



AO

ILMO. SR. PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2023

CLARO S.A., sociedade por ações, localizada na Rua Henri Dunant, nº 780, Torres A e B, Bairro Santo Amaro, CEP 04.709-110, na Cidade e Estado de São Paulo, inscrita no **CNPJ sob o nº 40.432.544/0001-47**, de NIRE/JUCESP de nº 35.300.145.801, doravante denominada simplesmente **CLARO**, por seu representante infra-assinado, vem, respeitosamente, com fundamento no Decreto nº 10.024/2019, que regulamentou o pregão eletrônico, e na Lei nº 10.520/02, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao **PREGÃO** em referência, em razão de inconformidades constantes daquele instrumento convocatório, conforme exposto nas anexas razões de impugnação.

I. **DA TEMPESTIVIDADE**

Conforme o ditame inserto no artigo 24, do Decreto nº 10.024/19, o prazo para impugnação ao Edital é de até 03 (três) dias úteis da data fixada para o certame, *in verbis*:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.** (grifo nosso).

Dessa forma, utilizando o critério estabelecido no artigo 24, conclui-se que a data fixada para abertura da sessão pública, conforme preâmbulo do Edital é o dia **30/01/2023**, que deve ser excluído do cômputo (art. 110, da Lei nº 8666/93), considerando-se como **primeiro dia útil sendo 27/01/2023, segundo dia útil sendo 26/01/2023** e como **terceiro dia útil sendo 25/01/2023**.

Portanto, as impugnações apresentadas até o dia **25/01/2023** são tempestivas, como é o caso da presente.



Assim é o entendimento do egrégio **Tribunal de Contas da União – TCU**, conforme corrobora o **Acórdão n.º 1/2007 - Plenário**, conforme transcrevemos abaixo *in verbis*:

“ ...

4. Na primeira instrução destes autos (fls. 162/163), a Secex/SE, em exame perfunctório, **analisou apenas uma das irregularidades** apontadas pela empresa Nordeste Segurança e Transporte de Valores Sergipe Ltda., **qual seja, a negativa de exame, pela Gilic/SA, de impugnação apresentada pela representante, sob alegação de intempestividade** (fls. 146/147).

5. **No entendimento da Secex/SE, não teria ocorrido inobservância, por parte da representante, do art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, pois a interposição da impugnação foi feita em 22/11/2005 (fls. 135/143), ou seja, dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, ocorrida em 24/11/2005, nos termos do mencionado dispositivo legal.**

6. **Em vista dessa irregularidade cometida** pela Gilic/SA, a Secex/SE entendeu **estarem presentes os requisitos necessários à concessão de medida cautelar para que a Caixa sustasse qualquer procedimento que visasse à contratação decorrente do Pregão Eletrônico nº 019/7029-2005.**” (grifo nosso)

Diante do exposto e de acordo com o entendimento do egrégio Tribunal de Contas da União – TCU, não acatar a presente impugnação sob o argumento da intempestividade seria condenar o presente certame ao fracasso, pois com certeza aquele Tribunal concederia medida cautelar sustando o prosseguimento deste certame.

II. **RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO**

Por meio do PREGÃO em referência, o **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO** divulgou o seu interesse na contratação de empresa especializada para prestação de Serviços de Telecomunicações conforme descrição do objeto da licitação:

1.1. O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de Serviço Telefônico Móvel com ligações telefônicas ilimitadas de móvel para fixo e de móvel para móvel, locais e de longa distância Nacional (LDN) para qualquer localidade do Brasil, para qualquer operadora de telefonia fixa ou móvel, perfazendo um total de 42 (quarenta e duas) linhas móveis, sendo 16 (dezesesseis) linhas com DDD 85 e 26 (vinte e seis) linhas com DDD 88, conforme localidades descritas no item 3 desse Termo. Para tanto, será contratada empresa especializada para prestação de Serviço Móvel Pessoal – SMP, que possua outorga da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) com acessos para comunicação de voz, com tecnologias 3G, 4G e 5G, na modalidade pós-pago, via rede móvel disponível nacionalmente e com habilitação e fornecimento de aparelhos telefônicos celulares compatíveis com a quantidade de linhas e serviços contratados, em regime de comodato não incluindo a parte de dados, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.



Uma vez conhecido dito Edital, nele foram verificadas inconformidades.

Assim, e considerando a natureza das ilegalidades a seguir descritas, é certo que o **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO**, por meio do seu Pregoeiro, tem o incontestável poder-dever de revisão ou alteração o procedimento licitatório em questão, em razão das inconformidades neste constatadas, e, por via de consequência, determinar sua correção, sob pena de sua ulterior anulação, nos termos do artigo 49 da Lei de Licitação.

As irregularidades ora verificadas serão, pontualmente, examinadas a seguir, sendo certo que sua natureza insanável impõe a revisão ou alteração imediata do referido Edital, para sua adequação às diretrizes legais, já que todo licitante tem direito de participar de licitação elaborada em conformidade com as diretrizes legais, que pugne pela observância dos princípios consignados no artigo 3º da Lei n. 8.666/93, princípios estes que lhe serve de sustentáculo, além de representar seu fundamento jurídico.

1 - DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO

4.2.1. proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente;

Em relação às exigências grifadas no item acima, gostaríamos de tecer os seguintes esclarecimentos:

A aplicação da penalidade de **suspensão** é exclusivamente no âmbito de determinado Órgão, mesmo porque a penalidade está amparada no artigo 87 inciso III da Lei 8.666/93. Diferente da declaração de inidoneidade, a suspensão é aplicada a Administração e não à Administração Pública, como se percebe no dispositivo abaixo transcrito:

LEI 8.666/93

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja



promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior..”

Corroborar, ainda, no mesmo entendimento Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018, que estabelece regras de funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf, no âmbito do Poder Executivo Federal:

Art. 34. São sanções passíveis de registro no Sicaf, além de outras que a lei possa prever:

I - advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o inciso I, do art. 83 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o art. 86 e o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o inciso II do art. 83 da Lei nº 13.303, de 2016;

III - suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o inciso III do art. 83 da Lei nº 13.303, de 2016;

IV - declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III do caput impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

§ 2º A aplicação da sanção prevista no inciso IV do caput impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (grifamos)

Saliente-se que esse é o entendimento do recentíssimo do Plenário do Tribunal de Contas da União nos acórdãos nº 3.243/2012 (TC 013.294/2011-3); e nº 842/2013 (TC 006.675/2013-1):

ACÓRDÃO Nº 3243/2012 – TCU – Plenário

*“9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Cambé/PR que nas contratações efetuadas com recursos federais observe que **a sanção prevista no inciso III do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante.**” (grifo nosso)*

ACÓRDÃO Nº 842/2013 – TCU – Plenário

*“4. Não é demais lembrar que a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que **a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)**. Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal.*

5. Analisadas as razões de justificativas apresentadas pela Seção Judiciária do



Rio de Janeiro da Justiça Federal, restou esclarecido que em que pese o edital em tela não explicitar que o termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, do edital referir-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, os esclarecimentos prestados mostram que o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte.

(...)

9.3. recomendar, nos termos do artigo 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal;” (grifo nosso)

Sendo assim, ante ao apontado acima, entendemos que o item ora questionado deve ser revisto, para que conste como impedimento de licitar apenas a **suspensão** com o **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO**, seguindo assim os devidos dispositivos legais, já assentados na Doutrina e Jurisprudência majoritária.

