

ILMO. SR. PREGOEIRO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA FRONTEIRA DO SUL – UFFS

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 3/2010

14 BRASIL TELECOM CELULAR S.A. (“Oi”), 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 05.423.963/0001-11, representada pelos procuradores legalmente constituídos, vem, respeitosa tempestivamente, à presença de V. S^a., com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

I. PRELIMINARMENTE

A Universidade Federal da Fronteira do Sul - UFFS, por intermédio de seu Pregoeiro, instaurou procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico, do tipo menor preço global, para *contratação de empresa especializada na prestação de serviços de telecomunicações, com fornecimento do chip de acesso e do aparelho móvel, em conformidade com o “plano geral de outorgas”, definido nos itens abaixo, e com as condições e especificações estabelecidas neste edital, para atender as necessidades da Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS.*

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

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



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

II.

DO DIREITO

1. Exigência de habilitação técnica excessiva

O item 8.3.2 do Edital exige que a Contratada comprove que está regularmente registrada e autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, para a prestação dos serviços de telecomunicações, objeto da licitação em tela.

Contudo, entende-se que não há necessidade de apresentação do Termo de Autorização para prestação do Serviço Móvel Pessoal expedido pela Agência Reguladora, em razão de sua extensão.

Cumprir destacar que a apresentação do extrato do Termo de Autorização publicados no Diário Oficial da União serve perfeitamente para comprovar a qualificação técnica da licitante e, assim, garantir a execução do contrato em plenas condições. Ademais, trata-se de documento bem menor que o Termo de Autorização em si.

Nesse sentido, vale dizer que a doutrina nacional defende a atuação da Administração na fase de habilitação dos licitantes **sem rigorismos inúteis e excessivos**, que só fazem afastar licitantes, sem qualquer vantagem para a Administração e comprometendo a verdadeira competição.

Assim, deve-se evitar tornar o procedimento da licitação mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da CF/88, que assim estabelece:

“Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (...)” (grifamos)

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari¹:

“A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

¹ in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição, p. 88

Portanto, **existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade.** ... Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; **interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.”**

Por todo o exposto, tendo em vista que o extrato do Termo de Autorização devidamente publicado no Diário Oficial da União é perfeitamente apto a comprovar a qualificação técnica da licitante e, assim, garantir a execução do contrato em plenas condições, requer a adequação do item 8.3.2 do Edital aos termos ora apresentados.

2. Fixação de prazos insuficientes para a prestação dos serviços

O item 12.2 do Edital determina que a Contrato deverá ser assinado no prazo de 3 (três) dias úteis a contar do seu recebimento, sob pena de decair do direito à contratação, sem prejuízo das penalidades previstas neste edital.

Por sua vez, o item 13.1 do Edital estabelece que os aparelhos, os chips habilitados deverão ser entregues no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, a contar da data de assinatura do contrato, nas quantidades e locais definidos no item 5.1 do Anexo I.

No entanto, tendo em vista a complexidade do objeto licitado, entende-se que os prazos acima citados não são suficientes para que a Contratada providencie a assinatura do Contrato, bem como entregue os aparelhos.

Caso as exigências supra não sejam alteradas, corre-se o risco de a Contratada não conseguir cumprir o determinado no Edital, estando sujeita à aplicação de penalidades, bem como até mesmo à rescisão do contrato.

Portanto, tendo em vista que os prazos para assinatura do contrato e para a entrega dos aparelhos e chips são demasiadamente exíguos, requer sejam alterados os itens 12.2 e 13.1 do Edital, de forma que estes prazos sejam, respectivamente, de 10 (dez) e 20 (vinte) dias.

3. Prazo para a entrega das notas fiscais

O item 14.1 do Edital, o item 8.1 do Termo de Referência, a alínea “h” da Cláusula Quarta e a Cláusula Sexta da Minuta de Contrato determinam que o pagamento será efetuado, mensalmente, devendo a fatura ser encaminhada à Reitoria da Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS, no mínimo 10 (dez) dias úteis antes do seu vencimento, mediante apresentação de Nota Fiscal de Serviços/Fatura.

