo das multas em caso de inexecução parcial do contrato: "Por todo o exposto, requer a adequação dos itens em comento para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato"[11];

l) Necessidade de formação de consórcio entre as empresas de telefonia móvel e fixa: "Por todo o exposto, para possibilitar a participação da ora impugnante neste certame requer que o I.

[9] Item 9, fls. 213/v-214/v;
[10] Item 10, fls. 214/v-215/v;
[11] Item 11, fls. 215/v-217;

> Órgão permita a possibilite (sic) a formação de consórcio de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, salvaguardando o princípio da competitividade e, por consequência, o princípio da busca da proposta mais vantajosa"[12];
>
> Requerendo, por fim, "[...] que V. Sª julgue motivadamente a presente impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-se e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação da data de realização do certame".

Por sua vez, a empresa TIM S.A. encaminhou sua impugnação via *e-mail*, conforme comprovante às fls. 220, na data de 31 de janeiro de 2019, com os seguintes pedidos:

> a) Da modalidade de fornecimento dos equipamentos: "Uma vez comprovado o mau uso, deve ser imposto o correto tratamento atributível à figura comodato, conforme disciplinado no Código Civil: "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 em mora, além de por ela responder, pagará até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.""[13];
>
> Requerendo, por fim, (i) "o acolhimento das razões expostas acima, de acordo com o disposto na lei, na doutrina e

[12] Item 12, fls. 217-219/v;
[13] Fls. 225, parágrafos 3 e 4;

jurisprudência"; (ii) "a retirada do edital dos itens que restringem o caráter competitivo do certame"; (iii) "a republicação do Edital, após escoimados todos os vícios que maculam sua validade, em conformidade com o artigo 21, §4° da lei 8.666/93"[14].

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO APRESENTADAS

O Decreto n° 3.555 que regula a modalidade de licitação Pregão, prevê a possibilidade da solicitação de esclarecimentos, providências ou apresentação de impugnação ao ato Edital de Licitação, no prazo de até dois dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas. Vejamos:

> Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

Por sua vez, a Lei de Licitações n° 8.666/1993 dispõe em seu artigo 110, passível de aplicação de forma subsidiária conforme determinado pelo artigo 9° da Lei 10.520/2002, que:

> Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

[14] Fls. 230, item IV, "Do Pedido";

> Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

Tal dispositivo é esclarecido pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por meio do Acórdão n° 1940/18:

> Ora, na contagem regressiva de prazo, partindo-se da data do certame, deve ser considerado, e consequentemente excluído nos termos da Lei 8.666/93, o próprio dia do certame, e não o dia anterior.

Conforme doutrina especializada proferida por Jacoby Fernandes, a contagem regressiva de prazo deve iniciar na data da sessão da licitação, então excluindo-a por se tratar do primeiro dia do prazo[15].

Ademais, o item 3. do edital de licitação disciplina a forma e a tempestividade das impugnações. Vejamos:

> 3.1. As impugnações ao presente edital poderão ser feitas até 02 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para a realização da sessão pública do pregão por qualquer cidadão ou licitante.
> 3.2. A impugnação será lavrada por escrito e dirigida ao Pregoeiro designado em epígrafe, devendo ser protocolada perante a Comissão Permanente de Licitação, no pavimento térreo da Sede Administrativa da DPPR, conforme endereço no preâmbulo, no horário das 10 às 17 horas, em dias úteis.
> 3.3. Não serão conhecidas as impugnações encaminhadas por fac-símile, e-mail ou qualquer outro meio que não o autorizado pelo item 3.2.

---

[15] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. 6. ed. Belo Horizonte, Fórum. p. 471-472.

Seja, as impugnações devem ser dirigidas ao Pregoeiro designado, e protocoladas perante a Comissão Permanente de Licitação, no pavimento térreo da Sede Administrativa do órgão, sendo vedada a interposição por meios que não o expresso no item 3.2, seja, a protocolização de petição física.

Passando ao exame do caso concreto, verifico que:

a) o prazo para interposição de impugnação ao edital é de até 2 dias úteis anteriores à data fixada para o recebimento limite das propostas, conforme consta no preâmbulo do instrumento convocatório da licitação e adicionalmente no artigo 12 do Decreto n° 3.555/2000;

b) A data marcada para a sessão pública é 04 de fevereiro de 2019;

c) A impugnação da empresa OI MÓVEL S.A., foi endereçada ao pregoeiro e protocolada perante a Comissão Permanente de Licitação na data de 30 de janeiro de 2019;

d) A impugnação da empresa TIM S.A. foi enviada via *e-mail* na data de 31 de janeiro de 2019.

