

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS – GO

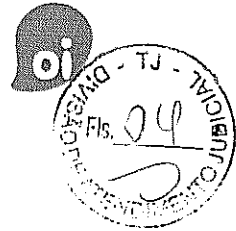
Hr.: 3203000 21/12/2009 14:30:47 - TJGO/DAJ

Ref.: Pregão Presencial nº. 262/2009

BRASIL TELECOM S.A., sociedade anônima constituída e existente de acordo com as leis do Brasil, com sede na cidade de Brasília, Distrito Federal, no SIA/Sul, ASP, Lote D, Bloco B, inscrita no CNPJ sob o n.º 76.535.764/0001-43 ("Oit"), por seu representante legal, vem, tempestivamente, com fulcro no artigo n.º. 18 do Decreto n.º. 5.450/2005 e no Item 9.1 do Edital, oferecer a presente

IMPUGNAÇÃO

ao Edital de Pregão Presencial em referência, consoante razões de fato e direito que passa a expor.



DA TEMPESTIVIDADE

A presente Impugnação tem por objeto apontar alguns dos equívocos contidos no Instrumento convocatório cuja prévia correção se mostra indispensável à formulação de proposta para o certame em apreço.

Conforme previsão expressa no Item 3 do Edital, combinada com a interpretação do item 90 do edital, temos que o prazo decadencial para oferecimento de Impugnação é de DOIS (02) DIAS ÚTEIS ANTERIORES à data fixada para abertura das propostas. A data prevista para a abertura do certame é dia 23/12/2009 às 9:00 horas. Portanto, temos como termo final o dia 21 DE DEZEMBRO DE 2009 (SEGUNDA-FEIRA) para protocolização da presente peça.

Conclui-se, portanto, pela TEMPESTIVIDADE da presente Impugnação.

PRELIMINARMENTE

O Tribunal de Justiça do estado de Goiás - GO instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, sem sua forma Presencial, sob o n.º 262/2009, para a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de enlace de dados entre o Tribunal de Justiça e as unidades desse órgão localizadas nas comarcas de Goiânia, Aparecida de Goiânia, Anapólis e demais comarcas no interior do estado de Goiás, pelo período de 12 (doze) meses, conforme especificações do Edital e seus Anexos.

Na expectativa de participar do certame em referência, a **Oi** lamenta esclarecer que tem seu intento frustrado, o qual seja, participar, competitivamente do certame em referência, **em razão da manutenção das imperfeições postas no instrumento convocatório**, sendo que é justamente contra estas máculas, com o devido respeito, que ora se investe.

Nesse sentido, reiteramos que o Edital possui incorreções que prejudicam a elaboração das propostas, acarretando a necessidade de correção do mesmo e a sua conseqüente republicação, conforme previsto no §4º do artigo 21 da Lei 8.666/93.

Assim, a seguir serão evidenciados, novamente, os itens editalícios que contrariam a legislação vigente, acarretando a necessidade de sua revisão e a conseqüente republicação do instrumento convocatório. Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, a **Oi SOLICITA URGÊNCIA** na análise do mérito desta Impugnação pelo Sr. Pregoeiro, a fim de evitar prejuízos sérios para o erário, o qual certamente será lesado caso o Edital permaneça nos termos atuais. Tal é o que se passa a demonstrar.



DO DIREITO

DA NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM REGIME DE CONSÓRCIO



DOS ASPECTOS REGULATÓRIOS REFERENTES AOS SERVIÇOS DE SCM

Conforme consta do termo de referencia do edital, o Tribunal de Justiça pretende contratar empresa para instalação de links e serviços de internet.

Nesse diapasão é mister colacionar alguns aspectos regulatórios referentes ao Serviço de Comunicação Multimídia.

As autorizações expedidas pela ANATEL para prestação do Serviço de Comunicação Multimídia respeitam a divisão em regiões estabelecidas no Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto n.º 2.534, de 02 de abril de 1998, publicado no Diário Oficial da União em 03 de abril do mesmo ano.

O Plano Geral de Outorgas dividiu o Brasil em três regiões, conforme segue:

REGIÃO	ÁREA GEOGRÁFICA CORRESPONDENTE AO(S) TERRITÓRIO(S)
I	Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima.
II	Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre.
III	São Paulo

Portanto, de acordo com a regulamentação expedida pela ANATEL acerca da prestação do **Serviço de Comunicação Multimídia**, é necessário que as prestadoras do referido serviço detenham autorização emitida por essa agência para a prestação do serviço em determinada Região.