Fato é que o Artigo 87 da Lei 8.666/93 – dispositivo legal no qual encontram fundamento as vedações previstas no Edital – merece destaque ao estabelecer uma escala gradativa de gravidade das penalidades. Isso permite ao administrador a possibilidade de o fato punível ser apenado adequadamente. Tal escala, revestida de razoabilidade e proporcionalidade, parte da sanção de Advertência, passa pela sanção pecuniária, abarca a possibilidade de suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar tão somente com a Administração que aplicou a sanção, em seu inciso III (é este o caso em discussão), culminando com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública em sua totalidade.

Acerca da extensão dos efeitos da aplicação da penalidade prevista no Art. 87, III da Lei 8.666/93 – *sanção de suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar com determinado Órgão da Administração* –, extensão esta que se discute quanto à interpretação apresentada por este i. Pregoeiro, tem-se a destacar o que nos ensina a melhor doutrina administrativista, que trazemos à colação para melhor elucidação da avença:

- O Exmo. Desembargador do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor Jessé Pereira Junior leciona que:

Compreende-se a diversidade de alcance em sistema que institui penalidades em gradação, da mais leve (advertência) à mais severa (declaração de inidoneidade).



Os efeitos da suspensão são restritos ao local que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; os efeitos da inidoneidade, a mais gravosa das penalidades administrativas previstas na Lei nº 8.666/93, são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar.” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé 2009. p. 861). (grifo nosso)

• O festejado Professor e Conselheiro do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Antônio Roque Citadini, nos ensina que:

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública é a mais grave que pode ser imposta com amplitude a todos os órgãos da Administração, não ficando, **como no caso da suspensão temporária, restrita ao órgão onde ocorreu a irregularidade**. (CITADINI, 1999. p. 483). (grifo nosso)

• Este também é o entendimento destacado na obra do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles:

A suspensão provisória pode restringir-se ao órgão que a decretou ou referir-se a uma licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou; o mesmo ocorre em relação à inidoneidade, que só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois que, sendo uma restrição a direito, não se estende a outras Administrações. Assim, a declaração de inidoneidade feita pela União, pelo Estado ou pelo Município só impede as contratações com as entidades e órgão de cada uma dessas entidades estatais, e se declarada por repartições inferiores só atua no seu âmbito e no de seus órgãos subordinados. (MEIRELLES, 2010. p. 337). (grifo nosso)

• E para esgotar o entendimento da melhor doutrina administrativista dominante acerca do tema, trazemos à colação o que leciona o i. Prof. Carlos Ari Sunfeld, senão vejamos:

Silente a lei quanto à abrangência das sanções, deve-se interpretá-la restritiva, não ampliativamente, donde a necessidade de aceitar, como correta, a interpretação segundo a qual **o impedimento de licitar só existe em relação à esfera administrativa que tenha imposto a sanção**. Adotar posição oposta significaria obrigar alguém a deixar de fazer algo sem lei específica que o determine, em confronto com o princípio da legalidade, o qual, especificamente em matéria sancionatória, deve ser entendido como da estrita legalidade. (SUNDFELD, 2006. p. 239). (grifo nosso)

Ainda neste diapasão, cumpre trazer à baila o posicionamento sempre firme e concreto do E. Tribunal de Contas da União, corroborando o posicionamento exarado acima:

9.3.2. Abstenha-se de restringir, em seus certames, a participação de empresas em desfavor das quais tenha sido aplicada, por outros órgãos ou entidades, a pena de



suspensão temporária prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993; (TCU – Acórdão 2.617/10 – Segunda Câmara)

A previsão contida em edital de concorrência no sentido de que o impedimento de participar de certame em razão de sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 limita-se às empresas apenadas pela entidade que realiza o certame autoriza a classificação de proposta de empresa apenada por outro ente da Administração Pública Federal com sanção do citado comando normativo, em face da inexistência de entendimento ampliativo por esta Corte sobre a matéria. Representação apresentada pela empresa RCM Engenharia e Projetos Ltda. apontou supostas irregularidades em concorrências conduzidas pela Universidade Federal do Acre – UFAC, que têm por objeto a construção de prédios nos campus da UFAC (Concorrências 13, 14 e 15/2011). A autora da representação considerou ilícita sua desclassificação desses três certames em razão de, com suporte comando contido no art. 87, III, da Lei 8.666/1993, ter sido anteriormente suspensa do direito de licitar e contratar pelo Tribunal de Justiça do Acre TJAC. Em sua peça, observou que os editais das citadas concorrências continham cláusulas que foram assim lavradas: “2.2 Não poderão participar desta Concorrência: (...) 2.2.2 **as empresas suspensas de contratar com a Universidade Federal do Acre;** e 2.2.3 as empresas que foram declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos da punição”. O diretor e o secretário entendem que deve prevalecer “a interpretação restritiva” contida nos editais da UFAC e que a pena aplicada pelo TJAC não deve afetar as licitações promovidas por aquela Universidade. **O relator inicia sua análise com o registro de que a matéria sob exame ainda não se encontra pacificada neste Tribunal. Ressalta, no entanto, que tal matéria, “ao que parece”, estaria pacificada no âmbito do Judiciário, no sentido de que os efeitos da decisão de dado ente deveriam ser restringidos àquele Órgão da Administração que aplicou a sanção. Informa também, que “a doutrina tende à tese que admite a restrição dos efeitos da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993”**, e transcreve trecho de ensinamentos de autor renomado, nesse sentido. Ao final, tendo em vista a referida ausência de entendimento uniforme sobre a matéria no âmbito desta Corte, conclui: “a preservação do que foi inicialmente publicado me parece a melhor solução, ante o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no **caput** do art. 41 da Lei 8.666/1993”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) julgar procedente a Representação; b) determinar à UFAC que: “adote as medidas necessárias para anular a decisão que desclassificou a proposta de preços da empresa RCM Engenharia e Projetos Ltda., no âmbito das Concorrências 13, 14 e 15/2011, aproveitando-se os atos até então praticados”. Precedente mencionado: Acórdão nº 2.218/2011 - Plenário. **Acórdão n.º 902/2012-Plenário, TC 000.479/2012-8, rel. Min. José Jorge, 18.4.2012.**

No que se refere ao subitem 2.2 do edital, divergem os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público. A solução da divergência reside em saber se a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 - suspensão temporária de participação em licitação - abrange tão-somente o órgão que a aplicou ou, por outro lado, se é extensível a toda a Administração Pública.

3. Sobre o tema, compartilho da opinião da SECEX de que a sanção de que se trata está adstrita ao órgão que a aplicou, pelas seguintes razões.

3.1. O art. 87 da Lei nº 8.666/93 estabelece em seus quatro incisos, dispostos em uma escala gradativa, as sanções que pode a Administração aplicar ao contratado pela inexecução total ou parcial do contrato. O inciso III prevê a 'suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos'. Já o inciso IV possibilita a



aplicação de sanção ainda mais grave, qual seja: a 'declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade'.
3.2. **De imediato, observa-se que o legislador faz distinção entre Administração e Administração Pública quando se refere à abrangência das respectivas sanções. Desta forma, segundo os referidos dispositivos, o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está adstrito à Administração, assim entendida, pela definição constante do inciso XII do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o 'órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente'. Por outro lado, a declaração de inidoneidade, por ser de natureza mais grave, estende-se a toda a Administração Pública, definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 6º, inciso XI). Caso desejasse que a punição de suspensão temporária do direito de licitar fosse estendida a toda a Administração Pública, certamente o legislador teria expressamente a ela se referido no texto legal. Como não o fez, e tratando-se de matéria de natureza penal (em sentido amplo), deve-se interpretar o comando normativo de forma restritiva. Desse modo, Administração, conforme definido no art. 6º, inciso XII, da Lei nº 8.666/93, **deve ser entendida como sendo apenas o órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade, sob pena de, em se ampliando esse conceito, criar-se hipótese não prevista na lei.****

(...)

