



Ilmo. Sr. Pregoeiro da Prefeitura Municipal de Várzea Grande/MT,

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Presencial n.º 19/2013

PROTOCOLO N.º _____
Data: <u>15/10/13</u> Hora: <u>16:56h</u>
Resp.: <u>Dayro Pinto</u>
Sector de Licitação - P. M. V. G.

Oi S.A., sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, parte, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 12 do Decreto n.º 3.555/2000, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Prefeitura Municipal de Várzea Grande/MT instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma presencial, sob o n.º 19/2013, visando ao registro de preços para futura e eventual "contratação de empresa especializada no fornecimento serviço telefônico fixo comutado, nas modalidades local, longa distância nacional, troncos digitais, e 0800, incluindo instalação, configuração, manutenção e serviços técnicos de suporte durante a vigência do contrato, conforme especificações e condições estabelecidas no Edital e em seus anexos.

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

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

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



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

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

A alínea "a" do item 4.3 do Edital não permite a participação de empresas:

"Que por quaisquer motivos, tenham sido declaradas inidôneas ou punidas com suspensão por Órgão da Administração Pública Direta ou Indireta, nas esferas Federal, Estadual ou Municipal, desde que o Ato tenha sido publicado na Imprensa Oficial, conforme o caso, pelo Órgão que o praticou enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição."
(grifo nosso)

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:



2



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 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 n.º 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 n.º 147:

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

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 n.º 134, n.º 136 e n.º 147.

3



1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

“[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que *“a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)”*. E mais: *“Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”*. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo *“Administração”* constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão *“refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”* e que, portanto, *“o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”*. [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) *“recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”*. **Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.**

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

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 do direito de licitar e a declaração de inidoneidade, defende que a Administração é entendida, pela definição constante do inciso XI



do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Portanto, requer a exclusão da alínea “a” do item 4.3 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com a Prefeitura Municipal de Várzea Grande/MT, e não com a Administração Pública em geral.

2. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL RELATIVA AO DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO DA LICITANTE

As alíneas “b” e “c” do item 12.5.3 do Edital e os itens 12.5.7 e 12.5.8 do Edital exigem, a título de habilitação, prova de regularidade com a Fazenda Municipal e Estadual do domicílio tributário:

“12.5.3 Certidão de regularidade de debito com as Fazendas:

(...)

b. Estadual: Certidão Negativa de Debito Fiscal Estadual (CND) especifica para participar de licitações, onde a mesma poderá ser retirada no site: www.sefaz.mt.gov.br, ou expedida pela Agencia Fazendária da Secretaria de Estado de Fazenda **do respectivo domicilio tributário**;

c. Municipal: Certidão Negativa de Debito Municipal, expedida pela Prefeitura **do respectivo domicilio tributário.**”

“12.5.7 Certidão Negativa de Debito de competência da Procuradoria Geral do Estado **do respectivo domicilio tributário**;

12.5.8 Certidão Negativa de Debito de competência da Procuradoria Geral do Município **do respectivo domicilio tributário.**” (grifos nossos)

Diante disso, cumpre colacionar o art. 29 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

5



(...)

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;" (grifo nosso)

Da análise do mencionado dispositivo legal, constata-se que, para fins de comprovação da regularidade fiscal das licitantes, poderão ser apresentados documentos do DOMICÍLIO OU DA SEDE da licitante, ou seja, da MATRIZ OU DA FILIAL.

Inicialmente, cabe esclarecer que matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica.

De toda a forma, matriz e filial são a mesma pessoa. Por isso, não há problema em a matriz ter sido habilitada e filial entregar os produtos contratados. Portanto, tanto a matriz quanto a filial podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica.

Segundo orientação do Tribunal de Contas da União, se o licitante for a matriz da empresa, todos os documentos devem estar em nome da matriz; se o licitante for filial, todos os documentos devem estar em nome da filial; e, no caso de filial, é dispensada a apresentação dos documentos que, pela própria natureza, comprovadamente sejam emitidos somente em nome da matriz.

Ante o exposto, resta evidente que as alíneas "b" e "c" do item 12.5.3 do Edital e os itens 12.5.7 e 12.5.8 do Edital não estão em conformidade com as exigências previstas na Lei n.º 8.666/93, bem como com a orientação do TCU, razão pela qual requer seja permitida a comprovação da regularidade fiscal relativa ao domicílio ou à sede da licitante.

3. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

6



O item 12.5.6 do Edital exige, a título de habilitação, a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), em cumprimento ao disposto no inciso V do art. 29 da Lei n.º 12.440/2011.

Todavia, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.

A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório.

Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.”

Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. Para sua expedição organizou-se o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Deste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de execução trabalhista definitiva.

As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei

7
.



nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011:

“Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, **será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)” (grifo nosso)

Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

Não obstante, vê-se que a disposição do Edital fere não somente o texto legal mencionado, mas também o sentido intrínseco do dispositivo, ao não prever a possibilidade de regularização jurídica por parte das empresas licitantes por meio da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Tal determinação editalícia fere o caráter competitivo do certame no momento em que pode gerar a diminuição da participação de mais empresas na competição.

Ante o exposto, requer a adequação do item 12.5.6 do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

4. INCORRETO PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO NO PREGÃO PRESENCIAL

O item 13.1 do Edital determina que após manifestada a intenção de recorrer, será concedido às licitantes o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso.



Porém, nos termos do inciso XVII do art. 11 do Decreto n.º 3.555/2000, este prazo é de 3 (três) dias úteis, *in verbis*:

“Art. 11

(...)

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

Com efeito, ao contrário do que ocorre no direito processual, o prazo somente correrá em dias úteis e em que os autos do processo administrativo estejam à disposição dos interessados.

Isso porque os interessados em interpor Recurso Administrativo não têm direito de retirar os documentos e os autos das instituições dos órgãos administrativos.

Logo, se o prazo corresse em dias úteis, o particular seria prejudicado.

Diante disso, requer a adequação do item 13.1 do Edital, a fim de que o prazo para a interposição de Recurso Administrativo seja de 3 (três) dias úteis, contados da intimação da decisão recorrida, nos termos do inciso XVII do art. 11 do Decreto n.º 3.555/2000.

5. REAJUSTE DOS PREÇOS

O item 15.1 do Edital determina que os preços contratados poderão ser reajustados anualmente pela variação do IGPM-FGV, observada no mesmo período, ou por índice oficial que vier a substituí-lo, tendo como data base, a data de entrega das propostas.

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

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



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

A Lei n.º 8.666/93, em seu inciso XI do art. 40, determina a obrigatoriedade do Edital conter, dentre outros, “o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

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

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

Para Marçal Justen Filho:

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

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

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

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



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

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

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

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

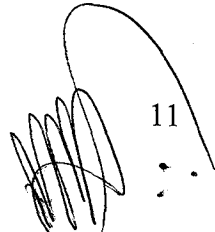
Parágrafo único. **Os reajustes dos valores das tarifas ou preços** podem ser realizados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, limitados estes à **variação do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST)** ou qualquer outro índice que venha a substituí-lo, correspondente ao período de reajuste,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

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

De outro lado, o reajuste dos preços, ao contrário das tarifas, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

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

No âmbito dos serviços telefônicos, objeto da presente licitação, o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste dos valores contratados é aquele expresso na Resolução n.º 532, de 03 de agosto de 2009, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST.


11





Ainda quanto a matéria é importante observar que a Lei n.º 10.192/2001 é clara ao estabelecer que os contratos públicos devem ser reajustados, senão vejamos:

*“Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **serão reajustados ou corrigidos monetariamente** de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.*

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”

Não há dúvidas de quanto a clareza na determinação disposta na Lei n.º 10.192/2001. Os contratos firmados com a Administração Pública **serão reajustados ou corrigidos monetariamente com periodicidade anual a contar da apresentação da proposta ou do orçamento.**

Ante o exposto, requer a adequação do item 15.1 do Edital, 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 IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações”.

6. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 15.4 do Edital estabelece que:

*“No caso de eventual atraso de pagamento, o valor devido poderá ser acrescido de juros moratórios de 0,5% ao mês, apurados desde a data acima referida até a data do efetivo pagamento, calculados *pro rata die*, sobre o valor da nota fiscal/fatura.”*

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as



cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial”.

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

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

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

Pelo exposto, faz-se necessária a adequação do item 15.4 do Edital, 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.