Ocorre, porém, que o município de Cachoeira Dourada encontra-se fora da área de atendimento da presente prestadora.

DA OMISSÃO QUE IMPOSSIBILITA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM REGIME DE CONSÓRCIO

Dessa forma, a única maneira da Brasil Telecom e de muitas outras operadoras de SCM que detêm autorização para prestar esse serviço no estado do Goiás será por meio da formação de consórcio, para atenderem a integralidade do objeto licitado.

Ademais, o artigo 33 da Lei de Licitação¹ vem corroborar a participação de empresas em regime de consórcio ao estabelecer pontos essenciais para a real participação de uma empresa em regime de consórcio. Propiciando uma maior segurança às instituições envolvidas no instrumento licitatório, bem como favorecendo a justa competição.

Logo, resta evidente que a contratação de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) com possibilidade de ampla participação de empresas do setor de telefonia requer, necessariamente, a inclusão de item no edital que possibilite a participação de empresas em regime de consórcio.

NECESSIDADE DE COTAÇÃO DE PREÇOS COM CINCO CASAS DECIMAIS

O Item 42 do Edital determina que os preços cotados deverão conter, no máximo, duas casas decimais.

Nesse diapasão, é mister esclarecer que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, autoriza as empresas prestadoras do Serviço Móvel Pessoal a praticarem seus valores com CINCO casas decimais após a vírgula, homologando os Planos Básicos de Serviços das operadoras em tal formatação.

Desta forma, com a finalidade de adequar o instrumento convocatório às determinações da ANATEL, em respeito, mais uma vez, ao Princípio da Legalidade, requer-se a alteração do Item 5, alínea “d1” do Edital, permitindo a cotação dos preços com cinco casas decimais após a vírgula.

DA EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE GRAU DE PARENTESCO

O Item 50.6, do Edital determina que a licitante deve fornecer declaração no sentido de que não possui empregados que sejam cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento de membros ou juízes vinculados a esse tribunal, com fulcro na Resolução nº 07, alterada pela Resolução nº 09 de 06 de dezembro de 2005 do CNJ.

¹ “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

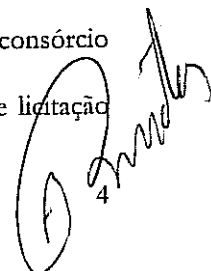
I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação; podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV- impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.”





No entanto, a generalidade da exigência não nos parece razoável. Cabe-nos destacar o contexto da problemática, onde não se mostra razoável a exigência da Resolução.

Estamos diante de uma empresa nacional com cerca de 15.000 empregados. Sendo impossível garantirmos a inexistência de relação parental de todos os 15.000 colaboradores da empresa.

O Princípio da Razoabilidade é decorrente lógico da cláusula do devido processo legal, este previsto na Constituição Federal e do qual resulta a necessidade de observância do valor da justiça, eis que se trata de princípio atrelado às necessidades da coletividade, à legitimidade e à economicidade.

A liberdade na atividade de aplicação do Direito significa atribuição de poder jurídico para escolher a solução mais correta e adequada, em face das circunstâncias, casos em que a atividade do aplicador do Direito será imediatamente informada pelo princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

No entendimento de José dos Santos Carvalho Filho²:

“Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. (...) Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sobre a mera alegação de que não a entendeu razoável. (...) Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais te emprestado ao controle.”

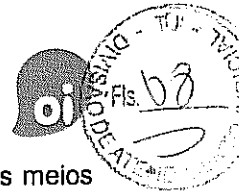
Segundo Marçal Justen Filho³, em matéria de licitações, o princípio da proporcionalidade se traduz na necessidade de equilíbrio na busca de dois fins igualmente relevantes: a realização do princípio da isonomia deve dar-se simultaneamente com a seleção da proposta mais vantajosa e a discricionariedade é mais intensa por ocasião da confecção do ato convocatório e as escolhas da Administração Pública deverão ser norteadas pelo Princípio da Proporcionalidade.

Ainda segundo o autor, também as decisões adotadas ao longo do procedimento licitatório deverão ser norteadas pela proporcionalidade. Toda atividade de julgamento, seja da fase de habilitação, seja das propostas, deverá respeitar os postulados inerentes à proporcionalidade.

Assim, mesmo quando se tratar de ato administrativo inserido na seara da discricionariedade do Administrador Público, mesmo quando não houve transgressão de nenhuma norma, tal atuação deverá

² FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Editora Lúmen Júris. 2003, Rio de Janeiro, páginas 23 e 24.

³ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, páginas 51 e 52.



Indicar os fundamentos de fato e de direito que a sustentam e guardar proporcionalidade entre os meios empregados e os fins desejados.

A respeito da aplicação dos sobreditos princípios no exercício de toda e qualquer função administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que:

“Princípio da razoabilidade

(...) pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada. (...)

Princípio da proporcionalidade

Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se para os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.” (Curso de Direito Administrativo, 14ª ed., Malheiros, p. 91/93).

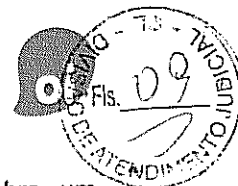
A razoabilidade, em primeiro lugar, se insere dentro do controle da legitimidade do exercício das competências administrativas. Relativamente à aplicação da lei em cada caso, o princípio da razoabilidade é um dos instrumentos normativos de controle de legitimidade da atuação estatal, por exigir que se investigue tal atuação para além da mera conformidade formal dos atos com os parâmetros disciplinadores legais.

Assim, face ao exposto, requer a não aplicação da declaração em referência ao certame.

DO PRAZO PARA PAGAMENTO DAS FATURAS

O item 70 do edital e a cláusula quinta da minuta contratual prevêm que o pagamento das faturas ocorrerá em até 10 (dez) dias úteis, após a entrega do serviço.

Sobre o tema pertinente a lição do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, in verbis:



*"A finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção de seu objeto – uma obra, um serviço, uma alienação, uma locação, uma concessão ou uma permissão – nas melhores condições para o Poder Público. Assim, o objeto da licitação (...) ficar **indefinido** ou **mal-caracterizado**, passará para o contrato com o mesmo vício, dificultando ou, até mesmo, impedindo sua execução; Para que tal não ocorra, para que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público e para que as propostas sejam objetivamente julgadas, o objeto da licitação **deve ser convenientemente definido no edital ou convite.** (...)*

O objeto da licitação deve ser indicado no edital por descrição sucinta e clara, que possibilite aos interessados o perfeito conhecimento do que a Administração deseja contratar. "(in LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO, Malheiros, 12ª Edição, pg 42)".

O professor Marçal Justen Filho ensina que:

*"o edital tem que ser **claro e explícito** acerca de todas as exigências necessárias. Não é admissível transformar a licitação em uma espécie de prova de habilidade, recheada de armadilhas e exigências ocultas. **Não é cabível a simples repetição das expressões legislativas, para que o licitante descubra o que, no caso concreto, a Administração pretende.** Aplicam-se, aqui, os comentários expostos a propósito da questão da 'regularidade fiscal' (art. 29)." (COMENTÁRIOS A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Dialética, 8ª Edição, pg 399).*

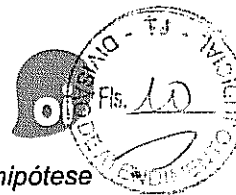
No mesmo sentido, explica o administrativista Jessé Torres Pereira Júnior, que

*"a **definição do objeto não deve servir ao desejo, oculto e eventual, de afastar licitantes, pela exigência de que tal ou qual material ou equipamento, obra ou serviço, preencha especificações descabidas ou desnecessárias, quando a execução seria igualmente viável por materiais ou equipamentos com outras especificações**" (COMENTÁRIOS À LEI DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, Renovar, 5ª Edição, pg 426)*

Ainda, ressalte-se o entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União acerca do tema em questão:

"SÚMULA Nº 177

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."

Ademais, o referido prazo encontra-se em dissonância com os padrões estabelecidos pela ANATEL, conforme prescreve o artigo 44 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, anexo à

Resolução nº. 477, de 7 de agosto de 2007:

"A entrega do documento de cobrança ao Usuário, constituído de demonstrativos e faturas de serviços prestados, deve ocorrer pelo menos 5 (cinco) antes do vencimento".

Diante disso, requer-se a alteração dos itens em referência a fim de que passe a constar o prazo de 05 (cinco) dias para a entrega das faturas.

DA DEFASAGEM DOS VALORES ESTABELECIDOS

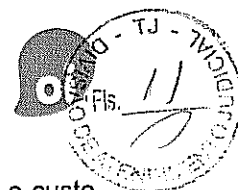
A estimativa de preços apresentada pela Administração Pública deve corresponder a uma contraprestação justa e razoável, de forma a cobrir os custos e permitir que o contratado aufera lucro, porém, os valores estabelecidos no termo de referência do edital estão aquém dos valores atuais de mercado para prestação dos serviços ora licitados.