E aqui reside justamente o eixo do argumento: **entendêssemos nós que a suspensão e a inidoneidade, ambas, têm o mesmo âmbito de consequências, e chegaríamos ao absurdo de tornar as duas penalidades indiferenciadas.** Sim, porque ambas possuem uma consequência comum: impedem que o apenado participe de licitação ou firme contrato administrativo. **Se desconsiderarmos as diferenças de extensão que ora sustentamos, perderia o sentido existirem duas penalidades distintas. Afinal ambas teriam a mesma finalidade e a mesma consequência e o mesmo âmbito de abrangência.** (DECISÃO Nº 352/98 - TCU – Plenário) (grifos nossos)

Diante do entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da extensão da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, inteligência do Art. 87 da Lei 8.666/93, a revisão do entendimento apresentado pelo Edital revestir-se-á de razoabilidade e homenageará a ampla competitividade com a obtenção de preços mais vantajosos para esta r. Administração.

Pelo exposto, faz a presente impugnação, para que o item 4.2.1 do edital seja adequando as normas do ordenamento jurídico brasileiro e declare como impedimento de licitar apenas aquelas empresas que tenham sido suspensas na esfera do TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO.



2 - DO PRAZO MUITO CURTO DE ENTREGA DOS APARELHOS

Da minuta contratual:

4.1 - A vigência do contrato inicia-se com a sua assinatura, mas o início da disponibilização dos serviços telefônicos se dará em 01/03/2023. Todavia a Contratada deverá entregar, com antecedência de pelo menos 15 (quinze) dias da disponibilização dos serviços telefônicos, os 42 (quarenta dois) aparelhos e chips a fim de que tenhamos condições de distribuí-los, antes do dia 01/03/2023, nas 14 (quatorze) localidades onde os telefones serão utilizados.

Compete esclarecermos que o presente item foge da normalidade e do usual no mercado de telecomunicação, pois o mais comum e razoável é um prazo de entrega dos aparelhos de ao menos 30 (trinta) dias.

Sendo assim, prazo tão desproporcional e incomum causa enorme transtorno as operadoras, pois logisticamente e administrativamente nem sempre será possível atender prazo tão diminuto, desta forma seria mais legal e razoável a retificação de tal item.

Observe que tão penosa exigência viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, senão vejamos:

Segundo a primeira diretriz “a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida¹”.

Já no que tange ao princípio da proporcionalidade, tem-se a premissa de que é necessário “coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas. (...) **Visa-se, com isso, a adequação entre os meios e os fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.** (grifos nossos)

¹ Giovana Harue Jojima Tavarnaro , in “Princípios do Processo Administrativo”, retirado do site <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=104&rv=Direito>, acessado em 21.09.07



Pelo exposto, é medida de razoabilidade e legitimidade que se retifique o presente item de forma que atenda aos parâmetros do mercado nacional e o bom senso.

3 - DO FORNECIMENTO DE ACESSÓRIOS QUE DEIXARAM DE FAZER PARTE DOS KITS DOS FABRICANTES DA APPLE E SAMSUNG

3.3 Os 42 (quarenta e dois) aparelhos telefônicos a serem fornecidos em comodato devem ser compatíveis com o plano contratado e cada aparelho deve ser entregues com os seguintes acessórios originais: bateria, carregador completo com fonte de alimentação bi-volt automática, manual de instrução em português e *chip*.

É sabido que muitos fabricantes de aparelhos, como por exemplo, a Apple e a Samsung anunciaram que os carregadores e fones de ouvido não virão mais na caixa de seus celulares - o único acessório no pacote é um cabo USB. A medida, segundo as empresas, está relacionada com os seus objetivos ambientais.

Portanto, a exigência desses acessórios (carregador e fone de ouvido) em conjunto com os aparelhos celulares, comprometem a competitividade do certame e viola a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Sobre o tema observe os comentários do Professor Marçal JUSTEN FILHO, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª edição, Ed. Dialética, onde destaca o princípio da competitividade ou oposição, indicando a necessidade de serem as cláusulas editalícias singelas e compatíveis com o objeto da licitação, com fins a se proporcionar à disputa entre interessados, visando o atendimento da finalidade primordial de todo procedimento licitatório, **que é a obtenção da proposta mais vantajosa**.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de resto, consagrou seu entendimento no seguinte sentido:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.

1 - As regras do edital de licitação de devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa (...).

4 - Segurança concedida. (Mandado de Segurança n. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/08/1998, g.n.).”



“A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houverem, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negações, para abater concorrentes.” (STJ. Mandado de Segurança n. 5.623, DJ de 18/02/1998, p. 02, g.n.).

De fato, o certame destina-se a fazer com que o maior número de interessados se habilite, com o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de serviços, a preços mais convenientes ao seu interesse. Para que este princípio seja atendido, a Administração Pública deverá buscar um edital condizente com as regras e possibilidades do mercado contratado.

Diante do exposto, se faz necessário a presente impugnação para que seja excluída a obrigatoriedade de fornecimento dos acessórios que não fazem parte dos kits originais conforme detalhado acima, tornando o instrumento convocatório claro, sem lacunas e buscando o alinhamento com o usual no Mercado de Telecomunicação.

4 - DA INEXISTÊNCIA DE PONTOS DE SOMBRA

3.4.2 A Contratada deverá prover cobertura de sinal sem pontos de sombra nos edifícios da Contratante, devendo assumir todos os custos com equipamentos (reforçadores, etc) e/ou serviços porventura necessários para que a condição seja obtida, num prazo máximo de 20 (vinte) dias da solicitação da Contratante.

O Edital determina que deverá oferecer cobertura sem ponto de sombra nos edifícios da Contratante.

Assim, o presente instrumento convocatório exige a inexistência de pontos de sombra em toda a área dos edifícios da contratante. Contudo, é patente que tal solicitação não pode ser atendida, pois nenhuma das operadoras com outorga para a prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) atende a essa exigência.

Insta salientar a cobertura de telefonia celular pode apresentar pontos de sombra e áreas de sombras que, por vezes, limitam o alcance do sinal (local, regional, estadual).

Cumprir informar que ponto de sombra consiste, em linhas gerais, em locais dentro da área de cobertura da operadora, onde, por razões técnicas, o sistema apresenta falhas ou não apresenta sinal para fazer ou receber ligações. Portanto, resta inviável às operadoras



prestadoras de serviço móvel o cumprimento de tal exigência, vez que é plenamente possível a ocorrência de pontos de sombra.

É público e notório que as redes móveis de telecomunicações estão sujeitas a desequilíbrios de tráfego e, sendo um Serviço de Engenharia de Telecomunicações, SMP, encontra-se em franca expansão, sujeitando-se a inconvenientes, conforme amplamente divulgado pela ANATEL. Por toda a complexidade destes serviços, verifica-se que a existência de áreas de sombra pode acontecer, de acordo com os aspectos geográficos, tais como relevo e edificações, reduzindo a qualidade do sinal.

