



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL DO
DE GOIÁS – SECC/GO**

Ref: Pregão Eletrônico n.º 003/2013/SECC/GO

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, 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

A Secretaria de Estado Da Casa Civil do Estado de Goiás – SSPJ/GO tem como objeto a realização do Pregão Eletrônico n.º 003/2013, visando à contratação de empresas especializadas na prestação de serviço telefônico fixo comutado (STFC) local, interurbano e internacional, por um período de 30 (trinta) meses podendo ser prorrogado, conforme edital e 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.

M



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. PRAZO PARA A ENTREGA DAS NOTAS FISCAIS

O item 12.2 do Edital afirma o seguinte:

12.2 - Os pagamentos serão efetuados em até 30 (trinta) dias após protocolização e aceitação pela Contratante das Notas Fiscais e/ou Faturas devidamente atestadas pelo setor competente. O pagamento da Nota Fiscal/Fatura fica condicionado ao cumprimento dos critérios de recebimento.

Ocorre que o referido prazo encontra-se em dissonância com os padrões estabelecidos pela ANATEL, conforme prescreve o artigo 80 do Regulamento de Serviço Telefônico Fixo Comutado, anexo à Resolução n.º 426/2005, 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 do item 12.2 do Edital, a fim de que passe a constar o prazo de 5 (cinco) dias para a entrega das faturas.

2 - A INDEVIDA RETENÇÃO DO PAGAMENTO

O item 12.3 do Edital estabelece o seguinte:

12.3 -Para efeito de liberação do pagamento, a regularidade jurídica e fiscal deverá ser comprovada pelos documentos hábeis ou por meio do Certificado de Registro Cadastral – CRC ou outro certificado que atenda aos requisitos previstos na legislação geral, e outros documentos que possam ser considerados pertinentes pelo Setor Financeiro do órgão contratante.





E Inicialmente deve-se observar que não consta em lei determinação com tal penalidade, ou seja, não há lei determinando a apresentação de comprovantes de pagamento de regularidade de contribuições sociais e a regularidade fiscal. A própria lei de licitações não faz tal exigência no momento da habilitação. Na verdade, a lei exige apenas a comprovação através de certidão negativa da regularidade fiscal das participantes.

Ademais, 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, social e trabalhista.

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 à opção de rescindir o contrato e aplicar penalidade por descumprimento de cláusula contratual, caso à 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)

A matéria inclusive já foi objeto de Instrução Normativa n.º 02/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão da União, que serve de parâmetro indicativo da posição adotada e normatizada pelo Governo Federal. Senão vejamos:

"Art. 34-A: O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.



Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou incapacidade da empresa de corrigir a situação.” (Incluídos pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, sociais e trabalhistas, 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 exclusão do item 12.3 do Edital.

3 - IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS

O item 15.13 do Edital permite a subcontratação, cessão ou transferência do todo ou em parte do objeto se houver expressa anuência da SECC.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação a redação do artigo 72 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar **partes** da obra, **serviço** ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.” (grifo nosso)

Ora, além da Lei prever que a Administração permita ao ente privado, que queira contratar consigo, subcontratar apenas partes dos serviços, tem-se que essas fases ou etapas devem se remeter à atividade meio do serviço licitado, **sendo vedada a subcontratação do serviço todo ou a atividade fim que a Administração está a licitar**, tendo em vista a análise dos critérios de habilitação para que a Administração contrate um ente privado realmente idôneo.

Nesse sentido é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca da subcontratação:



“A hipótese torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos **apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo**. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de ‘terceirização’, que deriva dos princípios da especialização e da concentração das atividades. **Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.**” [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª edição, p.757] (grifamos)

Assim, está ratificada a impossibilidade da subcontratação, pela Contratada, de serviço ou atividade fim.

