



Ilustríssimo Sr. Diretor-Geral de Administração do Tribunal de Contas do DF,

Como Pregoeira incumbida de realizar procedimento licitatório, na modalidade Pregão, sob o nº 50/2012, referente à contratação de empresa especializada para prestação de Serviço Móvel Pessoal, em conformidade com as especificações e condições previstas no Edital e seus Anexos, submeto a Vossa Senhoria as impugnações apresentadas pelas empresas **VIVO S.A.** (fls. 132/143), **CLARO S.A.** (fls. 148/179) e **14 Brasil Telecom Celular S.A.** (Oi - fls. 180/209) contra os termos do Edital.

DAS IMPUGNAÇÕES

2 A empresa VIVO S.A., em sua impugnação, apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

2.1 Necessidade de fixação de valor fixo mensal para o intragrupo zero: a planilha de preços indica valor zero para o intragrupo zero, o que demandaria das empresas a inclusão de tais custos no valor do minuto do acesso telefônico. Para remunerar a operadora pelos serviços de ligação não tarifada isoladamente dentro do grupo corporativo, faz-se necessária, portanto, uma cotação mensal para remunerar o serviço.

2.2 Impossibilidade de isenção do valor de deslocamento e adicional de deslocamento (roaming): da mesma forma que para o intragrupo zero, a isenção dos serviços de *roaming* demandaria a inclusão dos custos no valor do minuto do acesso telefônico, encarecendo o serviço. Deve-se, assim, haver previsão na planilha de preços para o *roaming*.

2.3 Perfil de tráfego fictício: o perfil de tráfego apresentado no Edital mostra-se irreal, pois não retrataria o consumo mensal de qualquer



serviço disponibilizado. Há a necessidade de se apresentar uma estimativa mais próxima do consumo real para a adequação dos preços.

2.4 Acesso de dados requerido: necessidade de melhor especificação do serviço solicitado, uma vez que na planilha consta “SERVIÇO DE INTERNET MÓVEL EM ALTA VELOCIDADE – PACOTE ILIMITADO PARA USO COM CELULARES 3G (SMARTPHONE), SEM REDUÇÃO DE VELOCIDADE”, sem se especificar qual a velocidade nominal de tráfego. Ainda, como especificado, o Edital restringe a competição, pois nem todas as operadoras disponibilizam pacotes de dados como solicitado. Cita, como exemplo, seus próprios serviços, em que se pode optar por um plano ilimitado com redução de velocidade após o consumo da franquia, ou por um plano limitado, sem redução de velocidade, mas com a cobrança do serviço que exceder à franquia.

2.5 Especificação dos aparelhos fornecidos: torna-se necessário indicar as características mínimas dos aparelhos a serem cedidos pela contratada, não só para a elaboração das propostas como para que o julgamento realizado pelo pregoeiro se pautar em critérios objetivos.

2.6 Necessidade de cotação integral do serviço de dados para todos os aparelhos: como as planilhas do Edital indicariam a cotação do serviço de dados para apenas um aparelho, para atender aos demais seria necessária a cotação para todos os acessos (cotação integral).

2.7 Responsabilidade pelo aparelho: existe omissão no Edital quanto à responsabilidade pela assistência técnica dos aparelhos, ou pelo ônus decorrente de perda, roubo ou furto desses, responsabilidades essas que não poderiam ser imputadas à contratadaserviços prestados não consta do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93.

2.8 Documentos de habilitação e para faturamento: O Edital impõe, em seu item 13.10, que, para a licitante filial, os documentos de



habilitação jurídica e regularidade fiscal estejam em seu nome, exceto aqueles que, pela própria natureza, são emitidos somente em nome da matriz. A impugnante requer seja possível apresentar os documentos da matriz para a licitação e que o contrato seja realizado com a filial, bem como sejam os faturamentos realizados por esta última.