Contudo, o artigo 44 do Regulamento de Serviço Móvel Pessoal – SMP, aprovado pela Resolução da ANATEL n.º 477/2007, prescreve que:

“A entrega do documento de cobrança ao assinante, por código de acesso, constituído de demonstrativo e fatura dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos **5 (cinco) dias antes do seu vencimento.**” (grifo nosso)

Diante disso, requer-se a alteração do item 14.1 do Edital, do item 8.1 do Termo de Referência, da alínea “h” da Cláusula Quarta e da Cláusula Sexta da Minuta de Contrato, a fim de que passe a constar o prazo de 5 (cinco) dias para a entrega das faturas, nos termos da Resolução n.º 477/2007 da ANATEL.

4. Pagamento em caso de recusa do documento fiscal

O item 14.3 do Edital e o item 8.3 do Termo de Referência dispõem que:

“Havendo erro na Nota/Fiscal /Fatura ou circunstância que impeça a liquidação da despesa, aquela será devolvida e o pagamento ficará pendente até que a Contratada providencie as medidas saneadoras. Nesta hipótese, o prazo para o pagamento iniciar-se-á após a regularização da situação e/ou reapresentação do documento fiscal, não acarretando ônus para o contratante”

Da análise dos mencionados itens, é possível compreender que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção.

Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa.

Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

Diante disso, requer a adequação do item 14.3 do Edital e do item 8.3 do Termo de Referência, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

5. Garantias à Contratada em caso de inadimplência da Contratada

O item 14.4 do Edital, o item 8.4 do Termo de Referência e a subcláusula primeira da Cláusula Sexta da Minuta de Contrato afirmam que:

“Havendo atraso de pagamento, provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido será acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, mediante a aplicação da seguinte fórmula: $I = (TX/100) \times 365 \times EM = I \times N \times VP$, onde: I = Índice de atualização financeira; TX = Percentual da taxa de juros de mora anual; EM = Encargos moratórios; N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento; VP = Valor da parcela em atraso.”

Verifica-se que os mencionados itens prevêem as condições de pagamento. No entanto, não obstante a previsão de atualização monetária e de incidência de juros de mora, não há qualquer menção à aplicação de multa, em caso de inadimplência da Contratante.

Com efeito, 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).*

Quanto 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).*

A Lei n.º 8.666/1993 estabelece que aos contratos administrativos aplicam-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos, conforme revela o art. 54. E mais; o art. 66 do mesmo diploma legal destaca a responsabilidade atribuível a cada parte quando da execução do contrato.

Assim, a Oi requer passe a constar do item 14.4 do Edital, do item 8.4 do Termo de Referência e da subcláusula primeira da Cláusula Sexta da Minuta de Contrato que o não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento, sujeitará o Contratante à incidência de: multa de

2% sobre o valor da fatura no mês de atraso; juros de mora de 1% ao mês; e correção monetária pelo IGP-DI.

6. Exigência de substituição de aparelhos celulares sem ônus à Contratante

O item 5.6 do Termo de Referência determina que os aparelhos fornecidos em regime de comodato deverão necessariamente ser substituídos a cada 18 (dezoito) meses contados a assinatura do contrato.

Ademais, o item 16.1 do Termo de Referência estabelece que durante a vigência do contrato, a contratada prestará toda a assistência aos serviços contratados, **bem como aos aparelhos telefônicos fornecidos**, sem ônus para a Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS.

Contudo, a exigência editalícia supracitada não tem qualquer amparo na legislação vigente.

Como é cediço, a Administração Pública tem o direito de acrescentar cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, contanto que estas não ultrapassem o real objetivo que é o interesse público.

Nesse contexto, é imperioso esclarecer que as prestadoras de Serviço Móvel Pessoal não são as fabricantes dos aparelhos celulares e, portanto, a sua aquisição para fornecimento à Contratante não é gratuita.