Pelo exposto, seria medida de maior razoabilidade e legalidade que fosse estabelecido um limite de prioridade, visto que tal exigência cerceia a participação no certame de todos os licitantes, tornando o mesmo inviável e ilegítimo.

Dessa forma, para que se atenda aos princípios da impessoalidade e igualdade, permeando a competição e a realização da melhor oferta para a Administração, é de extrema importância a edição do presente instrumento convocatório, para que sejam determinados um limite mínimo de área a ser coberta pelas operadoras, como por exemplo, de 70 a 80 por cento da região abrangida.

Assim, esta exigência cerceia a participação das empresas de telecomunicações no certame, direcionando e viciando o Edital. Nesta vertente, o instrumento convocatório compromete a competitividade do certame e viola o princípio da Igualdade, da Impessoalidade e o da busca pela melhor proposta para a Administração.

Observe que a Lei de Licitações, Lei Federal 8666/93 estabeleceu limites para a Administração prover o processo licitatório:

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:



I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinja ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (...)

Diante do exposto, licitar objeto que não pode ser atendido pela maioria das operadoras, frustrando o caráter competitivo da licitação, é ato ilegal e deve ser corrigido, ou seja, deve a Administração, ante aos fatos suspender o processo e realizar o procedimento determinado pela Lei e regulamentos atinentes à matéria.

O princípio da isonomia ou igualdade deve ser seguido, pois está do art. 5º da CF, como direito fundamental e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica.

Tanto que ao tratar da obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegura no art. 37, XXI, que o procedimento deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio da igualdade está intimamente ligado ao princípio da impessoalidade, pois oferece igual oportunidade a todos a Administração estará oferecendo também tratamento impessoal.

Tais princípios garantem ao administrador e aos administrados que as regras traçadas para o procedimento licitatório devem ser fielmente seguidas por todos. Se a regra fixada não é respeitada ou encontra-se viciada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

Sobre o tema observe os comentários do Professor Marçal JUSTEN FILHO, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, Ed. Dialética, onde destaca o princípio da competitividade ou oposição, indicando a necessidade de serem as cláusulas editalícias singelas e compatíveis com o objeto da licitação, com fincas a se



proporcionar à disputa entre interessados, visando o atendimento da finalidade primordial de todo procedimento licitatório, que é a obtenção da proposta mais vantajosa.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de resto, consagrou seu entendimento no seguinte sentido:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.

1. As regras do edital de licitação de devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa (...).

4. Segurança concedida. (Mandado de Segurança n. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/08/1998, g.n.).”

“A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houverem, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater concorrentes.” (STJ. Mandado de Segurança n. 5.623, DJ de 18/02/1998, p. 02, g.n.).

De fato, o certame destina-se a fazer com que o maior número de interessados se habilitem, com o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de serviços a preços mais convenientes ao seu interesse. Para que este princípio seja atendido, a Administração Pública deverá buscar um edital equânime e sem dirigismo.

Nesta égide, se faz necessário, para que não se afronte os princípios e normas atinentes à matéria, a correção dos itens presentes no Edital, equacionando-se a cláusula viciada para permitir a participação de todas as operadoras no certame, retirando a exigência supracitada e incluindo exigência de cobertura passível de ser atendida pelo mercado de telecomunicação móvel.

5 - DA EXIGÊNCIA DE COBERTURA INDOOR

3.4.2 A Contratada deverá prover cobertura de sinal sem pontos de sombra nos edifícios da Contratante, devendo assumir todos os custos com equipamentos (reforçadores, etc) e/ou serviços porventura necessários para que a condição seja obtida, num prazo máximo de 20 (vinte) dias da solicitação da Contratante.



Poderia se retirar esta exigência do edital de assumir os custos com os reforçadores, considerando-se que as licitantes cumprem as regras determinadas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, quanto a qualidade de cobertura em conformidade com a quantidade populacional de cada município em relação a quantidade de antenas instaladas para cobrir a área designada.

Considerando-se que numa região atendida por um sistema de telefonia celular, os sinais de das ERBs (Estação Rádio Base = antenas) contíguas normalmente se sobrepõem, fato que possibilita uma das características mais marcantes dos sistemas celulares: o *handover* (ou *handoff*).

A situação inversa também ocorre: em pequenas áreas isoladas o sinal apresenta **níveis inferiores ao mínimo aceitável para a qualidade de serviço esperada**. Isto pode ocorrer não só na região divisória entre duas células, como também em pontos específicos dentro da área de cobertura prevista para uma determinada ERB (antena).

No caso de áreas indoor, a absorção natural das construções atua como uma gaiola da Faraday. Exemplos de áreas com sinal deficiente são túneis, metrô, estádios, terminais de transporte (aeroportos, estações rodoviárias e ferroviárias), garagens subterrâneas, centros de convenções, supermercados e shopping centers entre outros.

Considerando-se também, que dificilmente um licitante consiga prover cobertura indoor em nos edifícios da Contratante, em especial pela grandeza do órgão e pela peculiaridade do Serviço Móvel Pessoal - SMP, cuja finalidade é a prestação do serviço em mobilidade.

Outrossim, ainda existem questões legais, onde algumas centenas de leis estaduais e municipais restringem a implantação de antenas (ERBs – Estações Rádio Base) ou criam exigências que atrasam o processo e dificultam a expansão da infraestrutura.

A Lei Federal 11.934/09, por exemplo, que dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; altera a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965; e dá outras providências e as prestadoras seguem rigorosamente a lei supracitada



que determina a adoção em todo o território nacional de níveis de emissão de campos eletromagnéticos de radiofrequência apontados como seguros pela OMS.

A prestação dos serviços de telecomunicações com qualidade e cobertura adequada depende da instalação e da ampliação da infraestrutura em todo País, mas depende também da permissão legal para a instalação das ERBs.

Com o aumento da demanda, para atender a mesma área geográfica a infraestrutura precisa ser ampliada e é de interesse da Claro S/A manter sempre o melhor nível de qualidade e capacidade de cobertura, tanto que cumprimos o Programa Geral de Metas e Qualidade estabelecido pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Mister se faz observar também, que em conformidade com as exigências da Agência Reguladora, ANATEL, são exigidas das operadoras prestadoras do Serviço Móvel Pessoal, - SMP, a cobertura outdoor em uma determinada região/cidade coberta pela mesma, dentro de um índice de 80% de cobertura da área urbana daquela região/cidade.

A exigência de cobertura indoor requer a construção de uma rede específica para atendimento não é prevista no Regulamento de Serviço Móvel Pessoal SMP, devido à natureza do serviço, “mobilidade” e do alto custo que geraria ao erário público, além da necessidade anterior da garantia que naquela localidade, o Governo Municipal permitiria tal investimento com instalações pelos motivos supracitados.

Diante do exposto entendemos que a melhor opção é que se retire o item. Entendemos que desta forma, não haverá óbice na participação das operadoras, visto que a questão inerente a cobertura indoor e outdoor é peculiar à todas as licitantes.

6 - DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE BATERIA E CARREGADOR NOVO

3.6 A Contratada deverá providenciar bateria ou carregador novo, atendendo à solicitação da Contratante, em caso de necessidade.

12.19 Caso algum dos chips ou dos aparelhos telefônicos entregues em comodato apresente algum defeito ou extravio, a Contratada deverá providenciar a sua reposição sem qualquer ônus à Contratante num prazo máximo



de 2 (dois) dias úteis a contar da solicitação da Contratante. O aparelho reposto e seus acessórios deverá ser igual ou similar ao entregue inicialmente.