Verifico então, que a data limite para apresentação de impugnações referentes ao Edital de Licitação do Pregão Eletrônico n° 005/2019 seria até a data de 01/02/2019, seguindo a seguinte linha de raciocínio:

04/02/2019	Data da sessão pública – dia de contagem excluído;
03/02/2019	Data sem expediente no órgão (Domingo);
02/02/2019	Data sem expediente no órgão (Sábado);
01/02/2019	1° dia da contagem regressiva (Sexta-feira);
31/01/2019	2° dia da contagem regressiva (Quinta-feira);

Desta feita, resta comprovada a tempestividade da impugnação apresentada pela empresa OI MÓVEL S.A. e a intempestividade da apresentada pela empresa TIM S.A.

Assim sendo, (i) conheço a impugnação apresentada pela empresa OI MÓVEL S.A. vez que tempestiva e encaminhada pelos meios requeridos pelo instrumento convocatório, e (ii) não conheço a impugnação apresentada pela empresa TIM S.A., vez que intempestiva e encaminhada por meio expressamente não autorizado.

Porém, embasado nas palavras de Fernandes Jacoby[16] e também pelo entendimento proferido pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná[17], entendo que ambas impugnações devem ser respondidas, como qualquer documento dirigido à administração pública, razão pela qual registro que a impugnação apresentada intempestivamente pela empresa TIM S.A. não é possível de ser conhecida, porém, na qualidade de servidor público, prezando pelo compromisso com a legalidade e com o dever de resposta ao direito de petição, passo a apreciar os pontos debatidos, *ex officio*.

2.2. DOS PONTOS APRESENTADOS PELA EMPRESA OI MÓVEL S.A.

2.2.1. DA POSSIBILIDADE DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DIVERSO DA CONTRATADA

Alega a impugnante que a exigência do item 6.5 do Termo de Referência da licitação em análise não possui previsão legal, e ofende os ditames licitatórios e tributários.

---

[16] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. 6. ed. Belo Horizonte, Fórum. p. 471-472.
[17] Acórdão n° 1940/18 – Tribunal Pleno/TCE-PR.

Verifico que tal alteração não é possível, pois o CNPJ da empresa participante do certame deverá ser o mesmo utilizado na formalização do(s) contrato(s) e emissão das notas de empenho vinculadas aos referidos termos, para fins de liquidação das despesas decorrentes da prestação do serviço pela contratada.

Tal entendimento é baseado no Acórdão n° 3056/2008 do Tribunal de Contas da União, segundo o qual, a celebração de contrato ou a realização de liquidações por meio de outro CNPJ poderá ensejar burla ao procedimento licitatório.

Consta que o Código Civil por meio de seu artigo 427 determina a vinculação da proposta para a celebração contratual, da seguinte forma:

> Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Em que pese tal contrato esteja vinculado à Teoria Geral dos Contratos, verifica-se por meio do artigo 54 da Lei 8.666/93 que tal teoria pode ser utilizada de forma supletiva na regulamentação das licitações e dos contratos administrativos. Vejamos:

> Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Assim sendo, entendo que a possibilidade da celebração de contratos ou da emissão de nota fiscal com CNPJ diverso do apresentado na proposta de preços fornecida durante o procedimento licitatório, ou emissão de notas de empenho e suas conseguintes liquidações, geraria infringência direta à regra da vinculação da proposta, além ensejar gritante burla ao procedimento licitatório.

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

Requer a impugnante a alteração do item 12.6 do edital, a fim de vedar a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar a Defensoria Pública do Estado do Paraná, e não com a Administração Pública em geral, como descrito no edital.

Primeiramente, acredito que a ilegalidade pode ser afastada por simples leitura conjunta do item impugnado do edital e do artigo 3° da Lei 8.666/93.