Ora, insta deixar claro que a Contratada presta Serviço Móvel Pessoal – SMP, sendo este o objeto das contratações. Entretanto, fornecerá os aparelhos sem qualquer custo à UFFS, onde a garantia de 1 (um) ano e assistência técnica será fornecida pelo fabricante dos aparelhos, como determina a legislação vigente, independentemente qual seja a forma de fornecimento dos aparelhos.

Portanto, a aquisição de novos aparelhos, ao final de cada 18 (dezoito) meses, acarretará elevados custos à Contratada, os quais deverão ser repassados à Contratante. Assim, não pode haver previsões de que os aparelhos sejam substituídos, sem qualquer ônus para a Administração, em obediência ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Além disso, caso ocorra algum problema, a Contratante deverá encaminhar os aparelhos que necessitem de manutenção à assistência técnica autorizada do fabricante, onde qualquer reparo proveniente de **defeito de fabricação**, também comprovado por meio de laudo técnico, será sanado pela assistência técnica do fabricante, sem qualquer ônus para a contratante.

A responsabilidade de troca dos aparelhos é, portanto, somente da empresa fabricante, caso não seja comprovado culpa exclusiva do usuário, e isto se dará por meio de assistência técnica especializada.

Logo, o que se quer garantir por meio da presente impugnação é o afastamento de obrigações ilegais que prejudiquem o equilíbrio econômico-financeiro e acarretem a elevação dos custos, violando o princípio da busca da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

Caso persista a exigência consignada nos termos acima, estar-se-á diante de exigência exorbitante e desnecessária, em total afronta ao disposto no art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8.666/93, cuja essência veda determinadamente a imposição de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam 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.

Desta forma, requer a adequação do item 5.6 do Termo de Referência, para que os custos da substituição dos aparelhos celulares pela Contratada a cada 18 (dezoito) meses contados a assinatura do contrato sejam repassados à Contratante, bem como do item 16.1 do Termo de Referência, para que preveja expressamente que a assistência técnica será prestada pela fabricante dos aparelhos e chips fornecidos em comodato, e não a Contratada.

7. Repasse indiscriminado de descontos

O item 14.1.8 do Termo de Referência determina que a Contratada deverá:

“Repassar à Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS, durante o período de vigência do contrato a ser celebrado, todos os preços e vantagens ofertadas ao mercado, sempre que esses forem mais vantajosos para à Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS do que os ofertados na proposta.”

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

Ademais, importante frisar que não existem meios de apurar-se, a cada novo dia, se foi concedido desconto para tal ou qual cliente e, ainda, cotejá-lo com o contrato em curso.

Corroborando este entendimento, tanto a Lei Geral de Telecomunicações (art. 103), quanto o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (art. 50) vedam o repasse indiscriminado de descontos, afirmando que os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

Vale trazer à baila a decisão proferida pela Advocacia Geral da União, Consultoria-Geral da União, por meio de seu Núcleo de Assessoramento Jurídico em Porto Alegre/RS, em face de equívocos

contidos no edital de pregão eletrônico n.º 02/2005 do Comando do Exército, que resolveu pela da modificação da exigência nos termos previstos pela Anatel, senão vejamos:

“No que tange à Impugnação ofertada contra a subcláusula 1.12 da cláusula segunda do Contrato (item V do pedido final da impugnante), que busca modificar a previsão **editalícia atual acerca da forma de repasse de descontos** e de preços mais vantajosos à contratante quando tais vantagens forem oferecidas ao mercado, tanto o princípio da razoabilidade como as próprias normas da Anatel, citadas pela impugnante, **nos levam a opinar pela sua procedência**. [...]” (Decisão proferida no processo de licitação n.º 012/05, referente ao Pregão Eletrônico n.º 02/2005, do Comando do Exército – Hospital de Guarnição de Santa Maria/RS, pelo Ilmo Dr. Advogado da União Sr. Rogério Ivanis Weiler, em 24/07/2005)

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

Assim, a prevalecerem os termos da exigência, inviável se mostrará sua execução fiel, motivo pelo qual requer seja modificado o item 14.1.8 do Termo de Referência, de forma que passe a constar em sua redação que:

“A CONTRATADA assegurará à CONTRATANTE o repasse dos descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da CONTRATANTE, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses forem mais vantajosos do que o Plano de Serviços constante deste contrato, desde que devidamente homologados pela ANATEL.”