Inicialmente, compete esclarecer que as operadoras são empresas de transmissão de serviço móvel celular e não fabricantes de aparelhos celulares. Assim, o objeto social das operadoras não é a fabricação e manutenção dos aparelhos e sim a transmissão dos serviços conforme a outorga da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Desta forma, as operadoras apenas fornecem os aparelhos em comodato, para melhor comodidade e praticidade da Administração. Assim, adquirem os mesmos dos fabricantes diretos e repassa ao órgão a garantia destes.

Nesta égide, os aparelhos possuem garantia de 12 (doze) meses de fábrica, sendo assim, todos os aparelhos que apresentarem defeito devem ser enviados as assistências técnicas ligadas aos fabricantes dos equipamentos e seguirem os prazos determinados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Assim, é obrigatória a troca dos aparelhos que apresentarem defeitos no decorrer de 07 (sete) dias úteis ou até uma hora de usos. Após este período os equipamentos com defeito deverão ser encaminhados às assistências técnicas autorizadas dos fabricantes.

Diante do exposto, os aparelhos e as baterias/carregadores com defeito deverão ser encaminhados a assistência técnica do fabricante e caso seja comprovado que eles não têm mais conserto, os mesmos devem ser substituídos pelos fabricantes, através da assistência técnica, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, compete a presente impugnação, pois o ideal é que o edital seja alterado, com o escopo de melhor atender as necessidades da Administração e a viabilidade do serviço pelas operadoras.

7 - DO PRAZO DE ENTREGA DAS FATURAS

12.17 Proceder a entrega mensal da fatura única customizada, com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência do vencimento, no mês subsequente ao da prestação do serviço através do e-mail citado no item 12.15 e item 15.4.



Cabe salientarmos que tal item diverge do disposto na Resolução nº 632/2014 da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel que deve ser seguida por todos os usuários de telefonia móvel no país, mesmo quando órgãos da Administração Pública.

O art. 76 da referida Resolução determina os prazos e formas de entrega das faturas, conforme abaixo:

“Art. 76. O documento de cobrança deve ser entregue ao Consumidor com antecedência mínima de 5 (cinco) dias da data de vencimento.”

Nesta vertente, fica claro que o instrumento convocatório está em desacordo com as regras da Anatel, pois as operadoras possuem até 5 (cinco) dias úteis antes do prazo de pagamento para entregarem as faturas.

Ainda, a **CLARO** disponibiliza outras ferramentas de acesso às faturas tais como: o serviço de conta *on line* - disponível a qualquer tempo que o usuário queira acessar - através do **CLARO On Line** as faturas ficam disponíveis com uma antecedência de cerca de 10 (dez) dias antes do vencimento, também pode-se solicitar a segunda via de faturamento ao GSINC através do *860, do e-mail gsincgov@claro.com.br.

Ressaltamos, que todos esses demais meios de acesso às faturas serão de amplo conhecimento dos nossos clientes. Sendo assim, se faz necessária a retificação do edital, para a adequação do prazo de apresentação das faturas e seu pagamento, conforme os ditames da Agência Reguladora.

8 - DA SUBSTITUIÇÃO DE APARELHOS EM CASO EXTRAVIO

12.19 Caso algum dos chips ou dos aparelhos telefônicos entregues em comodato apresente algum defeito ou extravio, a Contratada deverá providenciar a sua reposição sem qualquer ônus à Contratante num prazo máximo de 2 (dois) dias úteis a contar da solicitação da Contratante. O aparelho reposto e seus acessórios deverá ser igual ou similar ao entregue inicialmente.

Evidencia-se que a solicitação de fornecimento de novo equipamento em caso de extravio sem custo fere as normas do Código Civil Brasileiro, pois os aparelhos são fornecidos em **regime de comodato**.



Sendo assim, não pode a operadora ser responsabilizada por ato criminoso, mesmo que praticado por terceiros (roubo, furto ou danos), eis que a cessão em regime de comodato tem um ônus que deve ser levado em conta no momento da contratação, devendo a Administração prever um custo a ser repassado nestes casos.

De outra forma, ficariam as operadoras duplamente prejudicadas, já que os aparelhos serão fornecidos em comodato, devendo ser restituídos ao final da contratação – o que não ocorreria neste caso – bem como considerando que a **CLARO** somente comercializa aparelhos novos e lacrados.

A relação de empréstimo por comodato já é prevista no Código Civil:

“Art.579, CC – O comodato é empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.”

“Art 582, CC – O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.”

Pelo exposto, é medida de extrema justiça e razoabilidade que a Administração estabeleça uma forma de recompensar as operadoras nos casos de roubo ou furto, sem que estas arquem com tamanho prejuízo. Sendo assim, tal item deve ser retificado para atender aos ditames da legalidade.

Salientamos, ainda, que as operadoras não possuem gestão quanto ao prazo de conserto das assistências técnicas, pois essas lojas são vinculadas aos fabricantes dos equipamentos e não as operadoras.

Diante do exposto, compete a presente impugnação, com o escopo de melhor atender as necessidades da Administração, os ditames licitatórios e a Legislação Pátria.

9 - DO PRAZO EXÍGUO PARA A REPOSIÇÃO DOS APARELHOS EM CASO DE EXTRAVIO



12.19 Caso algum dos chips ou dos aparelhos telefônicos entregues em comodato apresente algum defeito ou extravio, a Contratada deverá providenciar a sua reposição sem qualquer ônus à Contratante num prazo máximo de 2 (dois) dias úteis a contar da solicitação da Contratante. O aparelho reposto e seus acessórios deverá ser igual ou similar ao entregue inicialmente.

12.25 Reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, num prazo de 02 (dois) dias úteis, às suas expensas, no todo ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

O Edital fixa em dois dias úteis o prazo para a reposição de aparelhos em caso de extravio.

Todavia, em alguns casos excepcionais, tendo em vista a natureza do defeito apresentada, ou, ainda, o prazo de garantia concedido pelo fabricante do aparelho, não haverá como as prestadoras garantirem a satisfação de tais solicitações no exíguo prazo que lhe é concedido pelo Edital. Somem-se a estes fatores, o lapso operacional exigido para encaminhamento de aparelhos por correios e, ainda, a efetiva disponibilidade do modelo solicitado em estoque.

Assim, tal exigência mostra-se capaz de restringir sobremaneira o universo de competidores, já que, em alguns casos, não se tratará de simples defeitos técnicos, mas sim de problemas de expressiva gravidade, causados, também, por fatores externos, alheios à vontade do prestador do serviço.

A questão aqui não é, portanto, de não solução do problema verificado quando da efetiva utilização do serviço, mas de dilatação do prazo para reposição do aparelho, respeitado, contudo, o prazo de garantia concedido por seu fabricante, hipótese em que este será o único responsável pela reposição do aparelho.

Portanto, a fixação de prazo máximo para solução de qualquer problema verificado na prestação do serviço, prazo esse bastante irrisório se se considerar as particularidades envolvidas *in casu*, choca-se com o disposto no artigo 3º, §1º, I da Lei de Licitações, que veda o estabelecimento de condições irrelevantes para a consecução do objeto licitado, capazes de restringir sobremaneira o universo de competidores, pelo que se conclui que a exigência aqui combatida impede que empresas plenamente capazes habilitem-se para a prestação dos serviços constantes no Edital de Pregão em comento.



