



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Ref: Pregão Eletrônico n. 011/2012

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 33.000.118/0001-79, por seus representantes legais, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS instaurou procedimento licitatório na modalidade pregão, na forma eletrônica, sob o n.º 011/2012 visando contratação de empresa especializada para a prestação do Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC) na modalidade 0800, com abrangência Nacional.

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

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

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



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. DA IMPROPRIEDADE DE APLICAÇÃO DO CONCEITO DE "ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA"

O Item 14.6, alínea "a" do Edital determina a apresentação pelo futuro contratado de declaração de inexistência de impedimento legal para licitar e contratar com a Administração Pública.

O Item 8, alínea "c" do Termo de Referência impõe como penalidade por inexecução total ou parcial do objeto contratado a suspensão da contratada do direito de licitar e contratar com a Administração Pública.

Já o Item 17.1, alínea "d" da Minuta do Contrato estabelece penalidade de suspensão em face da Administração Geral e ainda fixa o prazo de 05 (cinco) anos.

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

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

"Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;"

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

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

"Administração Pública:

A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com 'Poder Executivo'. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada 'Administração Direta' (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a 'Administração Indireta' (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as



'fundações' instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito."

"Administração:

A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade."¹

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

"A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública."²

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

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção do direito de licitar e a declaração de inidoneidade, defende que a Administração é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666/93.

O item 17.1, alínea "d" da Minuta do Contrato ainda fixa a suspensão do direito de licitar e contratar pelo prazo de 05 (cinco) anos, o que também colide frontalmente com o disposto no artigo 87, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

A Lei 8.666/93 é clara ao estabelecer que a aplicação da penalidade de suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração será de até 02 (DOIS) anos.

Portanto, requer sejam alterados todos os itens, para que as consequências jurídicas das referidas cláusulas se restrinjam ao âmbito do Tribunal de Justiça do Amazonas, e não com a Administração Pública em geral, bem como seja adotado o período legal de 02 (dois) anos,

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.



conforme o inciso III, artigo 87 da Lei n.º 8.666/93 no caso do Item 17.1, alínea "d" da Minuta do Contrato.

2. PRAZO PARA A ENTREGA DAS NOTAS FISCAIS

O item 24.1 do Edital e item 11.1 da Minuta do Contrato fixam que o prazo para pagamento da fatura será em até 10 (dez) dias úteis contados do recebimento da mesma. Esses itens se contradizem com o disposto no item 24.4 do Edital e item 11.4 da Minuta do Contrato que estabelecem que a data de vencimento mínimo das faturas apresentadas será de 15 dias após a data de apresentação.

Ainda assim, ocorre que os referidos prazos encontram-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, aplicável também ao Serviço de Comunicação Multimídia (SCM):

"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."

No mesmo sentido, há previsão no artigo 44 do Anexo da Resolução n.º 477/2007. 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 dos Itens 24.1 e 24.4 do Edital e item 11.1 e 11.4 da Minuta do Contrato, a fim de que passe a constar o prazo de 5 (cinco) dias para a entrega das faturas.

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

O Item 24.2 do Edital e item 11.2 da Minuta do Contrato vinculam a liberação do pagamento à comprovação de regularidade fiscal da Contratada através da apresentação de certidões.

Entretanto, o art. 87 da Lei de Licitações define rol taxativo de sanções aplicáveis à Contratada, prevendo a hipótese de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou



contratar com a Administração Pública. Não obstante, não consta em nenhum momento a previsão de retenção dos pagamentos.

Nesse sentido, deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos como sanção ao não cumprimento da regularidade fiscal.

É nesse sentido o entendimento do TCU:

"O [STJ] entende ser ilegal a retenção de pagamento por serviços prestados quando se constata a irregularidade fiscal, pois tal hipótese não consta do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, ofendendo, portanto, o princípio constitucional da legalidade [...]. O parecer PGFN/CJU nº 401/2000, e a STN e SLTI, por meio da mensagem citada no parágrafo anterior, seguem esse entendimento. Resta ao órgão público a opção de rescindir o contrato e aplicar penalidade por descumprimento de cláusula contratual, caso a contratada, após aviso do órgão, não regularize sua situação fiscal no prazo definido pela administração." (Acórdão 3382/2010 - Plenário) (grifo nosso)

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência do STJ:

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

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

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



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

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

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

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

Diante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação do Item 24.2 do Edital e item 11.2 da Minuta do Contrato, para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.



4. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO

O Item 24.2, alínea "d" do Edital e item 11.2, alínea "d" da Minuta do Contrato determina que é requisito para a participação no pregão, o licitante que declarar a inexistência de fatos supervenientes impeditivos para a habilitação.

Todavia, a exigência de o licitante declarar a inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação não tem respaldo na Lei.

Inicialmente, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

"Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

(...)

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, **obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.**" (grifo nosso)

Com efeito, nos termos do §2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, é possível concluir a obrigatoriedade da parte declarar a superveniência de fato impeditivo. Em momento algum a Lei de Licitações exigiu ou autorizou o dever de declarar a ausência de fato impeditivo.

Os arts. 34 e seguintes da Lei de Licitações permitem que os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem freqüentemente licitações mantenham registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

Por sua vez, cabe aos inscritos nos cadastros atualizarem permanentemente o registro (art. 36, § 1º).

Ora, se o licitante apresenta todos os documentos e tem seu cadastramento em perfeita ordem, não há sentido em reafirmar, por declaração, que tem as condições para a habilitação.

Portanto, não se pode inabilitar determinado licitante pela ausência de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação, posto que tal exigência, além de não ter amparo legal, não faz qualquer sentido lógico.



Como se sabe, a Contratada está obrigada a 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, consoante o inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93.

Assim, caso ocorra fato superveniente à contratação que impeça a sua habilitação, tal fato deverá imediatamente ser declarado à Administração.

Sendo assim, a Oi requer a V. S. a exclusão dos itens ou sua adequação aos termos do parágrafo 2.º, artigo 32 da Lei n.º 8666/93.

5. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O Item 24.6 e 24.10 do Edital; itens 11.6 e 11.10 da Minuta do Contrato dispõe que havendo erro na Nota Fiscal ou circunstância que inviabilize a liquidação da despesa, esta será devolvida à fornecedora e o pagamento ficará pendente até que a mesma providencie as medidas saneadoras.

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.

6. DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS NO CNPJ DA PROPONENTE

O Item 24.9 do Edital e item 11.9 da Cláusula do Contrato explicitam que o CNPJ da proponente deverá ser o mesmo para efeito de emissão das notas fiscais e posterior pagamento.



Inicialmente deve-se observar que a lei de licitações possibilita que sejam apresentadas certidões de regularidade da sede ou do domicílio da licitante. Portanto, tanto a matriz como a filial podem participar da licitação, trata-se de interpretação direta da leitura do artigo 29, incisos II e III.

Participando a matriz, deve-se observar que a nota fiscal deverá ser emitida na localidade do serviço prestado a fim de atender a legislação que regula o recolhimento dos tributos locais (estaduais e municipais) incidentes sobre os serviços.

Assim, uma vez que o ICMS é incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicações e sendo esse um tributo de competência estadual, em cada Estado onde o serviço de telecomunicações é prestado, se dá a emissão da nota fiscal correspondente. Essa é a razão para a emissão de notas fiscais pelas filiais, ou seja, para garantir o cumprimento da legislação tributária.

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

“ É cabível a comprovação de despesa pública mediante nota fiscal emitida por matriz ou filial da mesma empresa, face ao disposto nos artigos 47 usque 51, da Resolução TC-06/89 (a Resolução nº TC-06/89 foi substituída pela Resolução TC-16/94), considerando a unidade das mesmas e a pluralidade de domicílios que lhes são peculiares, não se constituindo em óbice o fato do processamento do empenho discriminar unidade (matriz ou filial) diversa daquela que emitirá a nota fiscal.” (TCE-SC, prejulgado nº 249)

Dessa forma, requer a adequação do Item 11.8 do Edital e a Cláusula Sétima da Minuta do Contrato para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado pela Matriz.

7. IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS

O Item 27.4 do Edital determina que a licitante deve declarar sobre a prática de nepotismos nos termos do art. 8º, Decreto nº 32.751/11.



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

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

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

"Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação."

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

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

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

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

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da Isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."