Vejamos que o item 12.6 infere que:

> 12.6. Serão impedidas de participar no presente pregão empresas que estejam enquadradas nos seguintes casos, além de outros porventura previstos neste edital:
> [...]
> c) Suspensas temporariamente de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, assim entendida como qualquer órgão público do país;

Já o artigo 3° da Lei 8.666/93, que consagra o princípio da vinculação das partes ao instrumento convocatório, leciona o seguinte:

> Art. 3 A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)

Tal princípio também é tido pelo artigo 4°, XII, da Lei 10.520/02, na seguinte forma:

> XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; (grifo nosso)

Desta feita, verificamos que é sedimentado o entendimento acerca da vinculação do pregoeiro aos ditames editalícios.

Porém, cumpre prestar alguns esclarecimentos acerca dos argumentos apresentados pela impugnante com relação ao artigo 6°, incisos XI e XII da Lei 8.666/93.

Infere que as expressões "Administração Pública" e "Administração" são distintas, da seguinte forma:

> Art. 6° 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;

Com relação à declaração de idoneidade da licitante, o Superior Tribunal de Justiça profere o entendimento de que

> "Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. [...] A norma geral da Lei 8.666/1993, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição." REsp 550.553-RJ, Rel. Min. Hermann Benjamin, DJ 03.11.2009)

Tal questionamento inclusive já foi suscitado no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Paraná, no procedimento de nº 15.033.877-8, em que a Defensoria Pública-Geral, escorada pelo Parecer Jurídico nº 011/2018, entendeu que:

> "Não há dúvidas que, nos casos em que há cláusula editalícia dispondo que impeça a participação de empresas suspensas ou impedidas de licitar com a Administração Pública, a restrição é legítima, devendo-se respeitar o disposto no instrumento convocatório como norma entre as partes.

Por fim, é supremo o reconhecimento da vinculação ao instrumento convocatório, este que delimita a amplitude da sanção de suspensão, impedimento ou inidoneidade.

Desta feita, o instrumento convocatório possui normatividade legal entre as partes, vinculando-as. Desta feita, decido pelo não acolhimento dos argumentos apresentados no item 2.

2.2.3. DA EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

Alega a impugnante que a exigência de consulta a determinados cadastros não previstos em lei não pode ser condicionante da participação. Que para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferimndo (sic) frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema".

Primeiramente, verifico que a consulta aos cadastros previstos no Edital é realizada como forma de estrito cumprimento à disposição legal do artigo 97° da Lei 8.666/93. Vejamos:

> Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
> Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Ademais, tal procedimento é basilado em orientação do Tribunal de Contas da União:

> 9.3.4. aprimore a consulta ao cadastro de ocorrências do Sicaf para refletir a situação real das empresas, inclusive quanto às suas respectivas matrizes e filiais, a partir do número raiz do CNPJ informado, com vistas a garantir a sua efetividade quanto às sanções administrativas aplicadas à pessoa jurídica da empresa, englobando todos os seus demais estabelecimentos;
> 9.3.5. oriente os órgãos e entidades sob sua atuação a verificarem, durante a fase de habilitação das empresas, a

> existência de registros impeditivos de contratação por improbidade administrativa no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa disponível no Portal do CNJ, além da habitual pesquisa já realizada no módulo Sicaf do sistema Siasg, em atenção ao art. 97, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993;[18]

Adicionalmente, é visível que os dispositivos impugnados somente visam afastar quaisquer possibilidades contratação de maus licitantes, considerando também a proximidade relacional com a documentação de habilitação jurídica.

Afinal, é por meio de consulta aos cadastros expressos que a Defensoria Pública verificará a regularidade da futura contratada com suas obrigações trabalhistas e tributárias, além de prevenir possíveis contratações de empresas declaradas inidôneas.

Desta feita, decido pela manutenção dos itens 12.7 e alíneas do instrumento convocatório.

2.2.4. DA EXIGÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO DE APARELHOS CELULARES SEM ÔNUS À CONTRATANTE

A impugnante afirma que os itens 4.6 e 4.7 do instrumento convocatório ultrapassam o interesse público, pleiteando sua exclusão.

Primeiramente, é sabido que o regime jurídico dos contratos administrativos é marcado por prerrogativas e sujeições, que permitem melhor alinhar os contratos às

18 Tribunal de Contas da União (Acórdão n° 1.793/2011 – Plenário);

necessidades do órgão, da administração pública, e consequentemente do interesse público[19].