Diante desse cenário, resta evidente que deverá ser suprida a questão ora impugnada, dilatando-se o prazo constante dos itens ora impugnados do Edital. Caso contrário, deverá o presente Edital ser anulado, nos termos do artigo 49 da Lei de Licitações, pois somente assim se prestigiará as diretrizes consignadas por esse instrumento legal, regamente violadas no caso em tela.

10 - DA RESPONSABILIDADE PELAS ASSISTÊNCIAS TÉCNICAS

12.20 Atender aos chamados de assistência técnica, sanando as falhas que porventura venham a ocorrer, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a notificação.

Importante ressaltar, primeiramente, que o objeto da presente licitação é a prestação de Serviço Móvel Pessoal. As licitantes, portanto, deverão ser prestadoras deste serviço, não estando obrigadas a conterem em seus objetos sociais atividade de natureza distinta desta.

Entretanto, para a execução dos serviços, é necessário que a Administração obtenha os aparelhos que serão utilizados, apenas como ferramenta dos serviços. Note-se que as licitantes **não são fabricantes de aparelhos móveis**, elas investem na compra de tais aparelhos para fornecê-los em comodato (empréstimo gratuito de coisa móvel). Entretanto, a assistência técnica não pode ser feita diretamente pelas prestadoras do serviço, mesmo porque essas empresas não possuem autorização para esta atividade.

Ocorre que, para não onerar o contrato administrativo, as operadoras oferecem aparelhos em comodato, vislumbrando viabilizar a utilização dos serviços. Importante ressaltar que o comodato é o empréstimo gratuito de coisa móvel, que implica na obrigação de devedor de restituí-la. O comodatário é mero detentor da coisa e terá que restituí-la, tal como recebida em comodato.

De suma importância lembrar que sem o aparelho e sem o serviço, a licitante igualmente estará prejudicada, pois não será possível fornecer seus serviços, sendo que a fatura é proporcional a utilização dos mesmos. Portanto, de fato é de interesse da contratada que os aparelhos estejam em situação regular para uso. No entanto, a mesma não pode se comprometer contratualmente por atividade distinta da sua.



Diante destes fatos, o maior compromisso que pode ser assumido é o de que os aparelhos sejam adquiridos de fabricante que forneça garantia de assistência técnica.

Assim, não obstante a Contratada ter responsabilidade quanto ao contrato, a referida responsabilidade deve ser, no mínimo, coerente com sua atividade.

Portanto, faz-se premente que o ato convocatório seja claro para determinar que a Contratada será responsável pela escolha de fabricante que ofereça garantia de assistência técnica, no entanto, a prestação direta pela CONTRATADA é inexequível, por não haver no mercado, operadora que seja prestadora de SMP e fabricante simultaneamente.

11 - DAS PENALIDADES E MULTAS

16.2 Além das penalidades acima previstas, a Contratada poderá incorrer nas seguintes sanções:

d) Multa, no percentual de 5% (cinco por cento), calculada sobre o valor do Contrato, para os demais casos de Descumprimento Contratual e multa no percentual de 0,3% (três décimos por cento) calculada sobre o valor total do contrato, nas hipóteses de não cumprimento das obrigações estabelecidas no item 12 desse Termo de Referência.

O Edital descreve percentuais que incidirão sobre o valor do contrato nas hipóteses de descumprimento da avença.

Frise-se que as penalidades devem ser aplicadas em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, ressarcir um dano causado e não gerar o desequilíbrio do contrato. Afinal, somente desta forma estar-se-á assegurando uma conduta justa e ílibada da Administração na prática de seus atos.

Ademais, o aumento abusivo dos riscos para o particular quando da contratação dos serviços, acarreta em maior repasse desse valor para a Administração Pública sob a forma de preço, pois haveria um ônus muito grande a ser suportado somente pela futura contratada.

Ainda que a aplicação de sanções seja ato discricionário, impende-se ressaltar que sua aplicação deve guardar correspondência, isonomia e proporcionalidade com a infração aplicada pela Administração aos seus administrados.



Suzana de Toledo Barros *in* O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Ed. Brasília Jurídica, assevera:

“Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do princípio da proporcionalidade. O controle intrínseco da legiferação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: **o meio escolhido contribuiu para a obtenção do resultado pretendido?**”

Isto quer dizer que, sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. **A questão do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.**

Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins **traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.**

...

O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz e a menor restrição possível.

A exigibilidade, como advertiu GRABITZ, é um atributo obtido a partir de uma relação: examina-se se o meio eleito para a consecução do fim proposto era aconselhável e não se, em si mesmo, era exigível, porque não se pode jamais olvidar que o princípio da proporcionalidade contempla o exame da norma legal no plano intrínseco, ou seja, sob a ótica de sua conexão material entre meios e fins.

...

A necessidade de uma medida restritiva, bem de ver, traduz-se por um juízo positivo, pois não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menor lesividade causa. O juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos conseqüências gravosas, entre os meios adequados ao fim colimado.

...

É forçoso concluir que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional. GILMAR FERREIRA MENDES, citando PIEROTH e SCHLINK, observa: apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.”

Por todo o exposto, faz-se necessária a revisão dos índices das penalidades do edital em comento, valendo ressaltar que o usual é exigir multa sobre o valor mensal da parcela do serviço do contrato em atraso. Em todos os casos, este tipo de penalidade é limitado ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor mensal do contrato, de forma a manter o equilíbrio contratual e não onerar sobremaneira a empresa contratada.



Levando-se em conta as considerações levantadas, sugere-se a revisão dos itens em comento para que os índices de multa neles previstos passem a se limitar sobre o valor correspondente à parcela mensal do serviço em atraso.

Sendo certo que esta alteração apenas adequará o Edital aos usuais percentuais de penalidades compensatórias praticadas nas licitações da Administração Pública e seus prestadores de serviços, sem onerar indevidamente a oferta a ser apresentada à Administração face o risco envolvido com este tipo de penalidade, na hipótese de impossibilidade de honrar a assinatura do contrato.

12 - DA NOTA FISCAL/FATURA EXIGIDA PELO EDITAL EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO N.º 477/2007 DA ANATEL

12.15 Entregar ao TRT/CE, mensalmente, os documentos de cobrança ou faturas correspondentes aos serviços prestados, de maneira detalhada e explicativa, por via eletrônica através do *e-mail* telefoniam@trt7.jus.br e [SIGEO JT \(vide item 15.4\)](#), contendo todo e qualquer registro relacionado à prestação do serviço no período, os descontos concedidos, impostos e eventuais encargos, por linha. Todas as linhas e serviços do contrato deverão constar em **fatura mensal única (customizada)**

A nota fiscal exigida pelo edital no item acima com customização seja qual for diverge da norma contida na Resolução n.º 477/2007 da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) - que aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal.

Frisa-se que a **licitação para serviços de telecomunicações, dentre os quais os de telefonia celular, possuem regência pela ANATEL, cuja normatização vincula o modo e os critérios da prestação do serviço**, estando as operadoras adstritas a tal regramento.

Neste contexto, os artigos 44 e seguintes da Resolução mencionada discriminam os critérios para emissão das faturas de cobrança:

“RESOLUÇÃO Nº 477/07 - Regulamento para a Prestação do SMP

Art. 44. A entrega do documento de cobrança ao Usuário, constituído de demonstrativos e faturas dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes do seu vencimento.



§1º Os documentos de cobrança devem ser apresentados de maneira clara, explicativa e indevassável discriminando o tipo e a quantidade de cada serviço prestado ao Usuário.