3. Ao final, solicita que sejam alterados os pontos do Edital pertinentes.
4. A empresa CLARO S.A., em sua impugnação, apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

4.1 Não admissão de propostas com valores simbólicos, irrisórios ou de valor zero: a disposição prevista no item 12.7 desconsidera as peculiaridades do mercado de telecomunicações, onde as operadoras muitas vezes subsidiam alguns itens da planilha de composição de preços, chegando a zero, devido aos valores de interconexão serem pagos na totalidade no valor de tabela da Anatel. Solicita, assim, que sejam permitidos valores iguais a zero.

4.2 Prazo exíguo para assinatura do contrato: o item 17.2 do Edital estipula um prazo de 5 (cinco) dias para assinatura do contrato após a convocação. A impugnante afirma que referido prazo se mostra insuficiente no mercado de comunicações, pois os signatários das empresas muitas vezes se encontram em estados diferentes, sendo necessário um prazo mínimo de 10 (dez) dias.

4.3 Forma de pagamento e prazo para envio das faturas: está previsto no item 22.1 do Edital que a Contratada protocolizará Nota Fiscal a ser paga no prazo de até 10 (dez) dias. Solicita seja incluída no Edital a possibilidade de pagamento via boleto e, ainda, que seja atendida resolução da Anatel¹, que prevê o envio do boleto em até 5 (cinco) dias antes do prazo para pagamento para entregar referido boleto.

¹ Anexo à Resolução 477/2007 da Anatel: "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". Disponível em <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/22-2007/9-resolucao-477>, acesso em 05.02.2013.



4.4 Especificação dos aparelhos a serem fornecidos.: O item 1 do Anexo I do Termo de Referência determina que sejam fornecidos aparelhos compatíveis com os serviços contratados. A impugnante alega que há necessidade de se indicar as características dos aparelhos objeto da contratação.

4.5 Acesso de dados sem redução de velocidade: necessidade de melhor especificação do serviço solicitado, uma vez que na planilha consta “SERVIÇO DE INTERNET MÓVEL EM ALTA VELOCIDADE – PACOTE ILIMITADO PARA USO COM CELULARES 3G (SMARTPHONE), SEM REDUÇÃO DE VELOCIDADE”, sem informar qual o pacote de dados sem excedente atenderia a Administração. A impugnante também afirma que todas as operadoras reduzem a velocidade quando a franquia contratada é atingida. Cita, como exemplo, seus próprios serviços, em que se pode optar por um plano ilimitado com redução de velocidade após o consumo da franquia, ou por um plano limitado, sem redução de velocidade, mas com a cobrança do serviço que exceder à franquia.

4.6 Cotação conjunta para VC1, VC2 e VC3 e omissão com respeito à subcontratação: informa a Impugnante que a Administração, ao cotar os serviços VC1, VC2 e VC3 conjuntamente (Anexo II – Planilha Estimativa de Preços) e proibir a subcontratação do objeto (item 17.3 do Edital), violou as regras da Anatel. As ligações locais e de longa distância deveriam ser cotadas em planilhas distintas ou, alternativamente, ser permitida a subcontratação, uma vez que as prestadoras do SMP só podem operar com as chamadas tipo VC1, enquanto as chamadas dos tipos VC2 e VC3 são operadas pelas prestadoras de Serviço Telefônico Comutado de Longa Distância (STFC LDN e LDI).

4.7 Reajuste do SMP: A Impugnante alerta para o fato de que para o Serviço Móvel Pessoal (chamadas do tipo VC1) não há tarifas (preços públicos), mas preços, cujos índices de reajuste serão sempre os índices determinados no Plano de Serviço Alternativo de Serviços



ou no Plano Básico, devidamente homologado pela Anatel. A Impugnante alega que não há data base ou autorização e divulgação de índices de reajustamento como ocorre para STFC.