Esses valores não representam a realidade do mercado e corresponde a um valor muito abaixo do praticado pelas empresas que atuam nesse setor. Logo, sendo um valor insuficiente para cobrir os custos do serviço e em clara desconformidade com os preços usualmente praticados no mercado, esse valor inviabilizará a contratação por preço justo e razoável.

Nesse sentido, a lição de Marçal Justen Filho:

"Ressalte-se que o preço máximo fixado pode ser objeto de questionamento por parte dos licitantes, na medida em que se caracterize como inexecutável. Fixar preço máximo não é a via para a Administração inviabilizar contratação por preço justo. Quando a Administração apurar certo valor como sendo o máximo admissível e produzir redução que tornar inviável a execução do contrato, caracterizar-se-á desvio de poder." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição, 2005, Ed. Dialética, pág. 393). (grifo nosso)

Caso seja mantida a estimativa constante no Edital a contratada arcará com os gastos para prestar o serviço, o que não é permitido, configurando flagrante afronta ao princípio da legalidade e até mesmo da moralidade, pois a contratante, através de sua estimativa, tem como escopo receber um serviço sem a contraprestação justa e razoável pela execução do mesmo.



Essa situação ainda viola o princípio da razoabilidade, pois a presente estimativa não supre nem o custo dos serviços não pode ser considerado razoável.

Impõe-se assim a necessidade de alteração da presente estimativa, de forma a ser previsto um preço justo e razoável, suficiente a cobrir o custo dos serviços e a permitir que o particular aufera lucro, coadunando-se assim à realidade do mercado.

Ante o exposto, requer a modificação dos valores estabelecidos no termo de referência do edital, de sorte a alterar a estimativa de preços deste serviço.

DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ESSENCIAIS

Da leitura do Termo de Referência do Edital, verifica-se que a ausência de informações essenciais acerca dos endereços de instalação dos serviços, de forma a gerar dúvidas às licitantes quanto aos reais custos para a prestação dos serviços, prejudicando a elaboração de uma proposta segura e precisa e, conseqüentemente, a participação neste certame pelas Operadoras interessadas.

Da leitura do Edital, verifica-se que a ausência do Anexo III que estabelecerá o cronograma exigido para a prestação dos serviços.

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

O Decreto n.º. 3.555/00 deixa inequívoca no seu inciso I, artigo 8º, a necessidade da clareza e precisão quanto à definição do objeto a ser licitado:

"Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;"

Ademais, a exigência observada no parágrafo anterior é encontrada também no inciso II do artigo 3º da Lei n.º. 10.520/02, *in verbis*:

"Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções

por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;"

Como salienta Marçal Justen Filho⁴, como o pregão destina-se apenas à contratação de bens e serviços "comuns", é indispensável que o edital estabeleça os requisitos objetivos e padronizados de identificação do objeto.

Cabe ressaltar que a ausência das mencionadas informações contraria o disposto no §4º, artigo 7º, da Lei n.º. 8.666/1993:

"Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

...

§ 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo."

A Lei n.º. 8.666/1993 é transparente ao afirmar a necessidade de descrição do objeto do certame de maneira clara e inquestionável, vejamos:

"Art. 40. O Edital conterà 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;"

Neste contexto, importante analisar os ensinamentos de Marçal Justen Filho⁵ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, respectivamente:

"A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública; tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente a descrição deve ser clara. No caso, 'sucinto'

⁴ FILHO, Marçal Justen. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. Dialética, 4ª Edição, São Paulo – 2006, página 69.

⁵ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8ª Edição. São Paulo: Dialética, 2001, p. 403.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 42.

não é sinônimo de 'obscuro'. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade, nos termos apontados"

"A finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção de seu objeto – uma obra, um serviço, uma alienação, uma locação, uma concessão ou uma permissão – nas melhores condições para o Poder Público. Assim, o objeto da licitação é a própria razão de ser do procedimento seletivo destinado à escolha de quem irá firmar o contrato com a Administração se ficar indefinido ou mal-caracterizado, passará para o contrato com o mesmo vício, dificultando ou, até mesmo, impedindo sua execução;. Para que tal não ocorra, para que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público e para que as propostas sejam objetivamente julgadas, o objeto da licitação deve ser convenientemente definido no edital ou convite. (...)

O objeto da licitação deve ser indicado no edital por descrição sucinta e clara, que possibilite aos interessados o perfeito conhecimento do que a Administração deseja contratar."

