



Ilmo. Sr. Pregoeiro do Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional em Alagoas,

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 1/2011

TELEMAR NORTE LESTE S/A, sociedade anônima com sede à Rua General Polidoro, n.º 99, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/001-79 (“Oi”), vem, tempestivamente, 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:

Das razões de Impugnação

O Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional em Alagoas instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, sob o n.º 1/2011, visando à contratação de empresa prestadora de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, nas modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional, conforme as especificações técnicas constantes no Edital.

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

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

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

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

Os itens 2.1.3 e 2.1.4 do Edital vedam expressamente a participação de empresas:

“2.1.3 Que estejam suspensas de licitar e impedidas de contratar com a **Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal em Alagoas – SR/DPF/AL;**

2.1.4 Que estejam impedidas de licitar e de contratar com a União;”

Note que de fato a Administração Pública possui a faculdade de definição de penalidades existente na Lei, porém ressalta-se que a discricionariedade da Administração não é absoluta, devendo guardar fidelidade aos interesses públicos.

No caso em tela, estamos diante de uma situação peculiar que caracteriza o mercado de prestação de serviços de telecomunicações no país. Trata-se de atividade restrita àqueles que possuam outorga pelo Poder Público. Desta forma, inexistente no mercado um amplo leque de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Salta aos olhos o enorme prejuízo ao interesse público que decorreria da eventual manutenção o item editalício acima – o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade – na medida em que representaria desnecessária e injustificada restrição da competitividade e, por conseguinte, do leque de opções e propostas que se poderiam pôr à escolha da requerida.

Acrescente-se que o art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 prevê dentre as modalidades de penalidades a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. No mesmo sentido, o art. 14 do Decreto nº 3.555/2000 (aprova o regulamento para a modalidade de licitação Pregão) estabelece que:

Art. 14. O licitante que ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito prévio da citação e da ampla defesa, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até cinco anos, enquanto perdurarem os motivos



determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Assim, vale distinguir os conceitos de Administração e Administração Pública. Dessa forma, será analisado o voto do Min. Relator e a Decisão objeto do Acórdão nº 352/1998 – Plenário do Tribunal de Contas da União, a respeito do tema.

O Min. Relator ratificou o entendimento da SECEX de que a referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou e para tanto, apresenta um comparativo entre a sanção do direito de licitar (art. 87, III, da lei 8.666/1993) e a declaração de inidoneidade (inciso IV do mesmo artigo), vejamos:

3. Sobre o tema, compartilho da opinião da SECEX de que a sanção de que se trata está adstrita ao órgão que a aplicou, pelas seguintes razões. (...) O inciso III prevê a 'suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos'. Já o inciso IV possibilita a aplicação de sanção ainda mais grave, qual seja: a 'declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade'. 3.2. De imediato, observa-se que o legislador faz distinção entre Administração e Administração Pública quando se refere à abrangência das respectivas sanções. Desta forma, segundo os referidos dispositivos, o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está adstrito à Administração, assim 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'. Por outro lado, a declaração de inidoneidade, por ser de natureza mais grave, estende-se a toda a Administração Pública, definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 6º, inciso XI). (grifo nosso).

A Administração é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.



Frise-se não ser razoável nem sequer admitido pelos órgãos de controle que a empresa que seja declarada suspensa de licitar por determinado órgão e encontre impedida de participar de licitações promovidas por quaisquer outros órgãos/entes da Administração Pública ! Conforme acima demonstrado tal penalidade, de tamanha gravidade, deve ser limitada ao órgão ou entidade que aplicou a sanção, conforme precedente abaixo do Tribunal de Contas da União, a saber:

Suspensão – efeitos:

TCU decidiu: “O impedimento de licitar ou contratar com alguém penalizado com a sanção do art. 87, inciso III, restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção.” (g.n.). TCU, Processo no 016.737/1999-7. Decisão no 36/2001. – Plenário.

O mesmo entendimento é adotado pelo Ministério Público da União e do Distrito Federal, a saber:

Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Amazonas Digital S/A, CNPJ nº 04.644.662/0001-55, com base no artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 058/DAA/DG/MPDFT/2000, conforme processo nº 08190.114653/03-21. Data da Publicação: 21/01/2004.

Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Computarelli Computadores, Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 37.978.202/0001-12, com base nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 025/DAA/DG/MPDFT/2002, conforme processo nº 08190.111840/03-62. Data da Publicação: 21/01/2004.

Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Computarelli Computadores, Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 37.978.202/0001-12, com base nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção



de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 059/DAA/DG/MPDFT/2000, conforme processo nº 08190.111838/03-11. Data da Publicação: 21/01/2004.

Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Computarelli Computadores, Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 37.978.202/0001-12, com base nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 080/DAA/DG/MPDFT/2002, conforme processo nº 08190.111839/03-83. Data da Publicação: 21/01/2004.

Diante destes esclarecimentos, mediante a republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame, a “Oi” requer a alteração do item 2.1.4 do Edital para que somente estejam impedidas de participar deste certame as empresas que porventura estejam penalizadas com a suspensão do direito de licitar especificamente com a Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal em Alagoas – SR/DPF/AL e não com qualquer outro Ente/Órgão integrante da Administração Pública.

2. VEDAÇÃO À PERMISSÃO DE CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Conforme anteriormente narrado, o objeto do presente certame consiste na contratação de empresa especializada para a prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, nas modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional.

O item 2.1.6 do Edital veda a participação de empresas que estejam reunidas em consórcio sob qualquer forma ou constituição.

No caso em tela, faz-se necessária a permissão expressa da participação de empresas em regime de consórcio, nos termos do artigo 33 da Lei n.º 8666/93, haja vista que a complexidade e diversidade do objeto tornam problemática a competição e que várias empresas isoladamente não dispõem de condições para participar da licitação.

Isso porque estamos diante de uma situação peculiar que caracteriza o mercado de prestação de serviços de telecomunicações no país, pois se trata de atividade restrita àqueles que possuam outorga pelo Poder Público.



Desta forma, inexistente no mercado um amplo leque de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Diante disso, o consórcio é a via adequada para propiciar a ampliação do universo de licitantes.

Convém lembrar que a admissão ou não da participação de empresas reunidas em consórcio trata-se de escolha discricionária da Administração. Portanto, admitir ou negar a participação de consórcios é resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

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

“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. **A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (...)**” (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)

Verifica-se, em princípio, que não há qualquer restrição à constituição de um consórcio, considerando o que está exposto no art. 278 da Lei n.º 6.404/76, Lei das Sociedades por Ações.

Por sua vez, a Lei n.º 8.884/94 proíbe a formação de consórcio de empresas apenas se isto restringir a liberdade de comércio, visando dominar o mercado, eliminar a concorrência ou monopolizar a obtenção de aumento de preço, dada a ilegalidade de tais finalidades, o que não é o caso.

Da mesma forma, não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e subsidiárias entre si.

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer seja excluído o item 2.1.6 do Edital, para que seja permitida a



participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

3. APRESENTAÇÃO DE PREÇOS COM DUAS CASAS DECIMAIS APÓS A VÍRGULA

O item 4.3.3 do Edital determina que a proposta deverá conter:

“4.3.3 - Preço total por item, considerando-se o período de doze meses, em algarismo, expresso em moeda corrente nacional (real), **com duas casas decimais**, de acordo com os preços praticados no mercado, considerando os quantitativos e as especificações constantes do Termo de Referência e seus Anexos;”

Inicialmente, cumpre ressaltar que o artigo 43, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93 determina que a licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;”

Portanto, verifica-se que não há, na Lei de Licitações, exigência de que os preços sejam cotados com duas casas decimais após a vírgula, ao contrário do que prevê o Edital.

Tal exigência impossibilita às prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC apresentarem suas propostas conforme as Planilhas de Formação de Preços previstas no Edital, pois os preços dos Planos Básicos e Alternativos de Serviços registrados, aprovados e homologados pela Anatel possuem 5 (cinco) casas decimais.

Dessa forma, para o correto preenchimento dos valores referentes à prestação do serviço licitado, deverão ser utilizadas 5 (cinco) casas decimais após a vírgula, razão pela qual requer a adequação do item 4.3.3 do Edital.



4. EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO EXCESSIVAS E DESNECESSÁRIAS

As alíneas “c” e “d” do item 9.2.4 do Edital exigem, a título de comprovação da qualificação técnica das licitantes:

“c. Atestado de vistoria assinado pelo servidor responsável;

d. Indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.”

Inicialmente, cumpre ressaltar, quanto à exigência de apresentação de atestado de vistoria, como documento de habilitação, que este não se faz necessário para esta impugnante, haja vista que atualmente é a prestadora de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC no Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional em Alagoas.

Portanto, deve-se alterar tal exigência, para que o atestado de vistoria seja exigido da licitante vencedora apenas se esta não for a atual prestadora do serviço.

Por sua vez, as informações exigidas na alínea “d” do item 9.2.4 do Edital, como a qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos é desnecessária e abusiva, na medida em que não se coaduna com a finalidade desta licitação.

Vale dizer que as exigências determinadas pelo Edital tornam o procedimento da licitação mais formalista e burocrático, por não serem indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da CF/88, que assim estabelece:

“Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (...)
(grifamos)



Como se vê, a própria Constituição da República determina que somente devem ser toleradas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”.

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

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari¹:

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

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

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

Por todo o exposto, requer a exclusão das exigências previstas nas alíneas “c” e “d” do item 9.2.4 do Edital, posto que não guardam vínculo com a finalidade da presente licitação.

5. REPASSE DE DESCONTOS MEDIANTE SOLICITAÇÃO EXPRESSA DA CONTRATANTE

¹ in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição, p. 88



A alínea “o” do item 16.2 do Edital, o item 13.14 do Termo de Referência e o item 5.13 da Cláusula Quinta da Minuta de Contrato determinam que a Contratada deverá:

“Assegurar a CONTRATANTE o repasse, durante o período de vigência do contrato que vier a ser celebrado, todos os descontos de tarifa promocional ou qualquer outra combinação que implique redução de preços, dentro do princípio de tratamento isonômico, estendido para os usuários/clientes com mesmo perfil de consumo.”

Da leitura do mencionado trecho do instrumento convocatório, verifica-se que o Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional em Alagoas corretamente limita o repasse dos descontos àqueles clientes de perfil e porte similar ao da Contratante, e não à universalidade dos usuários, o que impediria o seu cumprimento pela Contratada.

Isso porque tanto a Lei Geral de Telecomunicações (art. 103), quanto o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (art. 50) vedam o repasse indiscriminado de descontos, afirmando que os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

Vale trazer à baila a decisão proferida pela Advocacia Geral da União, Consultoria-Geral da União, por meio de seu Núcleo de Assessoramento Jurídico em Porto Alegre/RS, em face de equívocos contidos no edital de pregão eletrônico n.º 02/2005 do Comando do Exército, que resolveu pela da modificação da exigência nos termos previstos pela Anatel, senão vejamos:

“No que tange à Impugnação ofertada contra a subcláusula 1.12 da cláusula segunda do Contrato (item V do pedido final da impugnante), que busca modificar a previsão **editálica atual acerca da forma de repasse de descontos** e de preços mais vantajosos à contratante quando tais vantagens forem oferecidas ao mercado, tanto o princípio da razoabilidade como as próprias normas da Anatel, citadas pela impugnante, **nos levam a opinar pela sua procedência.** [...]” (Decisão proferida no processo de licitação n.º 012/05, referente ao Pregão Eletrônico n.º 02/2005, do Comando do Exército – Hospital de Guarnição de Santa Maria/RS, pelo Ilmo Dr. Advogado da União Sr. Rogério Ivanis Weiler, em 24/07/2005)

Contudo, devem os mencionados itens deixar claro que o repasse de descontos ofertados pela Contratada aos clientes com mesmo perfil de consumo depende de solicitação expressa da



Contratante, sempre que esses forem mais vantajosos do que o Plano de Serviços constante deste contrato, desde que devidamente homologados pela ANATEL.