5. Ao final, solicita que sejam alterados os pontos do Edital pertinentes.
6. A empresa OI S/A, em sua impugnação, apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

6.1 Vedação à participação de licitantes em regime de consórcio: a vedação prevista no item 4.4.1, II, do edital implica em restrição da competitividade;

6.2 Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral: solicita que o item 4.4.1 do edital seja alterado no sentido de que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas ou impedidas de contratar apenas com o TCDF e não com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Também sugere a alteração dos itens 23.1 do Edital e 10.1 da Minuta do Contrato de forma que prazo máximo estipulado seja de até 2 (dois) anos, em conformidade com o art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666/1993;

6.3 Exigência de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de habilitação: a Impugnante afirma que a exigência de declaração prevista no item 5.3 do Edital, o qual tornaria necessária apresentar declaração de que preenche os requisitos de habilitação e inexistem fatos impeditivos, não tem respaldo na Lei nº 8.666/93. Informa que, estando a licitante com registro cadastral em perfeita ordem válido, não haveria necessidade de se apresentar declaração de inexistência de fato superveniente;

6.4 Da possibilidade de apresentar Certidão Positiva com efeitos de Negativa em relação aos Débitos Trabalhistas: argumenta que a Certidão Positiva com efeitos de negativa também comprova a inexistência de débitos inadimplidos;



6.5 Realização do pagamento mediante fatura com código de barras: solicita a alteração do item 23.1 do edital e do item 4.1 da Minuta de Contrato a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação com código de barras visando o reconhecimento eficiente do pagamento;

6.6 Da suspensão ou retenção do pagamento por falta de comprovação da regularidade fiscal: solicita a alteração do item 23.2 do edital e do item 4.2 da Minuta do Contrato para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93;

6.7 Pagamento em caso de recusa do documento fiscal: requer a adequação do item 22.3 do edital e do item 5.3 da Minuta de Contrato a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja feito imediatamente pela Contratante e a diferença seja paga após a devida regularização do documento fiscal;

6.8 Das penalidades excessivas: requer a adequação do item 23.2 do edital e do item 10.2 da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato;

6.9 Do limite de responsabilidade da Contratada: O item 25.1 alínea “d” do Edital e o item 12.1 alínea “d” da minuta de contrato preveem a obrigação da Contratada de responsabilizar-se por quaisquer danos ou prejuízos causados à Administração em decorrência da execução dos serviços. Ocorre que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, quanto aos danos diretamente causados à Contratante ou a terceiros, decorrente diretamente de sua culpa ou dolo nos termos do art. 70 da Lei n.º 8.666/93. Resta evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a



terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada. A Oi requer sejam alterados os dispositivos indicados de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa nos termos do art. 70 da lei 8.666/1993, garantida a sua ampla defesa.

6.10 Prestação ininterrupta dos serviços telefônicos: a Empresa destaca a redação do item 4.1 do Termo de Referência, o qual estabelece a obrigação de prestação ininterrupta dos serviços. Alega que existe previsão de interrupção regida pelo art. 51 da Resolução nº 477/2007-ANATEL². Solicita, assim, a inclusão no Edital de causas de interrupção com base no dispositivo regulamentar, além de interrupções por motivos de ordem técnica ou de segurança;

6.11 Da previsão de penalidade por atraso de pagamento: solicita a alteração do item 5.4 da Minuta do Contrato referentes ao ressarcimento em decorrência do atraso por parte do Contratante no pagamento da parcela contratada, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora da ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI;

7. Ao final, solicita que sejam alteradas as exigências do Edital.

DOS COMENTÁRIOS

8. Preliminarmente, informo que os pedidos de impugnação foram apresentados tempestivamente, tendo sido encaminhados antes dos dois dias que antecediam a data de abertura da sessão pública, conforme reza o item 3.1 do Edital. Dada a complexidade do tema e a proximidade da abertura do Pregão, procedemos à sua suspensão (fls. 210/211).

² Anexo à Resolução 477/2007 da Anatel: "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.". Disponível em <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/22-2007/9-resolucao-477>, acesso em 05.02.2013.