Corroborando tal entendimento, o Tribunal de Contas da União no Acórdão 1162/2006 assim determinou:

"ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

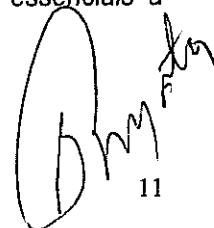
9.1. com fulcro no art. 237, parágrafo único, c/c o art. 235, ambos do Regimento Interno/TCU, e com o § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993, conhecer da presente Representação, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes-Dnit que, no caso de licitações do tipo técnica e preço, adote providências no sentido de:

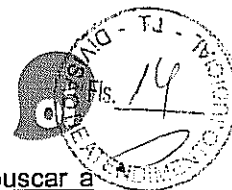
9.2.1. atentar para a descrição clara e suficiente do objeto licitado, com vistas a evitar dúvidas quanto aos serviços a serem contratados e executados, observando fielmente o disposto no art. 30 da Lei nº 8.666/1993, bem como os termos da Súmula nº 177 deste Tribunal;"

A propósito, a referida Súmula n.º. 177 do Tribunal de Contas da União assim estabelece:

"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."



11



Diante dos argumentos já apresentados, vem esta Licitante através da presente Impugnação buscar a alteração do Edital para corrigir as inconformidades ora apontadas, promovendo-se a republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame.

DAS GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O parágrafo único da cláusula quinta da minuta contratual prevê a aplicação de multa de mora calculada sobre a variação da TR na hipótese de atraso no pagamento por parte da Contratante.

A incompletude da previsão destas garantias essenciais à Contratada ofende, veementemente, o disposto nos arts. 40, inciso XIV, "c" e 55, inciso III, ambos da Lei n.º 8.666/93.

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

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

No mesmo sentido, vale ressaltar previsão expressa da Lei de Licitações de que aos contratos administrativos aplicam-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos, conforme revela o seu art. 54, "caput":

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

E mais, o art. 66 do mesmo diploma legal destaca a responsabilidade atribuível a cada parte quando da execução do contrato, *in literis*::

"Art. 66. 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." (grifamos)

Na senda destas razões, pertinente aqui recordar a lição do renomado administrativista Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, *in verbis*:



“O sujeito (inclusive o Estado) tem o dever de cumprir a prestação assumida, no prazo e condições determinadas. Ao infringir esse dever, sujeita-se à obrigação de indenizar a parte inocente por perdas e danos. Entre os danos emergentes encontra-se, no mínimo, a perda do valor da moeda proveniente da inflação. Portanto, se o Estado atrasar o pagamento, deverá pagar com correção monetária.

Os Tribunais não têm hesitado em seguir esse caminho, na vigência do Plano Real. Adota-se, geralmente, a variação do IGP-M da FGV como índice para apuração da correção.” [Dialética, 7ª edição, p.412]

Outrossim, na Decisão n.º 686/99, o Plenário do Tribunal de Contas da União também se manifesta em sentido similar quanto à aplicação de multa contra a Administração Pública, onde são defendidas sanções moratórias impostas à Administração no caso de inadimplência, *in litteris*:

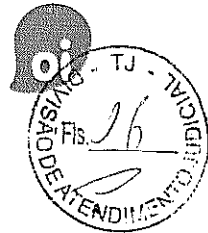
“[...] a cobrança de multa moratória, pelas concessionárias de serviços públicos, sejam elas privadas ou integrantes da Administração Pública, em desfavor dos órgãos e entidades públicas, por atraso no pagamento.

[...] quando a Administração age na qualidade de usuária de serviço público, em uma relação de consumo, a eventual multa moratória decorrente de atraso no pagamento tem natureza contratual, prescindindo de previsão legal, porquanto, nessas condições, a Administração figura como parte de um contrato da natureza privada e, como tal, despida dos privilégios que caracterizam os contratos administrativos.” [Decisão n.º 686/99, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin. D.O.U. de 08.11.1999, pg. 35-38]

Resta evidente, assim, que o Edital merece reparo neste aspecto, a fim de que sejam estabelecidos expressamente os ônus legalmente devidos à Administração em casos de inadimplência e de mora em relação ao cumprimento de suas obrigações.

Acrescente-se ainda que de acordo com o Parecer da Advocacia Geral da União n.º GQ-170, devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em 13 de outubro de 1998, resta cristalina a legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.