Diante disso, requer a adequação da alínea “o” do item 16.2 do Edital, do item 13.14 do Termo de Referência e do item 5.13 da Cláusula Quinta da Minuta de Contrato, para que a Contrata assegure à Contratante o repasse **dos descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da CONTRATANTE, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses forem mais vantajosos do que o Plano de Serviços constante deste** contrato, desde que devidamente homologados pela ANATEL.

6. FORMA DE APRESENTAÇÃO DAS NOTAS FISCIAS/FATURAS

A alínea “v” do item 16.2 do Edital e o item 13.21 do Termo de Referência determinam que:

“A CONTRATADA deverá fornecer mensalmente a CONTRATANTE as faturas com detalhamento individual de cada linha, constando o período de referência (ex.: de 01/01/2011 a 31/01/2011), valores das tarifas contendo todas as despesas realizadas, bem como os demonstrativos dos descontos pertinentes previstos no Contrato, cobrando apenas os serviços efetivamente utilizados.”

Contudo, a exigência de apresentação dos descontos na fatura se mostra desnecessária, na medida em que tais informações já constam na proposta comercial apresentada pela Contratada.

Como é cediço, os editais de licitação devem evitar exigências desnecessárias e que não guardem vínculo lógico com a finalidade da licitação.

Nesse sentido, veja-se a lição da mais abalizada doutrina brasileira sobre o assunto²:

“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;**

² MARÇAL JUSTEN FILHO, *In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 416.



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 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.’**”

Ante o exposto, tendo em vista que os percentuais de descontos ofertados já constam na proposta comercial apresentada anteriormente pela empresa Contratada, requer a exclusão desta exigência prevista na alínea “v” do item 16.2 do Edital e no item 13.21 do Termo de Referência.

7. PRAZO PARA A ENTREGA DAS NOTAS FISCAIS

A alínea “d” do item 16.3 do Edital, o item 14.2 do Termo de Referência e o item 5.23.4 da Cláusula Quinta da Minuta de Contrato estabelecem que as faturas deverão ser apresentadas até 10 (dez) dias antes de seu vencimento.



Ocorre que o referido prazo encontra-se em dissonância com os padrões estabelecidos pela ANATEL, conforme prescreve o artigo 80 do Regulamento de Serviço Telefônico Fixo Comutado, anexo à Resolução n.º 426/2005:

“A entrega do documento de cobrança ao assinante, por código de acesso, constituído de demonstrativo e fatura dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes do seu vencimento.”

Desse modo, constata-se que o referido prazo estabelecido no instrumento convocatório encontra-se em desconformidade com os padrões estabelecidos pela ANATEL.

Diante disso, requer-se a alteração da alínea “d” do item 16.3 do Edital, do item 14.2 do Termo de Referência e do item 5.23.4 da Cláusula Quinta da Minuta de Contrato, a fim de que passe a constar o prazo de 5 (cinco) dias para a entrega das faturas.

8. COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL POR OCASIÃO DO PAGAMENTO

O item 17.3 do Edital, o item 19.2 do Termo de Referência e o item 10.6 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato determinam que o atesto fica condicionado à verificação da conformidade da Nota Fiscal/Fatura apresentada pela Contratada com os serviços efetivamente prestados, bem como às seguintes comprovações, que deverão obrigatoriamente acompanhá-la:

- “a. Do pagamento da remuneração e das contribuições sociais (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Previdência Social), correspondentes ao mês da última nota fiscal ou fatura vencida, quanto aos empregados diretamente vinculados à execução contratual, nominalmente identificados;
- b. Da regularidade fiscal, constatada através de consulta “on-line” ao SICAF, ou na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no artigo 29 da Lei nº 8.666, de 1993; e
- c. Do cumprimento das obrigações trabalhistas, correspondentes à última nota fiscal ou fatura que tenha sido paga pela Administração.”

Por sua vez, o item 10.5 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato estipula que, caso se constate o descumprimento de obrigações trabalhistas, previdenciárias e as relativas ao FGTS,



o pagamento dos valores em débito será realizado em juízo, sem prejuízo das sanções cabíveis.

De fato, 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 inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93, que determina:

“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.”

Contudo, não pode a Contratante condicionar o pagamento à comprovação da regularidade fiscal pela Contratada, posto que não consta do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados.

