PREGÃO Nº 080/2013 – Contratação de empresa especializada em telecomunicações para prestação de serviço de telefonia móvel pessoal - SMP, no âmbito da Administração Direta e Indireta do Município de Joinville.

Trata-se de impugnação interposta, tempestivamente, pela empresa 14 Brasil Telecom Celular S.A que interpôs aos 04 dias de julho de 2013 às 11:01h, impugnação ao Edital de **PREGÃO Nº 080/2013**, em face do ato convocatório, que tem por objeto a **Contratação de empresa especializada em telecomunicações para prestação de serviço de telefonia móvel pessoal - SMP, no âmbito da Administração Direta e Indireta do Município de Joinville.**

A impugnante questiona alguns itens do edital, do qual passamos a expor a seguir.

É o relatório.

I – DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Preliminarmente cabe mencionar que o edital estabeleceu os requisitos para interposição das impugnações, sendo estes pressupostos de admissibilidade, sendo que a impugnante atendeu tais pressupostos.

A respeito da admissibilidade, vejamos o que diz o edital:

> **12.1.2** - As impugnações poderão ser protocolizadas através do e-mail suprimentos@joinville.sc.gov.br, em documento digitalizado (PDF, JPG) devidamente assinado ou com assinatura digital certificada pelo ICP – Brasil, **acompanhado da procuração respectiva.**
>
> **12.2 - Não serão conhecidas as impugnações e os recursos apresentados fora do prazo legal e/ou subscritos por representante não habilitado legalmente ou não identificado no processo para responder pelo proponente.**

Assim sendo, analisamos o mérito das razões interpostas.

II – DO MÉRITO

Analisando os termos da Impugnação vejamos os itens questionados pela impugnante:

1. **Desnecessidade de Reconhecimento de Firma em Instrumento Público de Procuração:**

A impugnante requer a adequação do item 4.3 do Edital, para que a procuração por instrumento público, apresentada pelo representante da empresa por ocasião do credenciamento não precise ter firma reconhecida, mas apenas nos casos de procuração por instrumento particular.

Vejamos o que dita o item 4.3 do edital:

> ***4.3*** *- As pessoas jurídicas ou empresários individuais deverão credenciar representantes, mediante a apresentação de procuração por instrumento público ou particular com firma reconhecida, atribuindo poderes para formular lances de preços e praticar todos os demais atos e operações no "licitacoes-e".*

Conforme disposto no item 4.3 do edital, é a **procuração por instrumento particular** deve ter firma reconhecida.

2. Inexistência de Aplicação da Alternatividade Estatuída nos Incisos II e III do Art. 29 da Lei de Licitações:

A impugnante alega que não haveria problemas e a matriz ter sido habilitada e a filial entregar os produtos/serviços contratados. E ainda que tanto a

matriz quanto a filial podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista trata-se da mesma pessoa jurídica. Dessa forma requer a alteração do Item 9.2 “c” e “b” do Edital e item 8.5 “c” do Edital, para que as certidões possam ser apresentadas do domicílio ou da sede da licitante.

Ora, em nenhum momento o instrumento convocatório inibe a participação de matriz com fornecimento de filial, prova disso é que o item 9.5 “c” que prevê a apresentação de documentos caso a empresa participar da licitação com a matriz e executar o serviço pela filial.

Vejamos:

> ***9.5*** *– Sob pena de inabilitação, nos documentos a que se refere o subitem 9.2 deste edital deverão constar o nome/razão social do proponente, o número do CNPJ e o respectivo endereço, observado que se o proponente for:*
> ***a****) matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz;*
> ***b****) filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial;*
> ***c) a matriz, e o fornecimento for realizado pela filial, os documentos exigidos neste Edital deverão ser apresentados em nome da matriz e da filial, simultaneamente.***

Vejamos trecho do Relatório do Acordáo nº 3056/2008 – Plenário do Tribunal de Contas da União:

> *(...) se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.*
> *(...)*
> *Destaca-se, ainda, que há certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas*

> *filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.*

E ainda item 20 do Relatório anteriormente citado:

> *... tanto a matriz, quanto à filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a fim de verificar a cumprimento dos requisitos de habilitação.*

Posicionamento do STJ exqarado no REsp. nº 900.604/RN:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE.ARTIGO 29 , II E III , DA LEI DE LICITAÇÕES MATÉRIA FISCAL. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 127 , II , CTN . I Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado"*

É claro que, quanto a apresentação da documentação no que tange à habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, em casos de balanço patrimonial consolidado, e qualificação técnica, além das certidões regularidade relativa à Seguridade Social – INSS e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, ou seja, todos os documentos que de alguma forma consolidam informações de matriz e filial pode ser apresentados de forma unificada.

3. Exigência de Índices:

A empresa impugnante questiona a exigência contida na alínea "j" do item 9.2 do edital, que determina, como condição de habilitação, a comprovação de capacidade econômico-financeira por via da apresentação de Índice de Solvência Geral maior ou igual a 1, e pleiteia a adequação do item editalício de forma a possibilitar a comprovação da qualificação econômico-financeira alternativamente pelo Índice de Solvência Geral ou por meio da comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do art. 31, §2º da Lei nº. 8.666/93 e do item 7.2 da Instrução Normativa MARE nº. 5/1995.

Verifica-se que o edital exige, para a habilitação dos proponentes, quociente de liquidez corrente maior ou igual a um e grau de endividamento inferior ou igual a um. A exigência apresenta-se em consonância com os parágrafos 1º e 5º do art. 31 da Lei nº. 8.666/93, que ditam:

> *"§1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.*
> *(...)*
> *§5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação."*

No Edital justifica-se a exigência dos índices afirmando que:

> "*O índice de Liquidez Geral identifica a capacidade de pagamento da empresa a longo prazo, considerando tudo que o que se converterá em dinheiro (a curto e longo prazo), relacionando com tudo o que a empresa já assumiu como dívida (a curto e a longo prazo).*
> *O índice de Endividamento nos revela o nível de endividamento da empresa, ou seja, o quanto que o ativo está sendo*

> *financiado por capitais de terceiros. Os índices maiores que 1,00 indicam que os capitais de terceiros superam o ativo (bens e direitos).*
> *Os índices estabelecidos para a Licitação em pauta (LG □ 1,00 e Índice de Endividamento Total – GE □ 1,00) não ferem o disposto no art. 31, da Lei 8.666/93 e foram estabelecidos no seu patamar mínimo aceitável, para avaliar a saúde financeira da empresa.*"

Jessé Torres Pereira Júnior, tratando do tema, confirma a possibilidade da exigência de referidos índices:

> *"A Lei nº. 8.883/94 vedou expressamente índices de rentabilidade ou lucratividade. Assim, seriam índices econômico-financeiros autorizados pela lei a figurarem nos editais, entre outros:*
> *(a) liquidez corrente, que mede a solvência da empresa; quanto maior, melhor; a média saudável do setor de construção civil, por exemplo, é de 4,51, o que significa que para cada real de dívida a curto prazo existem R$ 4,51 no ativo circulante;*
> *(b) liquidez geral, que mede a capacidade da empresa para saldar suas dívidas a curto e longo prazos, fazendo uso de recursos disponíveis no ativo circulante e realizável a longo prazo; quanto maior, melhor; a média do setor de construção civil situa-se em 2,80, o que significa que para cada real de dívida a curto e a longo prazos existem R$ 2,80 no ativo circulante mais o realizável a longo prazo;*
> *(c) endividamento, que indica o nível de comprometimento do capital próprio com o de terceiro; quanto menor, melhor; a média do setor da construção civil gira em torno de 0,34."*[7]

A exigência de índices contábeis destina-se à consecução de um grau máximo de certeza e risco mínimo na contratação, garantindo as condições econômicas da contratada para o cumprimento do contrato. Portanto, não há que se questionar quanto à legalidade e legitimidade de sua exigência para efeitos de habilitação econômico-financeira dos proponentes.