Acrescente-se ainda que, de acordo com o Parecer da Advocacia Geral da União n.º GQ-170, devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em 13 de outubro de 1998, resta cristalina a legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.



Nesse passo, entendemos que deveria constar da futura minuta do contrato o seguinte:

“O não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento, sujeitará o Contratante, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, às seguintes sanções:

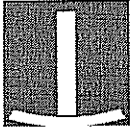
- a) Multa moratória de 2 % (dois por cento);*
- b) Juros de 1% ao mês; e*
- c) atualização monetária, calculada pelo IGP-DI”*

DO PEDIDO

Com o objetivo de que seja garantido o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a Oi solicita que V. S^a**. julgue a presente Impugnação motivadamente e no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias no Edital e demais documentos indigitados, e sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Goiânia - GO, 21 de dezembro de 2009.


BRASIL TELECOM S.A.



IMPUGNAÇÃO

Protocolos n° 3203000/09

Referência: Pregão n° 262/09 (processo n° 3136825)

Impugnantes: BRASIL TELECOM S.A.

1. DOS FATOS:

Trata-se de análise da impugnação interposta tempestivamente pela **BRASIL TELECOM S.A.**, constante dos autos do processo licitatório, alusivo à Licitação n° 262/09, na modalidade Pregão Presencial, destinada à contratação de empresa especializada em execução de serviço de enlace de dados.

2. DAS RAZÕES DA IMPUGNANTE:

Em síntese, alega a impugnante que:

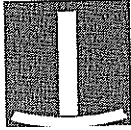
a) deverá ser permitida a participação de empresas em regime de consórcio de modo a viabilizar a participação da impugnante e de diversas outras licitantes no certame em questão, dado que, somente dessa forma, as licitantes poderão atender a integralidade do objeto licitado.

b) a exigência do item 42 do edital deverá ser alterada, vez que, em se tratando de empresas prestadoras do Serviço Móvel Pessoal, a ANATEL autoriza a prática de valores com cinco casas decimais após a vírgula.

c) a exigência contida no item 50.6 do ato convocatório é desarrazoada, vez que *"estamos diante de uma empresa nacional com cerca de 15.000 empregados. Sendo impossível garantirmos a inexistência de relação parental de todos os 15.000 colaboradores da empresa"*.

d) o item 70 do edital deve ser alterado, de modo que *"passe a constar o prazo de 05 (cinco) dias para a entrega das faturas"*.

e) os valores estimados pela Administração não representam a realidade do mercado e correspondem a um valor muito abaixo do praticado pelas empresas que atuam no setor de telecomunicações.



f) o objeto a ser licitado não se encontra devidamente especificado, principalmente no que toca à indicação dos endereços para a instalação dos serviços, o que prejudica a elaboração da proposta de preços.

g) é ilegal a suposta previsão do Edital no sentido de proibir qualquer reajuste contratual durante a vigência do contrato, segundo a Impugnante, inclusive após 12 (doze) meses, no caso de prorrogação. Tal disposição contrariaria o disposto no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93, vez que atentaria contra a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

3. DA ANÁLISE

3.1. DA PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS EM REGIME DE CONSÓRCIO

Nos termos do art. 33 da Lei nº 8.666/93, para viabilizar a participação de empresas em consórcio em licitações públicas é imprescindível literal previsão no ato convocatório.

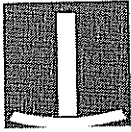
A autorização para a participação de consórcio reveste-se de natureza discricionária, cabendo à Administração, em vista das peculiaridades do certame, decidir acerca da matéria. Ora, são as características do certame que impõem a participação via consórcio.

No caso em tela, as alegações da impugnante concernentes à restrição de autorização por parte da ANATEL para prestação do Serviço de Comunicação Multimídia são insuficientes para subsidiar a afirmação de que, ao vedar a participação de consórcios no Pregão nº 262/09, estar-se-ia reduzindo drasticamente a competitividade.

Registre-se que a autorização conferida pela ANATEL, nos moldes preconizados pelo Decreto nº 2.534/98, não possui o caráter de *exclusividade*, podendo diversas empresas, *concomitantemente*, explorarem tais serviços em uma mesma região. Portanto, não há qualquer prejuízo à competitividade do certame.

3.2. DA APRESENTAÇÃO DOS VALORES EM ATÉ DUAS CASAS DECIMAIS

Não merece prosperar a alegação da impugnante nesse ponto tendo em vista o princípio da legalidade sobejamente mencionado na peça de impugnação. Deve a Administração pautar suas ações com base nos dispositivos legais, não podendo contrariá-los. *In casu*, temos que nos termos do art. 5º da Lei nº 8.666/93, "*todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional*".