Da mesma forma, não pode o Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional em Alagoas reter o pagamento da Contratada pelos serviços já prestados a contento em caso de não comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Logo, não pode a Contratante aplicar a referida sanção à 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 Administração a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

Este é o entendimento esposado por Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

"Além das hipóteses do art. 78, existem outras, implicitamente previstas na Lei. Assim, deve-se dar aplicação ao disposto no art. 55, inc. XIII. Verificando-se, após a contratação, que o contratante não preenchia ou não preenche mais os requisitos para ser habilitado, deverá promover-se a rescisão do contrato. A rescisão tanto pode fundar-se na descoberta de que



o particular não detinha as condições necessárias como em que, após a contratação, deixou de preencher as exigências legais. Os requisitos de idoneidade devem estar presentes não apenas no momento anterior à contratação, mas têm de permanecer durante todo o período de execução do contrato. Rigorosamente, poderia ser caso de nulidade da licitação, vício que se estenderia ao contrato. Porém, podem supor-se situações em que teriam de ser aplicadas as regras da resolução, mormente quando existisse uma situação de fato consolidada. Imagine-se, assim, que a situação se configurasse relativamente a concessionário de serviço público. Aplicação rigorosa da teoria da nulidade produziria efeitos insuportáveis. Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. **Isso 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.** " (São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549) (grifo nosso)

Finalmente, importante colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no qual o Ministro Luiz Fux defende:

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

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

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que



equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.

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

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

Portanto, 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.

Diante disso, requer a adequação do item 17.3 do Edital, do item 19.2 do Termo de Referência e do item 10.6 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato, para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal e do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela Contratada.

9. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O item 17.3.1 do Edital, o item 19.4 do Termo de Referência e o item 10.4 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato assim prevêm:

"Havendo erro na apresentação de qualquer dos documentos exigidos no subitem anterior ou circunstância que impeça a liquidação da despesa, o



pagamento ficará pendente até que a Contratada providencie as medidas saneadoras. Nesta hipótese, o prazo para pagamento iniciar-se-á após a regularização da situação, não acarretando qualquer ônus para a Contratante.”

Ou seja, o instrumento convocatório determina que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção.

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

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

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

Diante disso, requer a adequação do item 17.3.1 do Edital, do item 19.4 do Termo de Referência e do item 10.4 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

10. INDEVIDA INCIDÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS)

O item 17.5.1 do Edital e o item 10.7.1 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato estabelecem que, quanto ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), será observado o disposto na Lei Complementar n.º 116/03 e a legislação municipal aplicável.

Contudo, tal previsão não tem razão de ser, haja vista que é vedada a aplicação deste tributo aos serviços de Telecomunicações.



Como é cediço, o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza é disciplinado pela Lei Complementar n.º 116/2003 e incide sobre fatos geradores definidos em lista anexa a lei³. Cumpre ressaltar que a lista é taxativa.

Logo, como o serviço de telecomunicações não está incluído naquela lista, o ISS não incide sobre esta atividade.

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que, em decisão suficientemente motivada, decidiu pela não incidência do ISS sobre ligações telefônicas realizadas no âmbito municipal, em consonância com a jurisprudência do STF (v.g. RE 83.600, Pleno, Moreira Alves, DJ 10.08.79): ausência de negativa de prestação jurisdicional.”⁴

Ademais, a interpretação integrativa da Constituição não deixa dúvidas: o **ISS incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, porém não incide naqueles serviços contidos no art. 155, inciso II**. Note-se que os serviços de comunicação são fatos geradores do ICMS, porém não do ISS.

Para sanar todas as possíveis dúvidas ou indagações a respeito do tema, vale transcrever os artigos 155, II c/c 156, III, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal **e de comunicação**, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

³ “Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.”

⁴ Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 269.531, julgado em 14.06.05, DJ 05.08.05.



III - serviços de qualquer natureza, **não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.**” (grifo nosso)

De fato, nos serviços de comunicação – telefonia – não incide o ISS, uma vez que a hipótese de incidência configura fato gerador do ICMS – Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Ante o exposto, requer seja excluída a possibilidade de retenção do Imposto sobre Serviços – ISS, prevista no item 17.5.1 do Edital e no item 10.7.1 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato, tendo em vista que o imposto que incide sobre os serviços ora licitados é o Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS, e não o ISS.