9. Complementarmente, esclareço que a análise das impugnações em referência ficou sobrestada até o deslinde da alteração proposta para a Resolução nº 239/2012-TCDF (fls. 216/220), que ocorreu em 15 de março de 2013 (fls. 221). Como consequência imediata da reforma ocorrida na referida Resolução, o Senhor Diretor-Geral de Administração solicitou a exclusão do item 1 do Edital do Pregão Eletrônico nº 50/2012 (fls. 222), pelo que também foram realizadas outras alterações além das relativas às impugnações, de modo que fizemos juntar nova minuta de edital às fls. 224/254.

10. Passemos, agora, à análise das impugnações apresentadas.

11. Em relação aos argumentos apresentados no parágrafo 2 deste documento pela empresa VIVO S.A., presto os seguintes esclarecimentos:

11.1 Necessidade de fixação de valor fixo mensal para o intragrupo zero: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada

11.2 Impossibilidade de isenção do valor de deslocamento e adicional de deslocamento (roaming): Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada.

11.3 Perfil de tráfego fictício: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada.

11.4 Acesso de dados requerido: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada.

11.5 Especificação dos aparelhos fornecidos: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada

11.6 Necessidade de cotação integral do serviço de dados para todos os aparelhos: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada.



11.7 Responsabilidade pelo aparelho celular: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada.

11.8 Documentos de habilitação e para faturamento: não há restrição editalícia para que os documentos de habilitação sejam apresentados pela matriz e, posteriormente, o contrato seja celebrado com a filial, haja vista tratarem-se de uma mesma pessoa jurídica. Não se pode deixar de olvidar, entretanto, que a Contratada deverá manter todas as condições exigidas na habilitação, independentemente de ser a matriz ou a filial, inclusive para fins de pagamento e faturamento. Por oportuno, insta observar que a Certidão Negativa de Débitos junto ao INSS, prevista no art. 29, inc. IV, da Lei de Licitações, é emitida somente em nome da matriz da pessoa jurídica, com validade para todas as suas filiais.

12. Em relação aos argumentos apresentados no parágrafo 4 pela empresa CLARO S.A., presto os seguintes esclarecimentos:

12.1 Não admissão de propostas com valores simbólicos, irrisórios ou de valor zero: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada.

12.2 Prazo exíguo para assinatura do contrato: Informa a Administração que o prazo estipulado visa dar celeridade à contratação, sendo que historicamente o Tribunal de Contas utiliza esse prazo, não tendo havido problemas quanto a este ponto. De toda sorte, o Edital prevê que o prazo pode ser prorrogado por igual período, atingindo os 10 (dez) dias pleiteados pela impugnante.

12.3 Forma de pagamento e prazo para envio das faturas: Com relação à forma de pagamento, o que consta no Edital é simplesmente o procedimento padrão de pagamento. O pagamento deve se dar na forma descrita no edital e minuta de contrato, por Ordem Bancária emitida no sistema SIGGO (Sistema Integrado de Gestão Governamental), que é o sistema utilizado no Distrito Federal,



mediante crédito em conta-corrente indicada pela contratada. Existe a possibilidade de se utilizar o código de barras contido nas faturas, desde que não ocorra retenção de tributos na fonte (ISS, IR), o que impossibilita o pagamento em razão da diferença entre o valor faturado e o valor a pagar. Sendo assim, quando possível, utilizamos o código de barras sem restrições, cientes de que este meio de pagamento automatiza a baixa dos débitos nos sistemas da contratada. Porém, não posso afirmar se haverá incidência de tributos sujeitos a retenção na fonte quando da liquidação das despesas da contratação ora pretendida, hipótese em que o crédito só poderá ser feito mediante depósito em conta bancária que deve ser indicada pela proponente. Já no que tange ao prazo para envio das faturas, a Resolução 477 da ANATEL dispõe que o menor prazo a ser concedido ao usuário para o pagamento da fatura é de 5 (cinco) dias. Todavia, diante das circunstâncias do caso concreto, especialmente quando se tratar de órgão público, que exige a atestação da nota fiscal pelo executor do contrato, a liquidação da despesa, o lançamento da nota no sistema, a emissão de ordem bancária (OB), a autorização da autoridade competente e o envio da OB ao banco, o prazo deve ser ampliado, sob pena da Administração Pública incorrer em multa e juros. Portanto, é razoável a exigência do prazo de 10 (dez) dias de antecedência do vencimento para o envio de faturas.