8. Período de reparo

O item 16.2 do Termo de Referência determina que o atendimento on-site deverá ocorrer em, no máximo, 02 (duas) horas após a abertura do chamado. Por sua vez, o item 16.3 do Termo de Referência dispõe que a resolução de problemas deverá ocorrer em, no máximo, 04 (quatro) horas corridas após a abertura do chamado.

Nesse diapasão, é mister trazer à baila o artigo 16 da Resolução da ANATEL n.º 317/2002, a qual estabelece o Plano Geral de Metas da Qualidade para o Serviço Móvel Pessoal:

“Art. 16. As falhas/defeitos devem ser recuperados **em até 24 (vinte e quatro) horas** em 95% (noventa e cinco por cento) dos casos.” (grifo nosso)

Portanto, é patente que o período de reparo previsto no instrumento convocatório está em desacordo com o período estabelecido no PGMQ do SMP, já que esse determina que o atendimento de reparo deve se dar em até 24 (vinte e quatro) horas.

Ante o exposto, requer a adequação dos prazos previstos nos itens 16.2 e 16.3 do Termo de Referência, nos termos da Regulamentação do Setor de Telecomunicações.

9. Responsabilidade da Contratada

A alínea “c” da Cláusula Quarta da Minuta de Contrato determina que a Contratada deverá:

“Arcar com despesas decorrentes de qualquer infração, seja qual for, desde que praticada por seus técnicos durante a execução do objeto do contrato, ainda que no recinto da Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS.”

Por sua vez, a subcláusula primeira da Cláusula Décima da Minuta de Contrato autoriza a Contratante a utilizar a garantia para corrigir imperfeições na execução do objeto do Contrato ou para reparar danos decorrentes da ação ou omissão da Contratada, ou de seu preposto, ou, ainda, para satisfazer qualquer obrigação resultante ou decorrente de suas ações ou omissões.

Contudo, importante destacar que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrente de sua culpa ou dolo, o que evidencia a ilegalidade do item em exame.

Nesse sentido, cumpre colacionar o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do tema:

“O particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros. O regime jurídico aplicável, porém, exige esclarecimento.

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.”² (grifos nossos)

Portanto, resta evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar a UFFS se ficar comprovada a culpa ou dolo.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 782.

Diante do exposto, requer sejam alteradas a alínea “c” da Cláusula Quarta e subcláusula primeira da Cláusula Décima da Minuta de Contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa.

10. Forma de pagamento via Nota Fiscal/Fatura com código de barras

A Cláusula Sexta da Minuta de Contrato determina que o pagamento será efetuado mensalmente, em moeda nacional corrente, por meio de emissão de Ordem Bancária, a ser creditada na conta da Contratada.

No entanto, a **Oi**, esclarece que atualmente as Operadoras de serviços de telecomunicações se utilizam de um sistema de faturamento e cobrança moderno, conhecido e aprovado pela Anatel, baseado em **código de barras**.

Por meio deste sistema, a **Oi** poderá verificar com maior agilidade e eficiência a efetivação do pagamento pelo Contratante.

Portanto, a **Oi** requer a adequação da Cláusula Sexta da Minuta de Contrato, para que seja estabelecida a possibilidade de realização do pagamento mediante **código de barras**.

11. Indevida incidência de Imposto Sobre Serviços (ISS)

A subcláusula quarta da Cláusula Sexta da Minuta de Contrato dispõe, no que diz respeito à retenção do Imposto Sobre Serviços - ISS, será observado, no que couber, o disposto na Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Da mesma forma, o item 2.2 do Encarte B – Modelo para apresentação de proposta – faz menção à incidência do ISS.

Contudo, tais previsões não têm razão de ser, haja vista que é vedada a aplicação deste tributo aos serviços de Telecomunicações.

Como é cediço, o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza é disciplinado pela Lei Complementar n.º 116/2003 e incide sobre fatos geradores definidos em lista anexa a lei³. Cumpre ressaltar que a lista é taxativa.