11. FORMA DE PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL/FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 17.6 do Edital e o item 10.8 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato determinam que o pagamento será efetuado por meio de Ordem Bancária de Crédito, mediante depósito em conta-corrente, na agência e estabelecimento bancário indicado pela Contratada.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que atualmente as Operadoras de serviços de telecomunicações se utilizam de um sistema de faturamento e cobrança moderno, conhecido e aprovado pela Anatel, baseado em **código de barras**.

Por meio deste sistema, a Oi poderá verificar com maior agilidade e eficiência a efetivação do pagamento pelo Contratante, evitando-se equívocos quanto a supostos entendimentos de inadimplemento e procedimentos de suspensão da prestação dos serviços sob tal escopo, na forma da lei.

Portanto, a Oi requer a adequação do item 17.6 do Edital e do item 10.8 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato, para que prevejam expressamente a possibilidade de realização do pagamento mediante **código de barras**.

12. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 17.8 do Edital, o item 19.6 do Termo de Referência e o item 10.10 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato prevêm:



“Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, desde que a Contratada não tenha concorrido de alguma forma para tanto, o valor devido deverá ser acrescido de encargos moratórios proporcionais aos dias de atraso, apurados desde a data limite prevista para o pagamento até a data do efetivo pagamento, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, aplicando-se a seguinte fórmula: $EM = N \times VP \times I$, onde: EM = Encargos Moratórios a serem acrescidos ao valor originariamente devido; N = Número de dias entre a data limite prevista para o pagamento e a data do efetivo pagamento; VP = Valor da Parcela em atraso; I = Índice de atualização financeira, calculado segundo a fórmula: $I = (6/100)/365$.”

Da análise dos itens supracitados, verifica-se que a fórmula adotada pelo Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional em Alagoas não está de acordo com a prática do mercado, no que diz respeito à responsabilidade da Contratada em razão de sua inadimplência.

Com efeito, a mora - revela a ilustre Prof^a Maria Helena Diniz - possui os seguintes efeitos jurídicos: “1º) *responsabilidade do devedor pelos prejuízos causados pela mora ao credor, mediante pagamento de **juros moratórios** legais ou convencionais; **indenização de lucro cessante...**; **reembolso das despesas efetuadas em consequência da mora**; **satisfação da cláusula penal**, resultante, pleno iure, do não-pagamento” (in Curso de Direito Civil Brasileiro, páginas 363 e 364).*

Quanto aos juros moratórios, a Prof^a Maria Helena Diniz elucida ainda que “constituem pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação, atuando como se fosse uma indenização pelo retardamento no adimplemento da obrigação”(in Curso de Direito Civil Brasileiro, página 369).

A Lei n.º 8.666/1993 estabelece que aos contratos administrativos aplicam-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos, conforme revela o art. 54. E mais; o art. 66 do mesmo diploma legal destaca a responsabilidade atribuível a cada parte quando da execução do contrato.

Assim, a Oi requer a adequação do item 17.8 do Edital, do item 19.6 do Termo de Referência e do item 10.10 da Cláusula Décima da Minuta de Contrato, para que passe a constar que o não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento, sujeitará o Contratante à incidência de: multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso; juros de mora de 1% ao mês; e correção monetária pelo IGP-DI.



13. APLICAÇÃO DE PENALIDADES ABUSIVAS

O item 19.4.3 do Edital, o item 15.1.3 do Termo de Referência e os itens 13.1.3 e 13.2.2 da Cláusula Décima Terceira da Minuta de Contrato prevêem a aplicação de multas à Contratada de até 15% (quinze por cento) sobre o valor do contrato.

Com efeito, a previsão de percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor do contrato supera o teto máximo de 10%, estipulado tanto pelo Decreto n.º 22.626/33 (ressalte-se, ainda em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determinado pelo Decreto de 29 de novembro de 1991) como pela Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), e aplicável a **todas** as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração pública.