Neste diapasão, cumpre colacionar jurisprudência do TCU com o mesmo entendimento:

“É ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.” (Acórdão nº 3.475/2006, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer)

“(…) firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/96.” (Acórdão nº 909/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

DA REVENDA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO:

Igualmente, a prestação de serviços de telecomunicações em regime privado (SMP, por exemplo) se sujeita à obtenção de autorização pela prestadora e, por conseguinte, ao atendimento de exigências legais e apresentação de proposta que esteja de acordo com os critérios e fatores definidos no respectivo edital de licitação e no Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução 73/98 – Anatel.





Embora não haja expressa definição legal acerca da natureza da revenda de serviços, apesar deste tema já ser objeto da Consulta Pública n.º 22, frisamos, por oportuno, que a prestação de serviços de telecomunicação sem a necessária Concessão, Permissão ou Autorização expedida pela ANATEL, configura a prática de crime de prestação clandestina de serviço de telecomunicação. Nesse caso, o infrator estará sujeito a penalidades previstas nos artigos 183 e 184 da Lei Geral de Telecomunicações abaixo transcritos, sendo tais penalidades obviamente estendidas aos beneficiários de tais serviços:

Lei 9472/97:

“Capítulo II

Das Sanções Penais

Artigo 183 : Desenvolver Clandestinamente atividade de telecomunicação.

Pena- detenção de dois a quatro anos, aumentada a metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único: Incorre na mesma pena, quem direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Artigo 184: São efeitos da condenação penal transitada em julgado:

I- tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II- a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.

Parágrafo Único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.”

Ante o exposto, requer a adequação do item 15.13 do Edital, para que expressamente seja vedada a subcontratação de serviço ou atividade fim pela Contratada.

4 - INEXISTÊNCIA DE APLICAÇÃO DA ALTERNATIVIDADE ESTATUÍDA NOS INCISO III DO ART. 29 DA LEI DE LICITAÇÕES

O Item 2, alíneas c.4 e c.5 do Anexo III exige a apresentação da certidão negativa quanto a Dívida Ativa do Estado de Goiás mais a certidão expedida pela Secretaria da Fazenda da unidade da federação onde a licitante tenha sua sede. Não se verifica a alternatividade em relação à sede e ao domicílio.



Ocorre que a referida disposição colide frontalmente com o disposto no artigo 29 da Lei n.º 8.666/93. *In verbis*:

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

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

*II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, **relativo ao domicílio ou sede do licitante**, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;*

*III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal **do domicílio ou sede do licitante**, ou outra equivalente, na forma da lei;*

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)”.

O dispositivo legal é claro ao determinar que os documentos de habilitação devem ser apresentados em relação ao domicílio ou sede da licitante, portanto há uma alternatividade entre um ou outro, podendo a licitante apresentar documentação da sua filial ou da matriz.

Quando o edital estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da matriz e da filial há expressa colisão com o disposto no artigo 29, incisos II e III da Lei n.º 8.666/93. Trata-se do caso em tela, visto que há exigência da certidão de regularidade expedida pela Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e ainda a certidão da Secretaria da Fazenda da sede.

Dessa forma, quando o edital estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da matriz e da filial, para comprovação de regularidade fiscal, há incontestável colisão com o disposto no artigo 29, inciso III, da Lei n.º 8.666/93.

Vale salientar que o **Tribunal de Contas da União**, em decisão de seu Plenário (**Acórdão n. 3.056/2008**), já se posicionou no sentido de que, do ponto de vista tributário, existe diferença entre **matriz** e **filial**, mas **a verificação da regularidade fiscal, para fins licitatórios, fica adstrita ao CNPJ do estabelecimento que participa do certame**. Um trecho da decisão afirma:

“[...]”

9. Conceitua-se matriz aquele estabelecimento chamado sede ou principal que tem a primazia na direção e ao qual estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.

10. Como filial conceitua-se aquele estabelecimento que representa a direção principal, contudo, sem alçada de poder deliberativo e/ou executivo.





A filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo, porque este estabelecimento possui poder de representação ou mandato da matriz; por esta razão, a filial deve adotar a mesma firma ou denominação do estabelecimento principal. Sua criação e extinção somente são realizadas e efetivadas através de alteração contratual ou estatutária, registradas no órgão competente.