Logo, como o serviço de telecomunicações não está incluído naquela lista, o ISS não incide sobre esta atividade.

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

³ “Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.”

“EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que, em decisão suficientemente motivada, decidiu pela não incidência do ISS sobre ligações telefônicas realizadas no âmbito municipal, em consonância com a jurisprudência do STF (v.g. RE 83.600, Pleno, Moreira Alves, DJ 10.08.79): ausência de negativa de prestação jurisdicional.”⁴

Ademais, a interpretação integrativa da Constituição não deixa dúvidas: o **ISS incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, porém não incide naqueles serviços contidos no art. 155, inciso II**. Note-se que os serviços de comunicação são fatos geradores do ICMS, porém não do ISS. Para sanar todas as possíveis dúvidas ou indagações a respeito do tema, vale transcrever os artigos 155, II c/c 156, III, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal **e de comunicação**, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, **não compreendidos no art. 155, II**, definidos em lei complementar.” (grifo nosso)

De fato, nos serviços de comunicação – telefonia – não incide o ISS, uma vez que a hipótese de incidência configura fato gerador do ICMS – Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Ante o exposto, requer seja excluída a menção à incidência do Imposto sobre Serviços – ISS, prevista na subcláusula quarta da Cláusula Sexta da Minuta de Contrato e no item 2.2 do Encarte B – Modelo para apresentação de proposta, tendo em vista que o imposto que incide sobre o serviço ora licitado é o Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS, e não o ISS.

12. Índice de reajuste de preços

A Cláusula Oitava da Minuta de Contrato estabelece que as tarifas serão reajustadas automaticamente, tomando por base o mesmo índice divulgado pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

⁴ Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 269.531, julgado em 14.06.05, DJ 05.08.05.

Com efeito, em contratos com prazo de duração igual ou superior a um ano é admitida cláusula com previsão de reajuste de preços ou correção monetária. Dessa forma, o reajuste de preços está vinculado a índice de preço previamente definido no edital e no contrato.

O conjunto desta solução, que compõe o objeto deste certame, corresponde a serviços de telecomunicações (SMP), que no caso, é prestado mediante autorização da Anatel em regime privado, mediante cobrança por **preço**.

O reajuste não é decorrência de imprevisão das partes contratantes, ao revés, é previsão de uma realidade existente que vem alterando a conjuntura econômica em índices insuportáveis para o executor de obras, serviços ou fornecimentos de longa duração.

Desta forma, a Oi requer sejam alterados o Edital e seus anexos para incluir-se a redação seguinte:

“A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data da assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste, o IGP-DI (Índice Geral de Preços – Fundação Getúlio Vargas) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações.”

13. Base de cálculo da multa em caso de inexecução parcial do contrato

A Cláusula Décima Segunda da Minuta de Contrato estabelece que pela inexecução parcial ou total das condições previstas neste Contrato poderão ser aplicadas ao inadimplente as sanções de que tratam os Arts. 86 a 88, da Lei nº 8.666/93, além da multa compensatória de 10% (dez por cento) sobre o valor total da contratação, respeitados os direitos do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade. Desta forma, **em caso de descumprimento parcial das obrigações a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.**

Com efeito, a reprovabilidade das condutas acima descritas traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente. O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

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

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

“Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, juridicamente 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 finalidade da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...) Este princípio (proporcionalidade) enuncia a idéia 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 que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessários 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.

Sobremodo quando a Administração restringe a situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” (em “Curso de Direito Administrativo”, 12ª edição, páginas 79 a 81)

A ilustríssima Prof. Lúcia Valle Figueiredo classifica ambos os princípios (proporcionalidade e razoabilidade) da seguinte forma:

“Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contratar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito... não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus standards pessoais, a lume de sua ideologia, a lume do que entende ser bom, certo, adequado no momento, mas a lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade, do que em Direito Civil se denomina valores do homem médio.

Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência.

Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também como princípio importantíssimo, o da proporcionalidade. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas...

Traduz o princípio da razoabilidade a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração.” (grifamos) (em Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, página 47 e 48)

Extraí-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Vale dizer, as consequências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.