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

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

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

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

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

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

8. CONFIDENCIALIDADE DAS INFORMAÇÕES TRAFEGADAS

O Item 7.1, alíneas "l" e "m" da Minuta do Contrato determinam que a Contratada deverá garantir sigilo e inviolabilidade das conversações realizadas através desta contratação, considerando os recursos disponibilizados pela empresa contratada.

No entanto, nos termos do inciso VI do art. 11 da Resolução n.º 426/2005, os usuários do STFC têm direito "à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações e as atividades de intermediação da comunicação dos portadores de deficiência".

Logo, requer a alteração do Item 7.1, alíneas "l" e "m" da Minuta do Contrato, para que a Contratada garanta a inviolabilidade e o segredo das comunicações da Contratante, **salvo em caso de quebra de sigilo de telecomunicações determinada por autoridade judiciária.**

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



9. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

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

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

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

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

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

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

Para Marçal Justen Filho:

"O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexecutável ou a distorção da competição."³

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.



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

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

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

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 contados da data limite para a apresentação da proposta,**



conforme disposto nos arts. 40, XI; 55, III e 57, II e IV da Lei nº 8.666/93; arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192/01; art. 5º do Decreto 2.271/97. Assim, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

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

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

Ante o exposto, requer a adequação dos Itens 9.1 e 9.2 da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços e das tarifas referentes ao STFC, ao SMP e ao SCM seja realizado da seguinte forma:

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

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

O Item 12.1 da Minuta do Contrato determina, de forma vaga, que *“ocorrendo atraso no pagamento, e desde que para tal não tenha concorrido de alguma forma a CONTRATADA, haverá incidência de atualização monetária sobre o valor devido, pela variação acumulada do Índice Geral de Preços-Disponibilidade Interna (IGP-DI)”*.

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



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

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

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

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do Item 12.1 da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento devido 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.

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

O Item 17.1, alínea "b.4" da Minuta do Contrato prevê como base de cálculo da multa por inexecução parcial da obrigação assumida o valor total anual estimado do contrato, sem estabelecer diferença quanto a total ou parcial do acordado.

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

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



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

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

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

Por todo o exposto, requer a adequação do Item 17.1, alínea "b.4" da Minuta do Contrato, para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total da fatura mensal.

13. REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS

O Edital não faz previsão de pagamento com a utilização do sistema de código de barras.

A ausência de tal sistema se encontra 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 inclusão de item a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

14. DA DEFINIÇÃO DO OBJETO

Da análise do objeto do Edital, Termo de Referência e Minuta do Contrato constata-se que o serviço 0800 será com abrangência Nacional. *In verbis*:

"1.1 - A presente licitação tem por objeto a contratação de empresa especializada para a prestação do Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC) na modalidade 0800, com abrangência Nacional, para atendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJAM. O serviço deve ser comutado para os números de telefones a serem disponibilizados pelo TJAM, conforme especificações constantes no Termo de Referência (Anexo I) deste edital. (grifo nosso)"

"1 OBJETO

Contratação de Empresa Especializada para o fornecimento do Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC) na modalidade 0800, com abrangência Nacional, para atendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas - TJAM. O serviço deverá ser comutado para os números de telefones a serem disponibilizados pelo TJAM. (grifo nosso)"

"CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

1.1. O presente Contrato tem por objeto a contratação de empresa especializada para a prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade 0800, com abrangência nacional, observados o Edital, o Termo de Referência e a proposta da CONTRATADA, os quais, independentemente de transcrição, são partes integrantes deste instrumento, naquilo que não o contrarie. (grifo nosso)"



Porém, a **Planilha de Formação de Preço**, que consta no item 6 do Termo de Referência, não destinou campo apropriado para que as Licitantes possam informar as tarifas para as Licitações Nacionais (Tráfego Nacional), mesmo que o consumo seja nulo.

SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO - STEC - MODALIDADE 0800					
Tráfego	Tipo de Ligações	Quantidade Mensal Estimada de Minutos (A)	Preço Unitário por minuto (com impostos) (B)	Subtotal Mensal (R\$) C = A x B	Subtotal Anual (R\$) D = C x 12
Tráfego Local	Fixo - Fixo	1.000	0,245	245,00	2.940,00
	Fixo - Móvel	1.200	1,12	1.344,00	16.128,00
SUB TOTAL 1				1.589,00	19.068,00
Tráfego	Tipo de Ligações	Quantidade Mensal Estimada de Minutos (A)	Preço Unitário por minuto (com impostos) (B)	Subtotal Mensal (R\$) C = A x B	Subtotal Anual (R\$) D = C x 12
Tráfego Estadual	Fixo - Fixo	700	0,45	315,00	3.780,00
	Fixo - Móvel	1.000	1,29	1.290,00	15.480,00
SUB TOTAL 2				1.605,00	19.260,00

Fica evidenciada a importância da divulgação das informações de forma clara a fim de permitir que a Administração consiga estabelecer igualdade entre os Licitantes, fomentando a competitividade entre estes, a fim de obter a proposta mais vantajosa.

Segundo o artigo 9.º da Lei n.º 8.666/93:

"Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

1 - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;"

"A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão



Pelo exposto, a Oi solicita que a Planilha de Formação de Preço seja alterada conforme modelo a seguir.

SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO - STFC - MODALIDADE 0800					
TRÁFEGO	TIPO DE LIGAÇÕES	Quantidade Mensal Estimada de Minutos (A)	Preço Unitário (com impostos) por minuto (B)	Subtotal Mensal (R\$) $C = A \times B$	Subtotal Anual (R\$) $D = C \times 12$
TRÁFEGO LOCAL	FIXO-FIXO	1.000	R\$ 0,245	R\$ 245,00	R\$ 2.940,00
	FIXO-MÓVEL	1.200	R\$ 1,12	R\$ 1.344,00	R\$ 16.128,00
SUBTOTAL 1				R\$ 1.589,00	R\$ 19.068,00
TRÁFEGO	TIPO DE LIGAÇÕES	Quantidade Mensal Estimada de Minutos (A)	Preço Unitário (com impostos) por minuto (B)	Subtotal Mensal (R\$) $C = A \times B$	Subtotal Anual (R\$) $D = C \times 12$
TRÁFEGO ESTADUAL	FIXO-FIXO	700	R\$ 0,45	R\$ 315,00	R\$ 3.780,00
	FIXO-MÓVEL	1.000	R\$ 1,29	R\$ 1.290,00	R\$ 15.480,00
SUBTOTAL 2				R\$ 1.605,00	R\$ 19.260,00
TRÁFEGO	TIPO DE LIGAÇÕES	Quantidade Mensal Estimada de Minutos (A)	Preço Unitário (com impostos) por minuto (B)	Subtotal Mensal (R\$) $C = A \times B$	Subtotal Anual (R\$) $D = C \times 12$
TRÁFEGO NACIONAL	FIXO-FIXO	0	R\$ 0,64	R\$ 0,00	R\$ 0,00
	FIXO-MÓVEL	0	R\$ 1,45	R\$ 0,00	R\$ 0,00
SUBTOTAL 3				R\$ 0,00	R\$ 0,00
ASSINATURAS					
ASSINATURA		QUANTIDADE ESTIMADA (A)	PREÇO INDIVIDUAL (B)	PREÇO MENSAL (COM IMPOSTOS) (C = A x B)	SUBTOTAL ANUAL (R\$) (D = C x 12)
NÚMERO TOTAL DE 0800		5	R\$ 126,29	R\$ 631,45	R\$ 7.577,40
SUBTOTAL 4					R\$ 7.577,40
VALOR GLOBAL (SUBTOTAL 1 + SUBTOTAL 2 + SUBTOTAL 3 + SUBTOTAL 4)					R\$ 45.905,40
VALOR GLOBAL POR EXTENSO:					



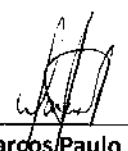
Pedido

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

Manaus - AM, 26 de março de 2012.



Maria Claudia de Oliveira Leite
Executiva de Negócios
Telemar Norte Leste S/A – CNPJ: 33.000.118/0001-79
RG: 2484436 SSP-PA – CPF: 510.305.782-49



Marcos Paulo Santos da Rocha
Executivo de Negócios
Telemar Norte Leste S/A – CNPJ: 33.000.118/0001-79
RG: 13908111 SSP-AM – CPF: 518.533.022-87