A liquidez geral e corrente maior ou igual a 1 como grau mínimo de aferição da segurança econômico-financeira da contratação é reconhecida, inclusive, pelo Tribunal de Contas da União, conforme se apreende da seguinte decisão:

> "*São a Liquidez Geral (LG) e a Liquidez Corrente (LC) os índices utilizados pelo subitem 6.3 do edital (fl. 22) para a comprovação da boa situação financeira da proponente. Quanto maiores esses índices, melhor. Um índice de LG menor do que 1 demonstra que*

[7] *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 423.

> *a empresa não tem recursos suficientes para pagar as suas dívidas, devendo gerá-los. Já um índice de LC menor do que 1 demonstra que a empresa não possui folga financeira a curto prazo. Se os dois índices foram maiores do que 1, a empresa estará financeiramente saudável... Nesse sentido, qualquer empresa de pequeno ou grande porte poderia participar da concorrência, independentemente de capital ou de patrimônio líquido mínimo, desde que tivesse os seus índices contábeis nos valores normalmente adotados para comprovar uma boa situação financeira.*"
> (Acórdão nº. 247/2003, Plenário, rel. Min. Marcos Villaça)

Em sentido análogo, e admitindo, inclusive, maior restrição quanto ao grau de endividamento considerado aceitável, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em reiteradas decisões, entende como razoáveis os índices estabelecidos, conforme ilustra o seguinte julgado:

> *"Esta Casa, de há muito coleciona na assentada de julgamentos decisões que acabaram consolidando como razoáveis índices de liquidez corrente e liquidez geral maiores ou iguais a 1,0 e de endividamento menores ou iguais a 0,50."*
> (TCESP, Processo TC-003217/026/09, Cons. Robson Marinho, 16/01/2009)

Por outro lado, com relação à possibilidade de apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo em caso de não atendimento aos índices contábeis exigidos, é de se ressalvar, em primeiro lugar, que a Instrução Normativa MARE-GM nº. 5, de 21 de julho de 1995, não é de observância obrigatória pelo Município de Joinville. Conforme consta da própria norma, a adoção dos procedimentos estabelecidos em referida instrução normativa somente é obrigatória aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG e aos demais órgãos e entidades que optarem pela utilização do Sistema de Cadastramento Unificado de Serviços Gerais – SICAF, sendo que o Município não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses.

Ademais, conforme salienta Marçal Justen Filho, "*a qualificação econômico-financeira não é, no campo das licitações, um conceito absoluto. É relativo ao vulto dos investimentos e despesas necessários à execução da prestação. (...). Mesmo nos casos em que não se configurem presentes os requisitos de capital social ou patrimônio líquido mínimo, será possível estabelecer regras acerca da qualificação econômico-financeira.*"[8]

[8] *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 451.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já reputou válido edital que deixou de exigir comprovação atinente a todos os incisos do art. 31:

> "*não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art. 31 da Lei 8.666/93.*"
> (REsp nº. 402.711/SP, rel. Min. José Felgado, j. em 11/06/2002)

A exigência de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo está prevista no §2º do art. 31 da Lei nº. 8.666/93:

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

Conforme se depreende do texto legal – *"A Administração (...) poderá estabelecer" –,* referida exigência insere-se no campo da discricionariedade do Administrador, que deverá avaliar, em cada caso, a conveniência e oportunidade de sua previsão nos editais de licitações. Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Júnior afirma que:

> "*Se o objeto da licitação for compra para entrega futura, obra ou serviço (excluem-se da provisão, portanto, compra para entrega imediata, alienação e locação), o ato convocatório poderá exigir (quer dizer, faculta-se à Administração incluir ou não a exigência) ou capital mínimo, ou patrimônio líquido mínimo, ou a garantia referida no inciso III.*"[9]

Marçal Justen Filho, esclarece, ainda, que, em caso de optar o Administrador pela previsão da comprovação de patrimônio líquido mínimo, deverá justificar sua opção, constituindo vício do edital a exigência indevida:

> "*Caberá ao edital, em cada caso, adotar essa previsão, justificando-a devidamente. Se a execução do objeto do contrato não exigir grande inversão dos recursos, a cláusula de patrimônio*

[9] *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 426-427.