11. Deste modo, matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica, fato corroborado, inclusive, pelo art. 10, § 1º, da Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007, in verbis: [...]

12. Conclui-se que o CNPJ específico para a filial decorre somente da obrigatoriedade da citada Instrução Normativa, que impõe à todas as empresas a inscrição do CNPJ de seus estabelecimentos. O número do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ é composto de oito algarismos, separado por uma barra do número de ordem do estabelecimento e, por fim, após o hífen, dois dígitos de controle. Desta maneira, o número do CNPJ da matriz e da filial são iguais até a barra separadora. Em seguida, faz-se a diferenciação entre os estabelecimentos: /0001 é sempre para a matriz; /0002 para a primeira filial; /0003 para a segunda filial e assim por diante. Os demais dígitos são os chamados de dígitos verificadores, específico para cada estabelecimento.

13. **A diferença entre matriz e filial ganha importância quando se refere ao regime tributário, tendo em vista que uma goza de autonomia em relação à outra. Assim sendo, é que se expede uma certidão negativa ou positiva para a matriz e outra para a filial.** Nesse sentido, a título de exemplo, a matriz pode apresentar débito e a filial não, e vice-versa. Deste modo, para fins licitatórios, os documentos de habilitação de licitante devem ser apresentados em nome da **matriz ou da filial**, não sendo permitido apresentar parte em nome da matriz e parte em nome da filial.

14. **Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.**"





Sobre o tema de normas gerais de licitação e contratação, Marçal Justen Filho¹ leciona que os “requisitos de participação em licitação” encontram-se dentro do núcleo de certeza positiva do que seja norma geral, cuja disciplina é imposto à União e de observância obrigatória por todos os entes.

Quanto a exigência de apresentação de documentos diversos dos previstos no art. 29, da Lei n. 8.666/93, o TCU também já teve oportunidade de determinar que o órgão público licitante **“abstenha-se de exigir, como condição para habilitação em licitações, documentação de regularidade fiscal além daquela estabelecida pelo art. 29 da Lei n. 8.666/1993, [...]”** (Decisão n. 792/2002, Plenário).

De maneira mais ampla, referindo-se não só aos documentos de regularidade fiscal, o TCU também se manifestou: “A Constituição Federal, no inciso XXI do art. 37, dispõe que o processo de licitação pública somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Neste sentido, o art. 27 da Lei n. 8.666/1993, determina que, para fins de habilitação, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e a prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Desta forma, **os arts. 28 a 31, na sequência, relacionam todos documentos que poderão ser exigidos para demonstrar a regularidade nas respectivas situações**” (Acórdão n. 1.729/2008, Plenário).

No mesmo sentido em relação ao item 2.1 do Anexo III que determina a apresentação da certidão de regularidade da matriz e da filial, o que fere flagrantemente o artigo 29, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

Dessa forma, a Oi requer a **alteração do** Item 2, alíneas c.4 e c.5 do Anexo III para possibilitem a apresentação da certidão negativa quanto a Dívida Ativa do Estado e as certidões de regularidade fiscal em relação à sede OU ao domicílio, ou seja, alternativamente e não cumulativamente.

No mesmo sentido, requer a exclusão do item 2.1 do Anexo III, pois fere o disposto no artigo 29, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

5 - Da exigência de índices

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13ª Edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 16.





O item do Edital determina como condição de habilitação a comprovação da capacidade econômico-financeira por via da apresentação de Índice de Solvência Geral ≥ 1 .

Não obstante, verifica-se que a exigência insculpida no item em comento afronta flagrantemente o **artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93, que dispõe sobre a alternatividade para cumprimento de tal exigência de qualificação econômica, 'in verbis':**

“art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômica-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.” (grifos nossos)

Com relação à alternatividade da exigência prevista no § 2º, o TCU assim se manifesta:

“De fato, compulsando o § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93, **verifica-se que o dispositivo faz referência a capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo**. A exigência de capital social integralizado extrapola o previsto na Lei, conforme já assentado em deliberações desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 1871/2005, 170/2007 e 113/2009, todos do Plenário.” (grifo nosso) (Acórdão 1533/2011 - Plenário)

É certo que a exigência do § 2º do artigo 37 da Lei de Licitações tem por finalidade impedir o possível fracasso da contratação da licitante vencedora do certame. No entanto, a previsão de alternatividade de comprovação da capacidade econômico-financeira se dá no sentido de que não tornar tal exigência um fator de impedimento de participação na licitação. Ademais, observa-se ainda que tais índices não são os únicos elementos capazes de averiguar a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em acorrer ao certame.