12.4 Especificação dos aparelhos a serem fornecidos: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada.

12.5 Acesso de dados sem redução de velocidade: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada.

12.6 Cotação conjunta para VC1, VC2 e VC3 e omissão com respeito à subcontratação: Em virtude da exclusão do item 1 do Edital, a impugnação, no que se refere a este ponto, restou prejudicada.



12.7 Reajuste do SMP: A Impugnante alerta para o fato de que para o Serviço Móvel Pessoal (chamadas do tipo VC1) não há tarifas (preços públicos), mas preços, cujos índices de reajuste serão sempre os índices determinados no Plano de Serviço Alternativo de Serviços ou no Plano Básico, devidamente homologado pela Anatel. Cabe razão à impugnante, pelo que o Edital foi alterado, tendo-se alterado o modelo de proposta (Anexo III do Edital - fls. 247), com reflexos no Capítulo destinado ao pagamento (item 22.1.1 do Edital - fls. 238 - e item 5.1.1 da Minuta de Contrato fls. 249) e no Capítulo referente ao reajuste (item 19.1 do Edital - fls. 237 - e item 4.1 da Minuta de Contrato - fls. 249).

13. Em relação aos argumentos apresentados no parágrafo 4 pela empresa OI S/A, presto os seguintes esclarecimentos:

13.1 Vedação à participação de licitantes em regime de consórcio: A impugnante alega que o impedimento de participação de empresas em regime de consórcio *“fulmina a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para a prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado”*. Entretanto, cabe citar o entendimento do TCU acerca de serviços de telefonia:

(...)

47. Na Lei de Licitações, a constituição de consórcio para participação em licitações encontra-se prevista no art. 33. O assunto deve ser analisado com cautela, visto que a possibilidade de sua admissão depende de cada situação em particular. De regra, o normativo citado deixa uma margem discricionária ao administrador para sua previsão no edital.

48. Essa associação de empresas, no âmbito administrativo, é recomendável, ou até mesmo exigível, em situações em que o objeto a ser contratado apresenta vulto ou complexidade que necessite a união de esforços, quando as empresas, isoladamente, não dispuserem condições para realizar a devida execução. Entretanto, em situações específicas, a formação de consórcio pode ser prejudicial, em virtude de pactos de eliminação de concorrentes que visem ampliar a participação no mercado.

49. Nota-se que, a exemplo do parcelamento do objeto, a formação do consórcio visa à ampliação da competitividade e à obtenção da proposta mais vantajosa. No entanto, para os objetos do Pregão nº 17/2005, serviços de telefonia e fornecimento de centrais telefônicas, tal escopo, como visto, enquadra-se a bens e serviços comuns, não fica observado maiores



complexidades ao objeto ou inviabilidade técnica que justificassem o consórcio.

(...)

Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de esforços de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame.

No entanto, o caso não me parece requerer a formação de consórcio. Primeiro, porque se a licitação fosse realizada separadamente para fornecimento de serviços de telefonia e de centrais telefônicas, as empresas no mercado teriam, sozinhas, condições de realizar o objeto da licitação. Segundo, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão. (TCU, Acórdão nº 1.591/2005, Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira, DOU de 14.10.2005)

Diante do exposto, entendemos que a vedação expressa no item 4.4.1, II, referente à participação de empresas que “estejam reunidas em consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição”, não fere a competitividade no caso de serviços de telefonia e, portanto, deve ser mantida, haja vista que a contratação ora pretendida, prestação de serviço móvel pessoal, não se reveste de alta complexidade que demande a reunião de empresas do mesmo ramo para a execução de seu objeto, uma vez que este serviço é padronizado, bem como prestado de forma rotineira pelas empresas de telefonia.