7. SUSPENSÃO OU RETENÇÃO DO PAGAMENTO POR FALTA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL

O item 15.5 do Edital dispõe que no ato do pagamento deverá ser comprovada a manutenção das condições iniciais de habilitação quanto à situação de regularidade da Contratada.

Da mesma forma, o item 15.9 do Edital prevê que, como condição para pagamento, o licitante vencedor devesse manter as mesmas condições de habilitação.

Por sua vez, o parágrafo sétimo da Cláusula Nona da Minuta do Contrato determina que o pagamento somente se efetuará mediante apresentação de comprovante mensal de quitação da empresa com as obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados lotados na execução do contrato, referentes ao mês da prestação dos serviços.



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 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 consultante 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, 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).

5. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 633.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141)

Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, poderá a Administração, atendendo ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações, não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do dispositivo legal citado. Frise-se que o princípio da legalidade, sendo o elemento basilar do regime jurídico-administrativo, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, impor sanção que extrapola a lei importa em desrespeito inexorável ao princípio da legalidade.

16



Diante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação dos itens 15.5 e 15.9 do Edital e do parágrafo sétimo da Cláusula Nona da Minuta do Contrato, para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.

8. REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 15.7 do Edital prevê que o pagamento será efetuado em até 30 (trinta) dias após a apresentação da Nota Fiscal, contendo a modalidade e o número da licitação, agencia e conta corrente em nome da proponente do banco a ser depositado.

Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses **são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou 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.

Dentre as vantagens para o cliente estão a garantia de baixa automática das faturas no sistema do Grupo, em 5 (cinco) dias úteis após o pagamento; evita a cobrança em duplicidade e a suspensão indevida do serviço. Da mesma forma, 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 Edital à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 15.7 do Edital, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

9. RESPONSABILIDADE PELA REDE INTERNA DA CONTRATANTE

O item 16.3.9 do Edital estabelece que a Contratada deverá arcar com todas as despesas diretas ou indiretas, decorrentes as obrigações assumidas sem qualquer ônus para a PMVG.

Entretanto, não há menção de que a infraestrutura interna do Órgão é da competência da Contratante, e não da Contratada.

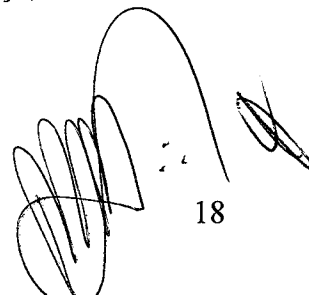
Nesse diapasão, cumpre trazer à colação o art. 60 da Resolução n.º 272/2001 da ANATEL, que aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, que assim determina:

“Art. 60. Constituem deveres dos assinantes:

I - utilizar adequadamente o serviço, os equipamentos e as redes de telecomunicações;

II - preservar os bens da prestadora e aqueles voltados à utilização do público em geral;

III - efetuar o pagamento referente à prestação do serviço, observadas as disposições deste Regulamento;



18



IV - providenciar local adequado e infraestrutura necessários à correta instalação e funcionamento de equipamentos da prestadora, quando for o caso;

V - somente conectar à rede da prestadora, terminais que possuam certificação expedida ou aceita pela Anatel.”

Portanto, a própria regulamentação da ANATEL determina que o assinante tem como obrigação providenciar local adequado e infraestrutura necessários à correta instalação e funcionamento de equipamentos da prestadora, quando for o caso.

Logo, deve o Edital deixar claro que a Contratante é responsável pela sua rede interna, e não a Contratada.

Ante o exposto, requer seja adequada a exigências prevista no item 16.3.9 do Edital, haja vista que a Contratante é responsável pela sua rede interna, e não a Contratada, nos termos da regulamentação do setor de telecomunicações.