Nesse sentido, **o item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995, prevê que as empresas, quando de suas habilitações em licitações públicas, que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 (um) em qualquer um dos índices seguintes: Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), deverão comprovar, considerados os riscos para administração**



e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, na forma e limites permitidos pela Lei nº 8.666/1993.

Dessa forma, a Contratada não pretende furtar-se da obrigação de comprovação da capacidade econômico-financeira para participação da licitação. O que se almeja aqui é que tal exigência seja feita de acordo com os limites estritamente legais. Frise-se que a forma como tal exigência é feita no Edital é desproporcional e incompatível com a realidade do setor de telecomunicações

Assim, o percentual do índice para aferição da situação financeira das empresas deverá necessariamente ajustar-se a essa realidade, pois não resta a menor dúvida de que a atual exigência não é razoável e não corresponde à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, afinal pretende que as licitantes tenham um grau de Solvência Geral (SG) superior à realidade do mercado dos dias de hoje.

Ademais, o índice em questão não teria o condão de ser determinante na consecução do objeto contratado, ora vê-se que não existe relação entre a capacidade, eficiência e qualidade da empresa em realizar os serviços definidos. Com isso, fortifica-se o argumento de que a sua exigência é desnecessária e desproporcional.

Noutro giro, verifica-se que, por se impossibilitar a alternatividade na comprovação da capacidade econômico-financeira torna o procedimento licitatório desnecessariamente mais formalista, fato que não se coaduna com a celeridade do Pregão. Ademais, o próprio inciso XXI do artigo 37 da CF/88 determina que somente devem ser toleradas "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Dessa forma, pode-se afirmar que a atuação da Administração na fase de habilitação deve ser pautada de forma a não incorrer em rigorismos inúteis e excessivos, que apenas afastam os participantes e restringem a competição do certame, gerando e última análise prejuízos à oferta do melhor preço para a Administração.

De todo o exposto, requer a adequação do Item 3, alínea "b" do Anexo III , de forma que possibilite que a comprovação da qualificação econômico-financeira seja feita pelo Índice de Solvência Geral (SG) ou, **ALTERNATIVAMENTE**, por meio de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do artigo 31, § 2º, da Lei 8666/93 e ao item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995.



6 - OBSCURIDADE NA REDAÇÃO DO ITEM 9.2

A redação do Item 1.5 da Cláusula Primeira da Minuta do Contrato dispõe o seguinte:

“1.5- A CONTRATANTE excepcionalmente poderá aceitar a instalação de link com velocidade inferior às discriminadas, desde que seja devidamente justificada e registrada a falta de viabilidade técnica, com o compromisso de upgrade depois de sanada a deficiência da localidade sem custos adicionais para a CONTRATANTE. “

A leitura do ponto demonstra que o mesmo apresenta obscuridade na medida em que não determina a prestação de um serviço de link que não se coaduna com o objeto do edital, ou seja, a prestação de serviço de telefonia fixa. O artigo 40 da Lei n.º 8.666/93 determina que o edital deve trazer objeto claro e sucinto, senão vejamos:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

.Assim, a contradição e obscuridade presente na comparação entre o objeto do certame e o Item 1.5 da Cláusula Primeira da Minuta do Contrato deve ser sanada, sob pena de colidir frontalmente com o Princípio do Julgamento Objetivo e o Princípio da Legalidade.

Pelo exposto, a licitante requer que o Item 1.5 da Cláusula Primeira da Minuta do Contrato seja redigido de forma clara, a fim de se coadunar com o determinado no artigo 40, inciso III da Lei n.º 8.666/93 e com o objeto do certame, ou seja excluído por incompatibilidade com os serviços licitados.