Nesta toada, a licitação pública consiste em procedimento administrativo condicional à celebração de contrato administrativo, expondo a intenção de firmá-lo, e que com isso terceiros se interessem e lhe ofereçam propostas, a fim de selecionar a mais vantajosa ao interesse público[20].

Todo este procedimento é antecipado por estudos realizados dentro da instituição, tendo em consideração todas as nuances previsíveis dentro do razoável, para que o serviço a ser contratado seja utilizado e prestado da melhor forma possível. Desta feita, a administração consigna no instrumento convocatório o objeto que pretende contratar, com todas suas especificidades determinantes para realização da licitação.

Assim, os licitantes, ao analisarem o instrumento convocatório, devem ter condições de prestar os serviços requeridos, e, em caso de negativa, devem abster-se de participação no certame.

É certo que as especificações técnicas constantes no Termo de Referência refletem as necessidades da instituição para o serviço em tela, e que desta forma é que se visa prestar o melhor atendimento ao interesse público possível, sem quaisquer interrupções decorrentes de defeitos nos aparelhos celulares.

Inclusive, para viabilizar a presente licitação, o Departamento de Compras e Aquisições obteve cotações para a elaboração de valor máximo do Pregão Eletrônico, o que evidencia que existem empresas que realmente podem prestar tais serviços, assim afastando-se o argumento de que tal dispositivo restringiria a competitividade no certame.

[19] Joel, fls. 31
[20] Menezes, fls. 33

Ademais, causa grande estranheza os argumentos da presente impugnação, uma vez que a própria impugnante foi uma das empresas que apresentaram cotações, estas que basearam a elaboração do valor máximo da presente licitação. E, uma vez que apresentou orçamento, acredita-se que possa prestar tais serviços conforme consignado no Termo de Referência (Anexo I).

Ademais, não há sentido em o órgão deflagrar a fase externa de licitação se o objeto a ser contratado não atende plenamente às suas necessidades, e consequentemente ao interesse público.

É cediço que o Código de Defesa do Consumidor autoriza a celebração de garantia contratual complementar, inclusive prevendo a possibilidade de complementação em face da garantia legal. Vejamos:

> Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Desta forma, vislumbro que não há qualquer ilegalidade na inserção de cláusula de garantia contratual estendida, conforme requerido no item 4.7 e 4.7 do instrumento convocatório.

Com relação a alegação de que a aquisição de novos aparelhos ao final de 12 (sic) meses acarretará elevados custos à Contratada, considero que tal afirmação é plausível, mas também verifico que é sedimentar que a troca dos aparelhos no referido período será de possível contabilização, e que tais valores devem ser considerados pela licitante na elaboração da proposta de preços.

Outrossim, no caso em tela verifica-se que na realidade o prazo requerido pelo item 4.7 do instrumento convocatório é de 24 meses, e não os 12 mencionados pela impugnante. Desta forma a alegação de que os valores seriam elevados deixa

de ser plausível, vez que o valor dos aparelhos poderia ser diluído em maior lapso temporal do que o previsto, mesmo que de forma errônea, pela impugnante.

Ademais, impugnante afirma que:

> Em síntese, o imperativo da supremacia do interesse público condiz muito mais à necessidade da concepção adequada e satisfatória das contratações administrativas do que a titularidade de competências extraordinárias destinadas a consertar o que originalmente foi mal concebido.

E neste ponto, o excerto apresentado pela impugnante é utilizado como tentativa de demonstrar que a cláusula exorbitante não deveria ser utilizada, pois neste caso não ocorre atendimento ao interesse público. Porém, faço uso da mesma afirmativa para justificar a cláusula elaborada pela Defensoria Pública: A tentativa de contratação do serviço que melhor atende às necessidades do órgão consiste em via máxima do atendimento ao interesse público em uma licitação, vez que recursos públicos assim serão bem dispendidos, e não desperdiçados com a contratação de um serviço que não atende plenamente às necessidades da administração.

Desta feita, afasto as alegações apresentadas pela impugnante, decidindo pela não alteração dos itens 4.6 e 4.7 do instrumento convocatório.

2.2.5. DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

A impugnante requer a inclusão de cláusula que autorize o pagamento via nota fiscal com código de barras, para melhor adequar o instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações.