Deve-se frisar que, ainda que não conste na Lei n.º 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem os elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal; não pode a Contratante, assim, desconsiderar regulação específica que veda o locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas.

Daí a remissão ao Decreto n.º 22.626, que é aplicável a QUALQUER contrato, conforme ora explanado. Não há que se falar em inaplicabilidade do referido Decreto, mesmo porque a vedação à instituição de cláusula penal superior a 10% do total da dívida é cabível a quaisquer contratos firmados (exclusive os do sistema financeiro).

Com efeito, a reprovabilidade das condutas acima descritas traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente. O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

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

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 discricção, 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 idéia 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 necessários 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)

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 conseqüências 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 do Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional em Alagoas, quais sejam, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 19.4.3 do Edital, do item 15.1.3 do Termo de Referência e dos itens 13.1.3 e 13.2.2 da Cláusula Décima Terceira da Minuta de Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

14. DO REAJUSTE DAS TARIFAS

A previsão constante no item 18 do Edital, no item 11.1 do Termo de Referência e na cláusula Oitava da Minuta de Contrato, *in verbis*, de que as tarifas só poderão ser reajustadas após o período de 01 (um) ano afronta o direito constitucional dos contratantes com a Administração Pública de terem preservado o equilíbrio econômico – financeiro da contratação.



DO REAJUSTE

- Será admitido o reajuste dos preços dos serviços continuados contratados com prazo de vigência igual ou superior a doze meses, nos termos do artigo 19, XXII, da Instrução Normativa SLTI/MPOG n° 2/2008 e suas alterações, desde que observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, mediante a aplicação do Índice de ajuste anual definido pela portaria interministerial do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão e Ministério das Comunicações, publicado pela ANATEL ou outro que venha a substituí-lo.
- O interregno mínimo de 1 (um) ano será contado:
- Para o primeiro reajuste: a partir da data limite para apresentação das propostas constante do Edital;
- Para os reajustes subseqüentes ao primeiro: a partir da data do fato gerador que deu ensejo ao último reajuste ocorrido ou precluso.
- O prazo para a Contratada solicitar o reajuste encerra-se na data da prorrogação contratual subseqüente à data em que se completou o cômputo do interregno mínimo de 1 (um) ano, ou na data do encerramento da vigência do contrato, caso não haja prorrogação.
- Caso a Contratada não solicite o reajuste tempestivamente, dentro do prazo acima fixado, ocorrerá a preclusão do direito ao reajuste.
- Se a vigência do contrato tiver sido prorrogada, novo reajuste só poderá ser pleiteado após o decurso de novo interregno mínimo de 1 (um) ano, contado na forma prevista neste Edital.
- Caso, na data da prorrogação contratual, ainda não tenha sido divulgado o novo índice de reajuste adotado, a Contratada deverá solicitar a inserção de cláusula no termo aditivo de prorrogação que resguarde o direito futuro ao reajuste, a ser exercido tão logo seja divulgado o novo índice, sob pena de preclusão.
- Os novos valores contratuais decorrentes do reajuste terão suas vigências iniciadas observando-se o seguinte:



a. A partir da data em que se completou o cômputo do interregno mínimo de 1 (um) ano;

b. Em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão dos próximos reajustes futuros; ou

- A decisão sobre o pedido de reajuste deve ser feita no prazo máximo de 90 (noventa) dias, contados a partir da data da solicitação da Contratada.

- Os reajustes serão formalizados por meio de apostilamento, exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual, caso em que deverão ser formalizados por aditamento ao contrato.

A Lei n.º. 8.666/93, em seu artigo 55, determina que estejam previstas na minuta contratual os critérios de atualização financeira aplicáveis, conforme destacado a seguir, a saber:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - 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;”

As operadoras de telecomunicações, dentre as quais a Impugnante, submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, única entidade competente para impor obrigações às prestadoras de qualquer serviço de telecomunicações no país por força da Lei nº. 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

A propósito, o art. 19, inciso VII, da referida lei, tratando das competências da ANATEL, assim dispõe sobre os reajustes:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)



VII - 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;”

Ora, não há como se desconhecer a submissão da “Oi” às regras da Lei Geral de Telecomunicações – Lei n.º. 9.472/97 (LGT), à regulamentação vigente e aos dispositivos do contrato de concessão que firmou com o Poder Concedente.