7 - REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS

O Item 2.16 da Cláusula Segunda e item 8.8 da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato determina que é obrigação da Contratada repassar à Contratante, durante o período de vigência do Contrato, todos os preços e vantagens ofertados ao mercado, sempre que esses forem mais vantajosos do que os apresentados na proposta.

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.

É inequívoco que o fato de tornar obrigatório que todos os preços e vantagens, sejam sempre repassados à Administração, ocasiona o impedimento, por parte da Contratante, de que seja elaborada uma oferta bem planejada, e que melhor atenda aos interesses da Administração Pública.

Tal conclusão se deve à impossibilidade de previsão, ainda que estimada, quanto aos descontos e promoções futuras, que são naturalmente oferecidas aos usuários que não são atendidos a partir de um processo licitatório, bem como, à diferenciação das premissas e condições de prestação do serviço aos diferentes usuários.

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”².

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.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 648.



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.”³

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.

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.”⁴

E não é só: a apresentação de uma proposta comercial a um órgão da Administração Pública, em virtude de procedimento licitatório, condiciona a oferta dos preços às necessidades e interesses da Contratante, conforme o perfil de tráfego e serviços desejados, previstos no ato convocatório. Sendo assim, não se pode afirmar que o oferecimento de descontos e vantagens aos usuários em geral será realizada nas mesmas condições comerciais enquadradas no ajuste a ser firmado em virtude de tal procedimento.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 650.

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





Assim, a prevalecerem os termos da exigência, inviável se mostrará sua execução fiel, motivo pelo qual requer seja excluído ou caso esta contratante não concorde, alterado o Item 2.16 da Cláusula Segunda e item 8.8 da Cláusula Oitava da Minuta do 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 para esta contratante.

8 - REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS

O edital não prevê a possibilidade de pagamento mediante fatura com código de barras.

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.**

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

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

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

Dentre as vantagens para o cliente estão a garantia de baixa automática das faturas no sistema das empresas Oi, em 5 (cinco) dias úteis após o pagamento. Da mesma forma, tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços garantindo a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do Edital à realidade do setor de telecomunicações, requer a 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.



9 – Da exigência de demonstrativo de custos incluindo o lucro

O item 5.11.1 do Edital determina que na apresentação da composição dos preços sejam definidos todos os custos envolvidos, inclusive o lucro.

Não obstante, pode-se afirmar que tal exigência é desnecessária e infringe o direito de privacidade da empresa quanto à garantia constitucional de concorrência insculpido nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal. Isso porque não compete à Administração Pública interferir na estratégia comercial adotada pelo particular. Mais que isso, não pode a Administração Pública expor ao mercado informações estratégicas da empresa, com o fito de promover a licitação.

No que tange ao Princípio da Livre Concorrência, disposto no artigo 170 da Constituição Federal, vale colacionar a lição do ilustre doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

"A menção expressa à livre concorrência significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição. Em segundo lugar, ela importa na igualdade na concorrência, com a exclusão, em consequência, de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros." (grifo nosso)⁵

No mesmo sentido, Celso Barbieri Filho traz que:

"A concorrência é elemento fundamental para o democrático desenvolvimento da estrutura econômica. É ela a pedra de toque das liberdades públicas no setor econômico."⁶ (grifo nosso)

E ainda, Pinto Ferreira expõe que:

"o princípio da livre concorrência tem equivalência filosófica com o princípio da Liberdade de iniciativa; é essencial para o funcionamento do sistema capitalista e da economia de mercado."⁷(grifo nosso)

Como se pode observar, não pode a Administração frustrar a competitividade do certame e ainda colocar em risco o direito à concorrência em nome de disposição editalícia desnecessária. Diz-se assim do disposto no Edital porque tal imposição em nada interfere no procedimento da licitação e na consecução do contrato. Muito menos interfere na formação dos

⁵ Moraes, Alexandre de, Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, São Paulo, Atlas, 2002, p. 1819

⁶ idem

⁷ idem



preços, uma vez que a ANATEL é responsável pela fiscalização dos preços e tarifas referentes aos serviços telefônicos. Nesse sentido, ainda insta deixar claro que as possíveis inconsistências e abusos econômicos serão analisados e sanados pela Agência Reguladora, mantendo tais informações em sigilo, não prejudicando em última análise a concorrência empresarial.