Consta que não há previsão expressa no edital de licitação acerca da possibilidade de o Departamento Financeiro proceder ao pagamento das faturas por meio de Nota Fiscal com código de barras.

Porém, conforme informações prestadas pelo referido Departamento, há a possibilidade de realização do pagamento por tais meios, e que inclusive, já é realizado atualmente para faturas cujo objeto é similar ao do presente Pregão Eletrônico.

Ademais, tal meio de pagamento já é utilizado, inclusive, em faturas encaminhadas pela própria impugnante em outros contratos já existentes com a Defensoria Pública.

Ademais, o instrumento convocatório somente cita a necessidade de apresentação de nota fiscal, não restringindo o meio de pagamento do documento.

Desta feita, acredito não haver necessidade de inclusão de tal cláusula, uma vez que o meio de pagamento já é permitido, e utilizado, pela Defensoria Pública, embora não descrito de forma expressa.

2.2.6. DA RETENÇÃO E GLOSA DO PAGAMENTO

Requer a impugnante a alteração dos itens 6.1, 6.4, 6.6 e 6.8 do Termo de Referência (Anexo I), e do item 4.3 da Minuta de Contrato (Anexo IX), a fim de que a administração seja impossibilitada de realizar glosa e ou retenções de pagamentos, uma vez que as hipóteses previstas supostamente encontram-se além das formas descritas no artigo 87 da Lei Geral de Licitações.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a retenção do pagamento nas hipóteses descritas decorre de "penalidade ou inadimplência"[21] ensejados pela própria

[21] Item 6.8 do Anexo I do Instrumento Convocatório, às fls. 24.

contratada, e, ademais, o procedimento realizado para pagamento é dividido em etapas sequenciais, não sendo possível o avanço às etapas seguintes quando etapa anterior não foi finalizada corretamente.

Desta forma, não pode haver pagamento enquanto existir óbice à fase anterior, restando no sobrestamento do pagamento até resolução da pendência pela contratada.

As referidas cláusulas consistem em mecanismo garantista de retenção e consequente garantia de execução de pagamentos devidos pelo contratado para fazer frente aos prejuízos por ele causados, nos termos do inciso IV, artigo 80 da Lei 8.666/93.

Vejamos:

> Agravo de instrumento. Mandado de segurança impetrado contra ato da autoridade municipal, consiste em retenção de parte de pagamento de contrato administrativo em razão de aplicação de multa por inexecução de outro contato. Liminar indeferida. Ausência dos requisitos legais ("fumus boni juris" e "periculum in mora"). Agravante vencedora de duas cotações para reforma de escola e construção de posto de saúde, ambas atrasadas. Decisão mantida. Recurso improvido. (...)
> De se observar, ademais, que a priori, a retenção é prevista na lei de licitações (artigo 86, parágrafo 3° e artigo 87, parágrafo 1°), inexistindo ato ilegal por parte da Administração.
> (TJSP. AI n° 990103989171, 8ª Câmara de Direito Público. Rel. Osni de Souza. Julg. 13/10/2010)

Ademais, os argumentos apresentados pela impugnante são totalmente descabidos, uma vez que se baseiam na glosa e retenção de pagamentos decorrentes de irregularidades com o sistema de seguridade social e fiscal, o que demonstra que o impugnante realizou interpretação equivocada dos dispositivos, uma vez que visam somente à garantia de pagamento de valores eventualmente devidos em decorrência da não prestação integral dos serviços e/ou rescisão contratual.

Nesta toada, decido pelo não acolhimento da impugnação do presente ponto, sendo desnecessárias alterações no instrumento convocatório.

2.2.7. DO NÃO PAGAMENTO EM HIPÓTESES DE RECUSA DE DOCUMENTO FISCAL

Requer a impugnante que as faturas consideradas incorretas tenham seus valores incontroversos pagos imediatamente, e que os valores remanescentes sejam pagos após a correção do referido documento, desta forma alterando o item 6.5.1 do instrumento convocatório.

Nas contratações realizadas pela Defensoria Pública, a realização de pagamento somente é realizada quando todas as obrigações contratuais foram cumpridas pela contratada, disposição que se encontra prevista em todos os editais de licitação, e advinda também do artigo 40, parágrafo 3° da Lei 8.666/93, que determina como condicionante ao adimplemento contratual a emissão de documento de cobrança.