Assim, a eventual manutenção dos percentuais de multa atacados constitui afronta aos princípios basilares que devem conduzir os atos da UFFS, quais sejam, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação da Cláusula Décima Segunda da Minuta de Contrato, para que os percentuais da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incidam sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato, conforme inclusive já disposto nos subitens 15.1.2 e 15.1.3 do Edital.

14. Inexequibilidade do valor estimado para o serviço de deslocamento VCR

O Encarte “C” apresenta a Planilha de Previsão de Gastos para o item 1. No tocante às chamadas recebidas em deslocamento VCR no território nacional, a UFFS estima o valor de R\$ 0,05 (cinco centavos).

Contudo, este valor estimado encontra-se muito abaixo de um valor tangível para fornecimento dos serviços requeridos no objeto deste edital. Nesse sentido, cumpre destacar que a **Oi** atualmente cobra R\$ 0,95 (noventa e cinco centavos) pelo serviço de deslocamento, ou seja, R\$ 0,90 (noventa centavos) a mais do que o orçado pelo Edital.

Tal valor não representa, portanto, a média praticada no mercado de telecomunicações e não reflete corretamente as importâncias necessárias para remunerar os serviços ora licitados.

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.

Vale frisar que o particular, a contrário da Administração Pública, visa o lucro na contratação. No entanto, o valor estimado para o serviço de deslocamento em referência é inexeqüível, pois não é suficiente sequer para cobrir os custos do serviço. 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.

É justamente fundada nesse espírito da supremacia do interesse público e da busca da melhor e mais vantajosa proposta para a contratação com a Administração que a Lei n.º 8.666/1993 prevê em seu artigo 3º, inciso I, § 1º que:

“§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

E segundo o art. 6º da Lei n.º 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Deve-se ter em mente que a busca de maior ganho ou proveito na licitação (para a satisfação do interesse público mediante a execução do contrato) pressupõe, necessariamente, a mais ampla competitividade entre aqueles que pretendem contratar com a Administração.

A Doutrina é uníssona ao afirmar com veemência que quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares ou a existência de cláusulas desnecessárias, maior será o dispêndio pela Administração. Neste passo, vale transcrever algumas passagens de textos doutrinários sobre o assunto:

“Enquanto o particular procura o lucro, o Poder público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. **Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.**”
[MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2002. p. 578-579]

“Tais ponderações não podem ser ignoradas, especialmente por ocasião da configuração da contratação administrativa. **Muitas vezes, a ânsia de proteger o interesse público traduz-se na previsão de um sem-número de ressalvas, exceções, alterações do**

regime comum. O agente público não se apercebe que todas essas imposições unilaterais se refletem no preço que será desembolsado em prol do particular.

Por tudo isso, a previsão e o exercício das chamadas prerrogativas excepcionais devem ser impregnadas pela consciência de que a obtenção da melhor proposta (o que importa o desembolso do menor preço possível) é a via mais satisfatória para tutelar o interesse público. **Muito mais satisfatório do que titularizar poderes extraordinários é deles não necessitar. Em síntese, o imperativo da supremacia do interesse público conduz muito mais à necessidade da concepção adequada e satisfatória das contratações administrativas do que a titularidade de competências extraordinárias destinadas a consertar o que originalmente foi mal concebido** [JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 459-460.]

Ademais, deve a Planilha de Previsão de Gastos do Encarte “C” deixar claro que o valor referente ao deslocamento somente é cobrado quando muda o código de área.

Portanto, resta mais do que comprovado que a busca pelo menor preço não pode se dar de forma indiscriminada, aleatória e distante dos limites impostos pela legislação de regência, razão pela qual requer a alteração do valo estimado para as chamadas recebidas em deslocamento VCR no território nacional, previsto na Planilha de Previsão de Gastos para o item 1 do Encarte “C”.

III. PEDIDO

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

Florianópolis/SC, 21 de julho de 2010.

14 BRASIL TELECOM CELULAR S.A

14 BRASIL TELECOM CELULAR S.A.