É necessário repisar que as informações exigidas pelo Edital são estritamente confidenciais e influenciam diretamente na estratégia comercial da empresa, podendo causar sérios danos inclusive ao mercado como um todo por ter efeitos diretos sobre a dinâmica da concorrência.

Noutro giro, ao determinar exigência desnecessária, a Administração Pública está, automaticamente, sem nenhuma justificativa, prejudicando-se ao diminuir potenciais licitantes e, portanto, insurgindo-se contra um dos principais princípios que rege a lei das licitações: o *princípio da competitividade, in litteris*:

"§1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio das licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;" [grifamos]

Por fim, verifica-se que tal exigência não atende ao interesse público uma vez que restringe a competição, e por consequência onera, ilegalmente, a contratação pela Administração, gerando em última análise violação aos Princípios da Competitividade e Busca da Proposta Mais Vantajosa.

Por todo o exposto, requer a exclusão da exigência de especificação dos insumos que compõem o preço contratado prevista nos itens 5.11.1 e 5.11.2 do Edital.

10 -DA NECESSIDADE DE ESTIMATIVA PRÉVIA DE PREÇOS

O edital e seus anexos apresentam valores de referência incompatíveis com as atuais condições mercadológicas, no que diz respeito aos serviços de PABX Virtual/NRES e Feixe Digital E1.



A jurisprudência é uníssona quanto a necessidade de que o valor estimado apresentado no edital deve ser baseado em ampla pesquisa de preço do mercado a fim de garantir o Princípio da Vantajosidade, mas também, o Princípio da Competitividade. Ademais, qual o objetivo de realizar um certame em que o preço não equivale ao valor do mercado, com certeza, tal edital não terá a competitividade necessária, bem como, não garantirá a efetividade dos serviços a serem prestados.

Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Contas da União:

Realize ampla pesquisa de preços no mercado, a fim de estimar o custo do objeto a ser adquirido, anexando-a respectivo processo licitatório, de acordo com os arts. 7o, § 2o, II, e 43, IV, da Lei no 8.666/1993. Acórdão 2479/2009 Plenário

Realize pesquisa de mercado com fornecedores suficientes, de forma a possibilitar estimativa correta dos valores a serem contratados e a compatibilidade dos preços propostos com os praticados no mercado, conforme disposto nos arts. 43, inciso IV, e 48, inciso II, da Lei no 8.666/1993. Acórdão 2432/2009 Plenário

Trata-se da observância do disposto no artigo 7.º, parágrafo segundo, inciso II e art. 43, inciso IV da Lei n.º 8.666/93. *In verbis*:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

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

Diante do exposto, requer a suspensão do certame e a realização de pesquisa de preços junto as empresas de telecomunicações do mercado, no caso em tela, especificamente dos serviços de PABX Virtual/NRES e Feixe Digital E1, a fim de garantir os Princípios da Eficiência, da Legalidade, da Vantajosidade para a Administração e o da Competitividade.



9 – Da exigência de isenção de ICMS em Brasília-DF

Conforme descrito no item 6.7 do Termo de Referência, os preços fornecidos nas tabelas de formação de preços (item 4) deverão ser isentos de ICMS. Ora, no âmbito do DF a SECC não é isenta do referido tributo, o que compromete a formação de preços para os lotes 02 e 03.

Especificamente para o lote 03, é prevista uma única tarifa para os Estados de Goiás e Distrito Federal, sendo a impositação distinta para cada um, o que impossibilita a correta formatação da proposta comercial.

Pedido

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

Goiânia - GO, 19 de agosto de 2013.

Ronaldo César Batista de Matos

Representante Legal – Oi S/A