§2º A prestadora pode lançar no documento de cobrança, desde que de forma clara e explícita, os valores devidos em função da exploração de serviços de valor adicionado, bem como de outras comodidades ou facilidades relacionadas com o serviço autorizado.

§3º A inclusão, na cobrança, de qualquer valor devido que não decorra da prestação de serviços de telecomunicações, depende de prévia autorização do Usuário.

§4º A qualquer tempo, o Usuário poderá requerer, sem ônus, outro documento de cobrança, que contenha exclusivamente valores correspondentes à prestação do SMP.

§5º A prestadora deve oferecer ao Usuário no mínimo seis possíveis datas para efetuar seus pagamentos mensais.

§6º Havendo concordância do Usuário, os demonstrativos e faturas do serviço de duas ou mais Estações Móveis podem ser apresentados em um único documento de cobrança, agrupando seus Códigos de Acesso.

Art. 45. A Prestadora deve apresentar ao Usuário a cobrança dos valores relativos aos serviços prestados no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da efetiva prestação do serviço.

§1º A cobrança de serviço prestado em prazo superior ao estabelecido no caput deve ocorrer em fatura separada, salvo manifestação em contrário por parte do Usuário, sem acréscimo de encargos, e a forma de pagamento ser objeto de negociação prévia entre a prestadora e o Usuário.

§2º Na negociação a que se refere o §1º, a prestadora deve ofertar a possibilidade de parcelamento dos valores pelo número de meses correspondentes ao período de atraso na apresentação da cobrança.

§3º O prazo para cobrança de chamada de outro serviço de telecomunicações em fatura do SMP segue a norma do respectivo serviço.

§4º Para Usuários com Planos de Serviço de franquias em minutos, a cobrança referida no caput deverá considerar os minutos não utilizados da franquia no período em que a chamada foi realizada.

Art. 46. É admitido o faturamento conjunto dos serviços de telecomunicações executados por outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo utilizados por Usuário do SMP.

§1º As prestadoras de SMP que pactuarem acordos para faturamento conjunto são obrigadas a estender as condições da avença de forma equivalente às demais interessadas.

§2º O disposto no parágrafo anterior se aplica ao faturamento conjunto de serviços de telecomunicações distintos prestados por uma mesma prestadora.

Art. 47. A Prestadora de SMP deve permitir o pagamento parcial do débito, mediante contestação.

Art. 48. O documento de cobrança deve permitir ao Usuário o pagamento da fatura em qualquer dos locais indicados pela prestadora, que devem estar convenientemente distribuídos na localidade.

Art. 49. As chamadas de SMP a cobrar podem ser faturadas em documento de cobrança de terceiro, desde que o mesmo autorize.



Art. 50. O Usuário do SMP deverá receber aviso do não pagamento de débito, objeto de documento de cobrança de prestação de serviço, de periodicidade regular.

Parágrafo único. Todos os avisos de cobrança devem alertar para a existência de débito vencido e os prazos para suspensão parcial, suspensão total e cancelamento do serviço.

Art. 51. Havendo situação de inadimplência, a prestadora pode tomar as seguintes providências:

I - transcorridos 15 (quinze) dias do vencimento da conta de serviços: suspender parcialmente o provimento do serviço, com bloqueio das chamadas originadas e das chamadas terminadas que importem em débito para o Usuário;

II - transcorridos 30 (trinta) dias desde a suspensão parcial: suspender totalmente o provimento do serviço, inabilitando-o a originar e receber chamadas;

III - transcorridos 45 (quarenta e cinco) dias da suspensão total do provimento do serviço: desativar definitivamente a Estação Móvel do Usuário e rescindir o Contrato de Prestação do SMP.

§1º As providências previstas nos incisos I, II e III devem ser precedidas de aviso ao Usuário, comunicando-o:

I - do direito de receber o relatório detalhado de serviços;

II - da possibilidade, forma e prazo para contestação do débito;

III - da sanção a que está sujeito na ausência de contestação.

§2º Quando da suspensão total do provimento do serviço é vedada a cobrança de assinatura ou qualquer outro valor referente à prestação de serviço.

§3º É vedada a inclusão de registro de débito do Usuário em sistemas de proteção ao crédito antes da rescisão do Contrato de Prestação do SMP prevista no inciso III deste artigo, podendo a Prestadora, após rescindido o contrato de prestação de serviço, por inadimplência, incluir o registro de débito em sistemas de proteção ao crédito, desde que notifique ao Usuário por escrito com antecedência de 15 (quinze) dias.

§4º No caso de cobrança conjunta, as sanções somente podem atingir o provimento dos serviços na modalidade e prestadora em que for constatada a inadimplência do Usuário, dando-se continuidade normal à prestação das demais modalidades e prestações de serviço.

§5º O previsto no parágrafo anterior não se aplica quando o Usuário estiver inadimplente perante a sua Prestadora de SMP.

§6º É direito do Usuário, durante o período de suspensão parcial do serviço, originar chamadas que não importem em débitos para o Usuário, incluindo-se chamadas originadas a cobrar, e aquelas destinadas aos serviços públicos de emergência previstos no art. 19.

Conforme se verifica, as faturas são documentos padronizados, emitidas em modelos que respeitam a regência estabelecida pela ANATEL, sem que seja possível a inserção de quaisquer outros dados que não aqueles expressamente autorizados pelo órgão regulador.

Neste contexto, não é possível emitir a nota fiscal/fatura com os condicionantes pretendidos no edital, pelo descompasso com a referida Resolução n.º 477/2007 da ANATEL. Deve, portanto, ser retirada qualquer exigência adicional para emissão da nota fiscal - tal como customização seja qual for.



A impossibilidade de cumprimento desta obrigação contratual geraria a não-participação das operadoras no certame, em função dos ônus contratuais decorrentes da inadimplência (que seria iminente) quanto a tal exigência específica na nota fiscal/fatura.

13 - DA FALTA DE ESPECIFICAÇÃO DOS APARELHOS

Outra ilegalidade vislumbrada *in casu* consiste na inobservância do preceito consignado nos artigos 15, §7º, I da Lei n. 8.666/93, que vedam a deflagração de licitação para a contratação de serviços, sem a especificação completa do bem a ser adquirido.

LEI N. 8.666/93:

“Art. 15º

(...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;”

Menciona-se esclarecedora posição do Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula 177, com a seguinte redação:

“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 pluralidade, 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.”

Dessa forma, mais uma vez a ilegalidade apontada não configura mera falha formal superável, mas grave afronta à Lei nº. 8.666/93, com inobservância do Princípio da Legalidade e consequente inviabilização do Princípio do Julgamento Objetivo. Assim sendo, faz jus a presente impugnação, para que sejam especificadas as características dos aparelhos objeto da contratação.

14 - DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE REEMBOLSO PARA AS HIPÓTESES DE PERDA, ROUBO OU FURTO DE APARELHOS

Observe que os aparelhos serão fornecidos em regime de comodato, posse e guarda do cliente.



Nesse sentido dispõe o artigo 54 da Lei nº. 8.666/93:

“Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos do direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

Com base nessa premissa, o objeto do presente edital solicita que os aparelhos sejam cedidos em comodato, regime previsto em nosso ordenamento jurídico no Código Civil Brasileiro, com a seguinte redação:

“**Art. 582.** O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.”

“**Art. 583.** Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.”

“**Art. 584.** O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.” (g.n.)

Cabe lembrar, que o comodato é o empréstimo gratuito de coisa móvel, que implica na obrigação do devedor de restituí-la. O comodatário é mero detentor da coisa e terá que restituí-la, tal como recebida em comodato.