Assim, tal exigência é adotada como meio de resguardar a Administração de possíveis pagamentos indevidos, decorrentes de erros, ou até mesmo serviços não executados.

Inclusive, causa estranheza o objeto da presente impugnação, uma vez que a impugnante já possui contratos firmados com a Defensoria Pública (contratos n° 10 e 11/2016), em que a cláusula impugnada consta, de forma análoga.

Verifico, ademais, que tal procedimento é impossível de ser realizado, considerando o fato de que o fiscal do contrato é impedido de realizar ateste parcial de fatura, como se pode depreender do item 7.8 do Anexo IX do instrumento convocatório, uma vez que a nota fiscal é documento imprescindível à realização do recebimento provisório/definitivo.

Desta feita, não acolho os argumentos apresentados pela impugnante, não sendo devida a alteração do item 6.5.1. do edital.

2.2.8. DA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSAIS

Requer a impugnante a modificação do item 1.4. do Anexo IX, alegando que a realização de verificação de regularidade fiscal mensalmente não possui alicerce legal, podendo inclusive ferir os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, e da fé pública inerente aos documentos públicos.

Verifico que tal alegação não prospera, pois, conforme disciplina os artigos 27, inciso IV, 29, incisos I a V, e 55, inciso XIII da Lei de Licitações,

> Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
> I - habilitação jurídica;
> II - qualificação técnica;
> III - qualificação econômico-financeira;
> IV – regularidade fiscal e trabalhista;
> V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)
>
> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:
> I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
> II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
> III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da Lei;
> IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando

> situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;
> V – prova da 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 nº 5.452, de 1º de maio de 1943.
>
> Art. 55. São **cláusulas necessárias** em todo contrato as que estabeleçam:
> [...]
> XIII - a obrigação do contratado de **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. (grifo nosso)

Desta forma, resta comprovado que é corrediço no Direito Administrativo que a contratada deve manter a regularidade durante toda a vigência contratual, inclusive sendo expressamente descrita como cláusula necessária aos contratos administrativos pelo artigo 55, XIII, da Lei 8.666/93.

Nesta toada, a regularidade fiscal e trabalhista não é somente uma condição habilitatória no certame licitatório, mas também condição que deve ser mantida durante toda a execução contratual.

Alega ainda que não há proporcionalidade em tal exigência, uma vez que as certidões apresentam prazo de vigência superior a 30 dias.

Afasto novamente o argumento apresentado pela impugnante, pelo fato de que é realizado a abertura de processos para pagamento, para cada mês da execução contratual, sendo, para tanto, necessária a inclusão das referidas certidões em todos os protocolados que sejam encaminhados ao Departamento Financeiro. Ainda, a retirada das certidões não enseja qualquer custo à contratada, e pode ser realizada em segundos.

Assim sendo, verifico que tal exigência é razoável e proporcional, considerando a grande vulta do(s) contrato(s) a serem celebrados.

Desta forma, a exigência de apresentação das certidões requeridas, mensalmente, durante toda a execução do contrato, consiste em mero atendimento à disposição legal, como condição necessária para que seja firmada qualquer relação contratual entre um particular e o poder público.

Nesta toada, o requerimento, pela administração, das certidões de regularidade fiscal e trabalhista, é legal a qualquer momento, inclusive não somente à época do pagamento, visto que é uma obrigação do contratado a plena manutenção de suas condições de habilitação.

Desta feita, não vislumbro qualquer irregularidade em tal dispositivo, uma vez que a realização da consulta mensal é meio de verificação da manutenção das condições de habilitação, em cumprimento ao dispositivo legal supracitado, sendo medida proporcional e razoável.

Assim sendo, não acolho o referido ponto da impugnação apresentada.

2.2.9. DAS GARANTIAS EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Requer a impugnante a modificação dos itens 4.4 da minuta contratual, e do item 6.9 do Termo de Referência, a fim de que, em caso de inadimplemento da administração, sejam realizados pagamentos da seguinte forma: multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e correção monetária por meio do IGP-DI.

Primeiramente, cumpre salientar é a alínea "a" do inciso XIV do artigo 40 da Lei 8.666/963, dispõe que o instrumento convocatório deve dispor a respeito das condições de pagamento a ser realizado pela administração.