13.2 Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral: No tocante à abrangência do efeito suspensivo e do impedimento de contratar com a Administração, a impugnante alega que os incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93³ distinguem os conceitos de Administração e Administração Pública da seguinte forma:

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

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as

³ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>>. Acesso em 10.04.2013.



entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

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

Ocorre que o inciso III do item 4.4.1 do Edital restringe a participação no certame das empresas que “estejam declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública ou suspensas pelo TCDF, nos termos do art. 87 da Lei nº 8.666/1993” (grifei), ou seja, o regramento está de acordo com a legislação e o próprio entendimento da impugnante.

Em relação ao impedimento previsto no inciso IV do item 4.4.1 do Edital, uma análise mais detida do art. 7º da Lei nº 10.520/02⁴ parece expressar sentido de alternatividade da aplicação da penalidade em face da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho leciona:

A utilização da preposição “ou” indica disjunção, alternatividade. Isso significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção. Logo e considerando o enfoque mais tradicional adotado a propósito da sistemática da Lei nº 8.666, ter-se-ia de reconhecer que a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão consiste em ‘suspensão do direito de licitar e contratar’. Não é uma declaração de inidoneidade. Portanto, um sujeito punido no âmbito de um município não teria afetada sua idoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federal. (in Pregão – Comentários à legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5. Ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 252)

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a penalidade de impedimento de licitar e contratar diverge da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, bem como da declaração de inidoneidade no âmbito dos efeitos

⁴ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>>. Acesso em 10.04.2013.



pois enquanto a suspensão é restrita ao órgão e a declaração de inidoneidade abrange todos os órgãos de todos os Poderes e de todas as esferas, o impedimento é limitado à unidade da Federação (Estado ou Distrito Federal ou Município ou a União).⁵

O art. 40 da Instrução Normativa nº 02/2010-SLTI/MPOG⁶ evidencia com clareza o entendimento acerca da abrangência dos efeitos de cada uma das penalidades previstas tanto na Lei de Licitações como na Lei nº 10.520/02:

Art. 40. 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;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

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 deste artigo 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 deste artigo 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. (Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012).

§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção: (Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012).

I – da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;

II – do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou

III – do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.

Cabe ressaltar que é este o entendimento do Tribunal de Contas da União, tendo em vista que em seus editais veda a participação de empresário impedido de licitar e contratar com a União.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sucinta análise das regras punitivas da Lei de Licitações e Contratos.

Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 5, n. 52, abr. 2006, p. 6999.

⁶ Disponível em <<http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm>>. Acesso em 10.04.2013.



Quanto ao TCDF, podemos inferir que este Órgão possui o mesmo entendimento, pois, por meio da Decisão-TCDF nº 3130/2006 (fls. 337/338), determinou-se a fixação expressa do *“impedimento de licitar ou contratar com o Distrito Federal, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, aos licitantes que, convocados dentro do prazo de validade de suas propostas, não celebrarem o contrato, deixarem de entregar ou apresentarem documentação falsa, ensejarem o retardamento da execução do objeto, desistirem da proposta, falharem ou fraudarem na execução do contrato, comportarem-se de modo inidôneo ou cometerem fraude fiscal, nos termos do art. 7.º da Lei 10.520/02.”*

Note, ainda, que o item 23.1 do Edital em tela prevê a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar apenas no âmbito do Distrito Federal:

23.1 Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com o Distrito Federal, e será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (grifei)

Desta feita, procedeu-se à alteração da redação do inciso IV do item 4.4.1 do Edital de forma que estejam vedadas de participar do certame apenas as empresas impedidas de licitar e contratar com o Distrito Federal (fls. 227).