Assim, entregue a coisa ao comodatário (Contratante), fica o comodante (Contratada) desobrigado para com aquele bem, ou seja, a partir da entrega, a Lei cria obrigações apenas para comodatário, a principal das quais é a de restituir a coisa emprestada, no término do contrato, ou quando lhe for reclamada, nas mesmas condições em que recebeu. Qualquer prejuízo que ocasionar ao comodante, por culpa própria ou de terceiro, ou ainda, na hipótese de força maior ou caso fortuito, em que antepõe salvar os seus bens abandonando os do comodante, responde o comodatário pelo dano.

Dessa forma, nos casos de roubo ou furto dos aparelhos, a responsabilidade e as custas deverão recair sobre o contratante, devendo ser excluída a responsabilidade da contratada, haja vista, que se for responsabilidade da contratada, haverá um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que é vedado por lei.



Diante de tais fatos, essa empresa requer que seja esclarecida tal redação, de forma a estabelecer, como obrigação exclusiva da contratante o ônus sobre a substituição dos aparelhos nos casos de perda, furto ou roubo dos aparelhos cedidos em comodato.

Nesta esteira, é possível a reposição dos aparelhos, porém com custo.

Diante do exposto, compete a presente impugnação para que a Administração ratifique o presente item e observe a legislação vigente. Por ser medida de legalidade e correição.

15 - DA REDUÇÃO DA VELOCIDADE APÓS O CONSUMO TOTAL DA FRANQUIA

Com o intuito de dar maior transparência e clareza aos serviços em questão, requeremos que essa Ilma. Administração inclua, no Edital, no Termo de Referência e na Minuta do Contrato, a informação de que a velocidade do serviço de comunicação de dados é reduzida após o consumo total da franquia.

Nesse sentido, cabe esclarecer que todas as operadoras possuem planos/pacotes de dados ilimitados, contudo todos eles possuem uma franquia, como bem observado por esta Ilma. Administração.

A estipulação de franquia e a redução da velocidade após o seu consumo é para controle e preservação da qualidade de rede, que é um recurso limitado e escasso, e tem o intuito de manter as métricas de qualidade estabelecidas pela ANATEL.

Assim, ao atingir o limite da franquia mensal do tráfego de dados a velocidade é reduzida, mas o serviço não é bloqueado.

Então, a omissão não pode persistir, devendo o instrumento convocatório ser alterado.

Logo, faz jus a presente impugnação para que o edital seja revisto e adequado às possibilidades e à realidade do mercado de telecomunicações, já que o informado acima é praticado por todas as operadoras nacionais, assegurando-se a isonomia entre os licitantes.



16 - DA TECNOLOGIA 5G

1.1. O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de Serviço Telefônico Móvel com ligações telefônicas ilimitadas de móvel para fixo e de móvel para móvel, locais e de longa distância Nacional (LDN) para qualquer localidade do Brasil, para qualquer operadora de telefonia fixa ou móvel, perfazendo um total de 42 (quarenta e duas) linhas móveis, sendo 16 (dezesesseis) linhas com DDD 85 e 26 (vinte e seis) linhas com DDD 88, conforme localidades descritas no item 3 desse Termo. Para tanto, será contratada empresa especializada para prestação de Serviço Móvel Pessoal – SMP, que possua outorga da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) com acessos para comunicação de voz, com tecnologias 3G, 4G e 5G, na modalidade pós-pago, via rede móvel disponível nacionalmente e com habilitação e fornecimento de aparelhos telefônicos celulares compatíveis com a quantidade de linhas e serviços contratados, em regime de comodato não incluindo a parte de dados, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Inicialmente, cabe esclarecer que a rede de tecnologia de voz e dados é composta por tecnologias 3G, 4G, 4.5G e 5G (ainda em fase de implantação e não disponível em todos os municípios) e a cobertura total se dá pela conjunção destas tecnologias, logo não é possível avaliar a rede de forma separada.

Em outras palavras, cada tecnologia ou a combinação delas, dependendo da localidade, constituem o serviço móvel pessoal de voz e dados. Assim, a tecnologia de rede 3G e 4G compõe uma solução de cobertura do serviço móvel, logo não pode ser excluída dada a existência de áreas nas quais esta tecnologia é a única que consegue atender a população.

Assim, nas localidades, em que ainda não estejam sendo atendidas através da tecnologia 5G, é indiscutível que os serviços poderão ocorrer através de 3G ou 4G.

Por conseguinte, a exigência de serviços de rede 5G ou superior cerceia a participação das empresas de telecomunicação móvel no certame, direcionando e viciando o edital. Nesta vertente, tal instrumento convocatório compromete a competitividade do certame e viola o princípio da Igualdade, Impessoalidade e da busca da melhor proposta para a Administração.

O Regulamento de Licitações e Contratos dos SESI/SENAI estabeleceu limites para a Administração prover o processo licitatório:



Art. 2º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o Sesi e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, **inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.** (grifamos)

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio da igualdade está intimamente ligado ao princípio da impessoalidade, pois oferece igual oportunidade a todos, deste modo o Sesi/SENAI estará oferecendo também tratamento impessoal.

Os referidos princípios garantem ao administrador e aos administrados, que as regras traçadas para o procedimento licitatório devem ser fielmente seguidas por todos. Se a regra fixada não é respeitada ou encontra-se viciada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

Sobre o tema observe os comentários do Professor Marçal JUSTEN FILHO, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª edição, Ed. Dialética, onde destaca o princípio da competitividade ou oposição, indicando a necessidade de serem as cláusulas editalícias singelas e compatíveis com o objeto da licitação, com fincas a se proporcionar a disputa entre interessados, visando o atendimento da finalidade primordial de todo procedimento licitatório, que é a obtenção da proposta mais vantajosa.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de resto, consagrou seu entendimento no seguinte sentido:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. 1. As regras do edital de licitação de devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, **possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa** (...). 4. Segurança concedida. (Mandado de Segurança n. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/08/1998, g.n.)” “A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houverem, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, **os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater concorrentes.**” (STJ. Mandado de Segurança n. 5.623, DJ de 18/02/1998, p. 02, g.n.).



De fato, o certame destina-se a fazer com que o maior número de interessados se habilite, com o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de serviços, a preços mais convenientes ao seu interesse. Para que este princípio seja atendido, a Administração Pública deverá buscar um edital equânime e sem dirigismo.

Nesta égide, se faz necessário, para que não se afronte os princípios e normas atinentes à matéria, a correção dos equívocos descritos acima para constar a redação **para 3G ou 4G ou 5G**, para permitir a participação de todas as operadoras no certame.

Pelo exposto, é medida de justiça e de atendimento aos preceitos legais a presente impugnação permitindo a participação de todos os interessados em condições de igualdade.

III. DOS PEDIDOS

Em face do exposto, vem a **CLARO** solicitar a análise dos elementos da presente impugnação, e a necessária **revisão ou alteração do Edital**, para que sejam os itens ora impugnados adequados à normativa vigente acerca do serviço de telecomunicações de forma a assegurar o direito público subjetivo desta Impugnante e demais operadoras de participar de certame elaborado em conformidade com as diretrizes dos diplomas legais acima indicados.

Fortaleza/CE, 24 de janeiro de 2023.

Kelly Gomes de Holanda Torres

Gerente de contas – Claro

E-mail: kelly.torres@claro.com.br

Fone: (85) 9198-0764