Por sua vez, o parágrafo 3° do artigo 40 da Lei 8.666/93 determina que o adimplemento ocorre com "a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança". Vejamos:

> § 3° Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.[22]

A alínea "c" do inciso XIV do artigo 40 da Lei 8.666/93 prevê que o edital de licitação deve tratar de "critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento". Desta feita, é necessária (e devida) a atualização financeira de valores a serem pagos, pela administração.

Porém, não há qualquer disposição na referida lei acerca de como e sobre quais parâmetros e/ou índices a atualização deve ser realizada. Desta feita, verifico que tais definições podem ser realizadas de forma discricionária pela administração, como ocorreu no dispositivo impugnado.

Desta forma, considerando que não há, na Lei 8.666/93 ou dispositivos complementares, a indicação de porcentagem de juros moratórios e do índice de correção monetária que a administração deve utilizar, e que os critérios estão fixados por meio do instrumento convocatório, de forma incontroversa e razoável, decido pela não alteração dos itens 4.4 da minuta contratual, e do item 6.9 do Termo de Referência.

---

[22] Parágrafo 3° do Artigo 40 da Lei 8.666/93.

2.2.10. DO REAJUSTE DOS PREÇOS

Requer a impugnante a modificação dos itens 6.10.1 do Anexo I, e dos itens 4.6 e 4.7 do Anexo IX, a fim de que, os preços possam ser reajustados a cada 12 meses, pelo índice IGP-DI.

Verifico que o Termo de Especificações Técnicas (Anexo I) expressa cláusula acerca da impossibilidade de reajuste e revisão.

O artigo 40, inciso XI, da Lei 8.666/93 disciplina a obrigatoriedade da existência de critério de reajuste, enquanto entende-se que a revisão deve ser concedida pela administração indecentemente de previsão contratual e/ou editalícia.

Desta feita, os argumentos apresentados pela impugnante com relação à necessidade de existência de cláusula que permita a revisão e reajuste devem ser acolhidos, de forma parcial.

Porém, requer a utilização específica do Índice Geral de Preços de Disponibilidade Interna (IGP-DI).

Vejo que o já citado inciso XI do artigo 40 da Lei Geral de Licitações prevê a possibilidade de utilização de índices específicos ou setoriais, e que, portanto, o índice que melhor representaria a alteração de valores no período seria o Índice de Serviços de Telecomunicações (IST), uma vez que o objeto da presente licitação é a contratação de serviços de telefonia.

Cumpre esclarecer que a escolha do índice é discricionária por parte da administração, e que a escolha de tal índice seria razoável e incontroversa tanto para a Contratada quanto para a Contratante.

Desta feita, acredito que o presente ponto deve ser acolhido parcialmente, por meio da:

a) alteração do item 6.10.2 do Anexo I;
b) a remoção do item 4.6 do Anexo IX, e
c) a alteração do item 4.7. para que passe a constar o IST e exclua-se os demais índices previstos.

2.2.11. DA BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO CONTRATUAL

Requer a impugnante que a base de cálculo das multas em caso de inexecução parcial do contrato sejam readequadas, para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou do serviço em atraso (no corpo do texto a impugnante afirma valor adjudicado, e nos pedidos finais alega valor contratado), e não sobre o valor total do contrato/valor total adjudicado.

Primeiramente verifico que não há previsão, na Lei 8.666/93 acerca de parâmetro para a aplicação das multas, sendo necessário recorrer às normas do direito privado, conforme autorizado pelo artigo 54 da referida lei.

Desta feita, acredito seja aplicável o Decreto nº 22.626/1933, que trata de juros, multas, e demais encargos legais. Por meio de sua leitura, identifico que o artigo 9º limita cláusulas penais à quantidade de 10% do valor contratual. Vejamos:

> Art. 9º Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida.

Assim sendo, percebe-se que as cláusulas constantes no instrumento convocatório coadunam perfeitamente com as disposições do referido decreto, uma vez que é tida como base de cálculo o valor total do contrato, e que as porcentagens previstas não excedem a quantia de 10%.

Nesta toada, decido pelo não acolhimento do presente ponto da impugnação, tendo em vista que as disposições editalícias encontram-se em acordo com as disposições legais vigentes, e os princípios da proporcionalidade de razoabilidade.