13.3 Exigência de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de habilitação: a Impugnante afirma que o item 5.3 do Edital exige declaração de que preenche os requisitos de habilitação e inexistem fatos impeditivos. Em realidade, o que é exigido no item em comento é a declaração de que atende os requisitos de habilitação e de que a proposta está em conformidade com as exigências editalícias, nada tendo a ver com declaração de inexistência de fato superveniente.



13.4 Da possibilidade de apresentar Certidão Positiva com efeitos de Negativa em relação aos Débitos Trabalhistas: A Impugnante cita que o item 13.3, I, do Edital exige a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, porém, não menciona a possibilidade de apresentação de certidão positiva com efeitos de negativa.

Ressalte-se que o artigo 642-A, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - prevê a emissão da Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos da CNDT, *verbis*:

Artigo 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuitamente e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

I - o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II - o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT⁷. (grifamos)

Dessa feita, não se faz necessária qualquer alteração no Edital ou seu anexo, uma vez que, conforme a legislação em vigor, a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa é equivalente e substitui, para os fins exigidos em um processo licitatório, a Certidão Negativa, sendo amplamente aceita por esta Corte de Contas para fins de comprovação da regularidade junto ao órgão emitente da respectiva certidão, devendo apenas ser esclarecido aos interessados que será aceita, para fins de habilitação, a Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com efeitos de Negativa, consoante os termos do dispositivo legal supracitado.

⁷ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em 15.02.2013.



13.5 Realização do pagamento mediante fatura com código de barras: Conforme discorrido no parágrafo 10.3, existe a possibilidade de se utilizar o código de barras contido nas faturas, desde que não ocorra retenção de tributos na fonte (ISS, IR), o que impossibilita o pagamento em razão da diferença entre o valor faturado e o valor a pagar.

13.6 Da suspensão ou retenção do pagamento por falta de comprovação da regularidade fiscal: A impugnante alega que não há previsão na Lei nº 8.666/93 para retenção ou suspensão de pagamento decorrente do não cumprimento da regularidade fiscal. Todavia, o §1º do art. 63 do Decreto Distrital nº 32.598/10⁸ expressa claramente tal procedimento:

§1º Fica vedada a emissão de Previsão de Pagamento – PP e de Ordem Bancária – OB, quando verificado que o fornecedor ou contratante do serviço ou obra é devedor da Fazenda Pública do Distrito Federal, do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e da Fazenda Pública Federal.

Portanto, apesar de não estar prevista na Lei de Licitações, entendemos que a exigência editalícia, além de cabível, tem a função de esclarecer os contratados sobre a necessidade de manter a regularidade fiscal no âmbito do Distrito Federal para que seus pagamentos sejam realizados.

13.7 Pagamento em caso de recusa do documento fiscal: a solicitação de pagamento da parcela incontroversa imediato pela Contratante e da diferença após a devida regularização do documento fiscal, não possui amparo na lei ou na jurisprudência para fins de “atesto parcial” ou para pagamento “parcial” de nota fiscal que será reparada/revista. Assim, tão logo seja apresentado o documento fiscal reparado/revisto ou com supressão de parcela para posterior ajuste, será realizado o pagamento devido.

⁸ Disponível em <<[http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=32598&txtAno=2010&txtTipo=6&txtParte=](http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=32598&txtAno=2010&txtTipo=6&txtParte=;)>>. Acesso em 10.04.2013.



13.8 *Das penalidades excessivas:* A impugnante alega que o item 23.5 do Edital e o item 10.2 da Minuta de Contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato, estabelecido pelo Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura) e colidindo, ainda, com a Medida Provisória nº 2.172/01. Ocorre que tais normativos versam sobre taxa máxima de juros, que não guardam correspondência direta com as penalidades administrativas, previstas nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93.