E pelas regras emanadas do Poder Concedente é direito líquido e certo de qualquer operadora ter suas tarifas reajustadas imediatamente após a homologação pela ANATEL, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro da outorga, já que os insumos relativos aos serviços prestados também sofrem, naturalmente, reajustamento, independente da data de assinatura do contrato com esta Contratante!

Deve-se observar o disposto no art. 42, do Regulamento do STFC, aprovado pela Resolução nº 26, de 09 de dezembro de 2005, transcrito a seguir:

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

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

O reajuste tarifário deverá sempre incidir a partir do contrato de concessão e não a partir de cada contrato individualmente firmado entre a Operadora e os usuários, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do citado ato de concessão.

Ou seja, esta “prioridade de um ano” não pode prosperar em relação aos termos da legislação e do contrato de concessão que vincula a “Oi” à União, por meio da Agência Nacional de Telecomunicações.



Vale destacar que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº. 9.472/97) exige em seu artigo 3º, inciso III, que o usuário de telecomunicações, qualquer que seja sua natureza (particular ou pública), não seja discriminado em relação às condições de acesso e prestação dos serviços.

Assim, caso admitido que o reajuste só possa valer um ano após assinado o contrato que vincule o usuário e a “Oi”, como pretende a Contratante, gerar-se-á a obrigação para a empresa de estender este mesmo tratamento a todos os seus usuários, indistintamente.

Com base nestes argumentos, mediante a republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame, esta Licitante solicita a V. S^a. a alteração do item 18 do Edital, do item 11.1 do Termo de Referência e da cláusula Oitava da Minuta de Contrato, para que reste condizente com a legislação e regulamentação vigente específica do setor, sugerindo-se seja adotada a seguinte redação:

“As tarifas serão reajustadas conforme homologação do Poder Concedente, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações”.

14. ASPECTOS TÉCNICOS

Relativos a qualificação técnica

- No subitem 9.2.4 c, informa que é necessário atestado de vistoria técnica. Tendo em vista que os serviços são prestados atualmente pela Oi, questionamos se a vistoria técnica é realmente necessária, pois já temos conhecimento da infraestrutura do local?



Relativos à qualificação técnica

- Item 9.2.4 do Edital - “Relativos à Qualificação Técnica: Indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos”. Informamos que não temos como dispor este tipo de informação, tendo em vista que os técnicos serão designados no momento da instalação. Assim sendo questionamos se este item do edital é realmente necessário para os documentos de habilitação.

Da ausência de campo para cobrança da instalação Linhas Diretas

- Este órgão não deixou espaço reservado na planilha de formação de preços para a instalação. Por se tratar de linhas diretas e esta ser regulada pela Anatel, é exigência que conste o valor de instalação. Vale ressaltar que caso a linha já esteja instalada a empresa não deve cobrar este serviço, preenchendo o valor como R\$ 0 (zero).

Por se tratar de um serviço que precisa da concessão do Estado, caso não seja preenchido o valor na tabela, a Anatel, pelo princípio da isonomia obrigará que não se cobre mais este item nos assinantes desta operadora, prejudicando o equilíbrio econômico do serviço.

Pedimos que o cliente insira campos separados para a assinatura e instalação na tabela de preços deste certame.



Pedido


Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a Oi solicita com o devido respeito que V. S^a**, julgue motivadamente e no prazo de 24 horas a presente Impugnação, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Maceió/AL, 25 de fevereiro de 2011.

Atenciosamente,

Romilda Vieira S. de Miranda

Romilda Vieira S. de Miranda
Executiva de Negócios - Gov. Federal
Diretoria de Mercado Corporativo
Fixo: (81) 3131-2570
Móvel: (81) 8825-2570
romilda.miranda@oi.net.br

 Romilda Vieira S. de Miranda
Executiva de Negócios - Gov. Federal
CREA/PE PED24547D
CPF: 510.811.805-87

R. do Brum. 463/485 Recife Antigo
Recife/PE. Cep: 50030-260