2.2.12. DO IMPEDIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS

Requer a impugnante a modificação do edital a fim de que seja autorizada a participação de empresas consorciadas.

Inicialmente, cumpre ressaltar que não há qualquer vedação à participação de empresas em consórcio no presente edital, e assim, entendo que, por óbvio, poderão fazê-lo.

No instrumento convocatório não é necessário rol com autorizativo para os tipos de licitantes autorizadas a participar na licitação, pelo contrário: no item 6.2 constam os interessados que não poderão participar.

Desta feita, não acolho os pedidos apresentados pela impugnante no presente ponto.

2.3. DOS PONTOS APRESENTADOS PELA EMPRESA TIM S.A.,

2.3.1. DA MODALIDADE DE FORNECIMENTO DOS EQUIPAMENTOS

Requer a impugnante que seja modificada a modalidade de fornecimento de equipamentos, em oposição à obrigação de troca dos aparelhos, após terem sido objeto de encaminhamento à assistência técnica por três vezes.

Verifico a desnecessidade de nova resposta acerta do tema, considerando que já foi discorrido no item 2.2.4., durante a análise da impugnação apresentada pela empresa OI MÓVEL S.A..

Desta feita, reitero a decisão proferida no referido item, afastando as alegações apresentadas pela impugnante, decidindo pela não alteração dos itens 4.6 e 4.7 do instrumento convocatório.

3. CONCLUSÃO

Afastados os argumentos dos pontos 1 a 9, e 11 a 13, e acolhido o ponto 10 da impugnação apresentada pela empresa OI MÓVEL S.A., e afastada a totalidade da impugnação apresentada pela empresa TIM S.A., encaminho os presentes autos à Defensoria Pública Geral do Estado, para decisão do mérito de ambas as impugnações apresentadas.

Curitiba, 03 de abril de 2019.

Eduardo Ramalho

EDUARDO JOSÉ RAMALHO STROPARO
Assistente Técnico da Defensoria
Pregoeiro

Procedimento nº 14.976.772-0

DECISÃO

Trata-se de pedido de aquisição de *aparelhos celulares e serviço de telefonia móvel* para as unidades da Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Após justificativa de necessidade para aquisição do objeto (fl. 03), edição de Termo de Referência (fls. 49/59), cotação de outras licitações e empresas (fls. 63/76), a Comissão Permanente de Licitação encaminhou os autos à Coordenadoria Jurídica para Parecer Jurídico (fl. 114). Às fls. 122/123, decisão autorizando a continuidade do feito dando início à fase externa do procedimento.

É de costume no Direito Administrativo a aplicação da fundamentação *per relationem*, ou seja, a técnica de fundamentação por meio da qual se faz remissão ou referência às alegações de uma das partes, a precedente ou a decisão anterior nos autos do mesmo processo.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a técnica de motivação por referência ou por remissão é compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal. (AI 738982 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012). Ademais, acompanhe-se trecho do julgado MS 27350 MC / DF DJ 04/06/2008, que ora, transcreve-se:

> "Valho-me, para tanto, da técnica da motivação "per relationem", o que basta para afastar eventual alegação de que este ato decisório apresentar-se-ia destituído de fundamentação. Não se desconhece, na linha de diversos precedentes que esta Suprema Corte estabeleceu a propósito da motivação por referência ou por remissão (RTJ 173/805-810, 808/809, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ

> 195/183-184, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.), que se revela legítima, para efeito do que dispõe o art. 93 , inciso IX , da Constituição da República, a motivação "per relationem", desde que os fundamentos existentes "aliunde", a que se haja explicitamente reportado a decisão questionada, atendam às exigências estabelecidas pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal.".

Ante o exposto e nos moldes da manifestação do pregoeiro (fls. 235/249), acolho a conclusão apresentada afastando os argumentos dos pontos 1 a 9, 11 a 13 e acolhendo o ponto 10 da impugnação apresentada pela empresa OI MÓVEL S.A. e afasto a totalidade da impugnação apresentada pela empresa TIM S.A. através do mecanismo da decisão fundamentada "*per relationem*".

Encaminhe-se o presente feito a Comissão Permanente de Licitação para providências.

Curitiba, 22 de abril de 2019.

EDUARDO PIÃO ORTIZ ABRAÃO
Defensor Público-Geral do Estado do Paraná