Cabe observar que a multa do item 23.5 do Edital, reprisada na Minuta do Contrato, é multa por inexecução total ou parcial do objeto, consoante o art. 87, II, da Lei nº 8.666/93. Ou seja, é aplicável nos casos nos quais a obrigação assumida pela Contratada não foi cumprida, e nem poderá mais a vir a sê-lo com proveito para o credor tornando-se definitivo o seu descumprimento. Tal multa tem caráter compensatório e é mais gravosa que a multa moratória, prevista no item 23.5 do Edital, pois em caso de mora a obrigação ainda pode ser cumprida em favor do Contratante. Dessa forma, o Edital prevê a multa moratória no percentual de 10% (dez por cento) e multa de 15% (quinze por cento) no caso de inexecução, revelando-se, assim, adequada a gradação da multa administrativa à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo a impugnação da empresa ser indeferida neste quesito.

13.9 *Do limite de responsabilidade da Contratada:* A Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, quanto aos danos diretamente causados à Contratante ou a terceiros, decorrente diretamente de sua culpa ou dolo nos termos do art. 70 da Lei n.º 8.666/93. O entendimento está correto e já vem sendo aplicado nesta Casa. A omissão no Edital foi sanada (fls. 240/241), bem como na Minuta do Contrato (fls. 252).

13.10 *Prestação ininterrupta dos serviços telefônicos:* O interesse público encontra-se acima do particular. Assim, a inclusão no Edital de causas de interrupção dos serviços com base no art. 51 da Resolução



nº 477/2007-ANATEL⁹ não possui respaldo legal nem tampouco principiológico. Para a proteção do particular em caso de atraso no pagamento, foi incluída atualização monetária e multa moratória (item 22.5 do Edital e 5.7 da Minuta de Contrato). Quanto à possibilidade de interrupções por motivos de ordem técnica ou de segurança, foi incluída no item 4.1.1 do Anexo I (Termo de Referência) a possibilidade de interrupção por motivo de força maior, que deverá ser justificada e aceita pela Administração (fls. _).

13.11 Previsão de penalidade por atraso de pagamento: Apesar de não constar expressamente a possibilidade de cobrança de multa por atraso de pagamento, informamos que o TCDF, por intermédio da Decisão nº 2498/02, entendeu ser cabível a cobrança de multa de mora, de forma que, caso ocorram atrasos, o TCDF não deixará de ressarcir a contratada, desde que esta observe o prazo contratual de pagamento: enviar a fatura/cobrança com antecedência, para que o pagamento possa ser processado em até 10 dias úteis após o atesto dos valores cobrados. A fim de deixar claro tal posicionamento, foi incluído o item 22.5 no Edital (fls. 238) e 5.7 da Minuta de Contrato (fls. 250), com a respectiva renumeração dos demais itens.

Já a pretensão da impugnante em fixar multa adicional de 2% (dois por cento) majora os custos financeiros indevidamente para a Contratante, não encontrando respaldo legal ou normativo, entendimento corroborado pela Sumula de Jurisprudência nº 6 do TCDF (fls. 223), devendo ser indeferida.

14. Por fim, solicita o julgamento motivado da impugnação.

⁹ Anexo à Resolução 477/2007 da Anatel: "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.". Disponível em <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/22-2007/9-resolucao-477>, acesso em 05.02.2013.



CONCLUSÃO

15. Ante todo o exposto, considerando as alegações apresentadas pelas Impugnantes e os apontamentos aqui discorridos, concluímos pela **procedência parcial** dos pedidos de impugnação apresentados pelas empresas VIVO, CLARO e Oi, com a consequente retificação do Edital.

Por fim, sugerimos que, após oitiva da Douta Consultoria Jurídica da Presidência, caso autorizada, seja dada continuidade ao certame.

Brasília (DF), em 16 de abril de 2013.

Alessandra Ribeiro Astuti
Pregoeira

De acordo,
Brasília (DF), 16 de abril de 2013.

Wildson Prado Oliveira
Seção de Licitação e Contrato
Chefe

De acordo.
À Diretoria Geral de Administração.
Brasília - DF, em ____ de abril de 2013.

AMAURI ALVES NERY
Diretor da DLMP