10. PREVISÃO DE MULTAS EXCESSIVAS

O item 18.1.2, alínea “c” do Edital, a alínea “c” do item 2.1 da Cláusula Décima Quarta da Minuta da Ata de Registro de Preços e a alínea “c” do inciso II do inciso XI da Cláusula Décima Quarta da Minuta de Contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:



“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**”⁵ (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o *quantum* a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplex fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido**

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.



estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.⁶ (grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecida, ora de fato descumpriu o contrato e ensejou a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, **aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério**. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.**” (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o *quantum* referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 18.1.2, alínea “c” do Edital, a alínea “c” do item 2.1 da Cláusula Décima Quarta da Minuta da Ata de Registro de Preços e a alínea “c” do inciso II do inciso XI da Cláusula Décima Quarta da Minuta de Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

11. REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS

O inciso XVI da Cláusula Décima Primeira da Minuta de Contrato determina que a Contratada deverá:

“Repassar igualmente a este Município as reduções ou os descontos concedidos ao consumidor comum em decorrência de regulamentação expedida por órgão/poder competente, bem como os concedidos espontaneamente.”

No entanto, a generalidade da previsão relativa às vantagens pretendidas, bem como à universalidade dos usuários, impede, de início, o seu cumprimento pela Contratada.

Com efeito, a exigência de repasse dos descontos e vantagens conferidos pela Contratada ao mercado em geral viola o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o equilíbrio econômico-financeiro é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo Contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”⁷.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 648.

22



Como se sabe, 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 pode 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 elevaria os custos estimados pelos potenciais participantes das licitações.

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

Grande parte da doutrina defende 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 o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello 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.”⁸

Cumpra também colacionar as palavras de Marçal Justen Filho:

“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.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 650.



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.”⁹

Com efeito, a Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) veda os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários.

Por sua vez, o art. 50 do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução da ANATEL n.º 73/98 e alterado pela Resolução n.º 343/2003, determina que:

“Art. 50. Os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.”

Portanto, vê-se que tanto a Lei Geral de Telecomunicações como o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações vedam o repasse indiscriminado de descontos conferidos ao mercado em geral.

Por todos esses aspectos, parece evidente que a exigência editalícia assim disposta estabelece obrigação demasiadamente onerosa à Contratada, desalinhando, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, a prevalecerem os termos da exigência, inviável se mostrará sua execução fiel, motivo pelo qual requer seja modificado o inciso XVI da Cláusula Décima Primeira da Minuta de Contrato, para que se exija que a Contratada apenas repasse os 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 do contrato, desde que devidamente homologados pela ANATEL.

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



12 -Dos Descontos Lineares na Planilha

O item 10.11 do Edital estabelece o seguinte:

‘10.11 Os percentuais de descontos ofertados na etapa de lances deverão ser proporcionais para todos os itens, não podendo valer-se de desconto maior para um determinado item e menor para outro.”

Da análise do item editalício transcrito, constata-se que o edital exige que as licitantes ofertem descontos lineares para todos os serviços que compõem o objeto licitado

No que diz respeito ao STFC na modalidade local, este serviço é composto pelas ligações fixo-fixo e fixo-móvel, as quais possuem cobrança de valores diferenciada.

As operadoras de telefonia fixa, ao realizarem ligações fixo-móvel, são obrigadas a repassar às operadoras de telefonia móvel um valor fixo e alto para cada ligação efetuada. Com isso, a margem de descontos a ser aplicada neste tipo de serviço é muito restrita, já que a operadora de STFC não pode ofertar descontos sobre uma tarifa de operadora de SMP.

De outro norte, para as ligações fixo-fixo ocorre o oposto, pois a sua receita pertence totalmente às prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado, possibilitando, assim, apresentar desconto diferenciado e mais agressivo para as referidas ligações.

Da mesma forma, o desconto linear prejudica a formulação de propostas das ligações nas modalidades longa distância nacional (LDN) e longa distância internacional (LDI).

Caso o percentual linear seja mantido, a vantagem almejada pela Administração Pública será minimizada, ao invés de otimizada, por não haver a necessária flexibilidade de descontos visando um preço final ainda melhor, o que fere a finalidade do procedimento licitatório, qual seja, a busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Com efeito, a Resolução n.º 424/2005, que aprova o Regulamento de tarifação do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral prevê diferenças significativas entre os custos dos tipos de ligações que compõem cada item, o que **torna inviável aos licitantes ofertarem descontos iguais para ligações que possuem custos diferenciados.**

A manutenção desta exigência onerará as propostas que serão apresentadas, uma vez que a ligação que tiver o menor percentual de desconto vinculará o desconto ofertado aos demais tipos de ligações.