Dessa forma, a disposição contida no item 42 está em pleno atendimento ao ditames legais concernentes aos procedimentos licitatórios. Ademais, a existência de ressalva em relação ao fracionamento da unidade monetária consubstanciada no art. 1º, §5º, da Lei nº 9.069/95, deve ser interpretada de forma restrita. Consoante o referido dispositivo, só se admitirá tal fracionamento em casos determinados, quais sejam, "*nos mercados de valores mobiliários e de títulos da dívida pública, na cotação de moedas estrangeiras, na Unidade Fiscal de Referência - UFIR e na determinação da expressão monetária de outros valores que necessitem da avaliação de grandezas inferiores ao centavo*".

Anote-se que a situação relativa à presente contratação não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais acima referenciadas, não havendo qualquer outra disposição *legal* que preveja tal possibilidade no que toca ao serviços ora licitados.

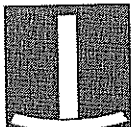
Ademais, tais ressalvas deverão ser previstas mediante *lei em sentido estrito* (ato normativo primário) cuja competência é privativa da União, nos termos do art. 22, VI, da Constituição da República. Nesse sentido, uma mera *resolução* da ANATEL (ato normativo secundário) – norma de caráter suprallegal – não possui o condão de excepcionar a previsão contida na Lei nº 9.069/95. De todo modo, a impugnante, diga-se de passagem, nem sequer indicou especificamente qual a suposta resolução da ANATEL que trata sobre o tema.

3.3. DA NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO PREVISTA NO ITEM 50.6 DO EDITAL Nº 262/09

A exigência da declaração prevista no item 50.6 é de observância obrigatória por parte do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás no âmbito de sua atuação administrativa.

No caso, o documento é previsto pelo art. 3º da Resolução nº 07 do Conselho Nacional de Justiça, órgão que, nos termos do art. 103-B, §4º, da Constituição Federal, possui a competência de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em sede da ADC nº 12, teve a oportunidade de examinar a constitucionalidade da referida resolução, reputando-a compatível com a Constituição e atribuindo-lhe o status de ato normativo primário, tanto que sujeita ao controle abstrato de constitucionalidade.



"O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil - AMB - para declarar a constitucionalidade da Resolução n. 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - que veda o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito do Poder Judiciário -, e emprestar interpretação conforme a Constituição a fim de deduzir a função de chefia do substantivo 'direção', constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º da aludida norma (...). No mérito, entendeu-se que a Resolução n. 7/2005 está em sintonia com os princípios constantes do art. 37, em especial os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, que são dotados de eficácia imediata, não havendo que se falar em ofensa à liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, visto que as restrições por ela impostas são as mesmas previstas na CF, as quais, extraídas dos citados princípios, vedam a prática do nepotismo. Afirmou-se, também, não estar a resolução examinada a violar nem o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo, limitando-se a exercer as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas."
(ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 20-8-08, Informativo 516)

Em sendo assim, por gozar de caráter cogente, para os órgãos do Poder Judiciário, as resoluções elaboradas pelo CNJ têm observância obrigatória, motivo pelo qual o TJ/GO não poderá abrir mão da exigência contida no item 50.6 do Edital nº 262/09.

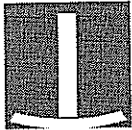
3.4. DO PRAZO DE PAGAMENTO PREVISTO NO ITEM 70 DO EDITAL Nº 262/09

Partindo de uma adequada interpretação do item 70 do Edital nº 262/09, depreende-se que o dispositivo impugnado não menciona prazo de entrega de fatura, a bem da verdade, informa que a Administração, no sentido de preservação do erário público, necessita de até 10 (dez) dias úteis para proceder o ateste das faturas para efetivo pagamento dos serviços prestados.

3.5. DA ESTIMATIVA DE VALORES

Consoante informação da Diretoria de Informática do TJ/GO, "*os valores estimados foram estabelecidos através de cotações junto ao mercado e a outros órgãos, inclusive junto à impugnante através de seus consultores, que utilizam essa mesma modalidade de serviço. Assim sendo, os valores correspondem ao praticado no mercado*".

De todo modo, as alegações da impugnante só possuem o condão de infirmar a estimativa da Administração desde que acompanhadas de comprovação cabal da defasagem dos preços ora consignados em edital.



3.6. DA SUPOSTA DEFICIÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO

A afirmação da impugnante quanto à suposta deficiência da identificação das localidades de instalação dos *links* necessários à consecução do serviço é flagrantemente improcedente, dado que os locais de instalação encontram-se expressamente indicados no Anexo I do Edital nº 262/09, especificamente no item v do Termo de Referência.

3.7. DA ESTIPULAÇÃO DE MULTA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO

Inicialmente, para a análise da questão, há que se ponderar sobre o regime jurídico dos contratos envolvendo a Administração Pública. É patente que o simples fato de a Administração Pública figurar como parte em um contrato faz com que este migre automaticamente para o campo do direito público.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹ preleciona que a Administração Pública, quando procede, em suas relações jurídicas com o particular, de comum acordo com este, estabelece contratos, que podem ser: a) contratos de direito privado da administração; ou b) 'contratos administrativos', diferindo ambos quanto à disciplina do vínculo, já que, enquanto os contratos de direito privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas de direito privado – ressalvadas as condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo direito administrativo –, os contratos administrativos sujeitam-se às regras e princípios estabelecidos no direito público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Dentre as peculiaridades do contrato administrativo, leciona o mestre ora buscado em auxílio, destaca-se a possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, seja alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, seja mesmo extinguindo unilateralmente esse vínculo, constituindo ambas as formas de instabilização um direito da Administração, ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte. Se a possibilidade aqui retratada não se verificar na avença, não se pode dizer que se esteja diante de um contrato administrativo.

No entanto, pode a Administração Pública firmar contratos regidos predominantemente por normas de direito público e contratos nos quais predominam as regras de direito privado, ressalvadas, como assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo direito administrativo. De fato, não importa o nome que se dê a este segundo tipo, contrato privado, contrato semipúblico ou contrato administrativo de figuração privada, é ele caracterizado pela prevalência de normas de direito privado.

¹ in 'Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 377/378.



Quanto ao objeto do contrato referente à Licitação nº 262/09, há que se avaliar a natureza da prestação de serviços em questão.

Conforme análise anterior, percebemos que as características dos contratos firmados entre a Administração e o particular serão reflexo das particularidades do modo de prestação do serviço. Sabe-se que em alguns casos, pela natureza do serviço, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceita as normas impostas pelo prestador, ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciadas suas reivindicações. Trata-se do contrato de adesão, que segundo o art. 54 da Lei n.º 8.078/90, "*é aquela cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*".

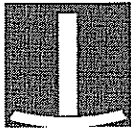
Exemplifica-se tal caso através dos contratos firmados entre a Administração e as concessionárias de serviços públicos, como o fornecimento de energia elétrica. Nesse caso específico não age a Administração com prerrogativas típicas de Poder Público, diferentemente do que ocorre na relação jurídica existente entre o poder concedente e a concessionária de energia elétrica. Portanto, nessa situação dever-se-ia aplicar predominantemente as normas de direito privado.

Ora, essa foi a situação analisada pelo TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO na oportunidade da Decisão nº686/99, publicada no D.O.U de 08/11/1999, na qual as Impugnantes basearam-se para lastrear sua sustentação quanto à necessidade de previsão de multas a serem aplicadas à Administração no caso de atraso no pagamento das faturas. Veja-se que a situação analisada na referida decisão não apresenta as mesmas características dos serviços licitados através do Pregão nº 262/09.

Todavia, a natureza dos serviços ora contratados não apresenta característica de serviço público essencial e, dessa forma, a relação contratual entre o fornecedor desse serviço e a Administração não poderia ser caracterizada como de adesão.

Assim sendo, permanece a relação contratual sob o regime jurídico de direito público, reconhecendo-se as prerrogativas da Administração e afastando-se a situação de igualdade entre as partes consubstanciada no direito privado.

In suma, reconhecendo-se a não aplicação da Decisão nº686 do TCU no caso em tela, conclui-se não serem aplicáveis as disposições provenientes do direito privado relativas à imputação de multa e juros moratórios à Administração.



tribunal
de justiça
do estado de goiás

PODER JUDICIÁRIO
Diretoria-Geral
Comissão Permanente de Licitação

4. CONCLUSÃO:

Ante o exposto, conheço a impugnação interposta por considerá-la tempestiva e, **pelas razões acima apontadas, pugno pela improcedência dos argumentos ora levantados**, mantendo-se a data de realização da sessão pública do pregão ora designada no Edital nº 262/09.

Goiânia, 22 de dezembro de 2009.


VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM
Pregoeiro