> *líquido mínimo será desnecessária. A indevida previsão de requisito dessa ordem caracterizará vício a ser reprimido.*"[10]

Sobre o tema, já manifestou o Tribunal de Contas da União:

> "*Verifico que a exigência de capital mínimo, de patrimônio líquido mínimo ou ainda de garantias, de acordo com o que dispõem os §§ 2º, 3º e 4º do art. 31 do Estatuto de Licitações, constituiria ato discricionário dos gestores, ou seja, estaria dentro da margem de liberdade a eles conferida. Faculta-lhes a lei a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir o melhor caminho visando atender ao interesse público.*"
> (Acórdão nº. 1.844/2005, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira)

Por todo o exposto, verifica-se que encontra respaldo a exigência dos índices contábeis definidos no edital, estabelecidos em grau considerado mínimo para a aferição da segurança econômico-financeira da contratação, ao passo que, por outro lado, não pode a Administração ser compelida a exigir a comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, por encontrar-se essa possibilidade no âmbito de sua discricionariedade. Desse modo, razão não assiste ao impugnante ao questionar os critérios adotados pelo instrumento convocatório.

4. Exigência que Colide com o Estatuído no Art. 28, Inciso III da Lei nº 8.666/93:

A empresa impugnante defende que a exigência contida na alínea "b" do item 9.3.2 do edital, de apresentação de publicação na imprensa da ata arquivada de eleição dos administradores das sociedades por ações, é excessiva e afronta a disposição contida no inciso III do art. 28 da Lei nº. 8.666/93.

Referido dispositivo legal exige, para habilitação jurídica dos interessados em contratar com a Administração Pública, a apresentação de seu ato constitutivo que, no caso das sociedades por ações, deve ser acompanhado dos documentos de eleição de seus administradores. in v*erbis:*

[10] *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 461.

> *"Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:*
> *(...)*
> *III – ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;"*

É certo que a lei e o edital, ao definirem a documentação para a habilitação jurídica dos proponentes, pressupõem que esta documentação esteja em plena consonância com a legislação societária que lhe seja aplicável, não sendo outra, por exemplo, a intenção da expressão "*devidamente registrado*", ou seja, cumpridas as exigências legais de arquivamento e publicação do ato constitutivo e todas as modificações posteriores.

Com efeito, a Lei de Sociedade por Ações, Lei nº. 6.404/76, condiciona a validade do próprio ato constitutivo ao seu arquivamento e publicação, como evidencia o seu art. 94:

> *"Art. 94. Nenhuma companhia poderá funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos."*

Assim como seu ato constitutivo, todas as deliberações posteriores das sociedades por ações tomadas em assembléias gerais ordinárias ou extraordinárias devem ser lavradas em atas no livro próprio que a empresa é obrigada a escriturar (art. 100, IV), sendo extraída "*do livro em que foi escriturada uma certidão ou cópia da ata, que será encaminhada à Junta Comercial, para arquivamento (art. 130)*"[11]

A exigência do arquivamento e publicação das atas de assembléias gerais ordinárias e extraordinárias para sua validade extrai-se expressamente do art. 134, §5º, e do art. 135, §1º, da Lei nº. 6.404/76:

> *"Art. 134. (...)*
> *(...)*
> *§5º A ata da assembléia geral ordinária será arquivada no Registro do Comércio e publicada."*
>
> *"Art. 135. A assembléia geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará em primeira convocação com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços),*

[11] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 211.

> *no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá instalar-se em segunda com qualquer número.*
> *§1º Os atos relativos a reformas do estatuto, para valerem contra terceiros, ficam sujeitos às formalidades de arquivamento e publicação, não podendo, todavia, a falta de cumprimento dessas formalidades ser oposta, pela companhia ou por seus acionistas, a terceiros de boa-fé.*
> *(...) "*

Sobre referidas normas, ensina Modesto Carvalhosa[12]:

> *"A ata entra na categoria dos instrumentos particulares e como tal faz prova plena dos atos nela transcritos no que respeita às relações dos acionistas entre si, entre estes e a sociedade e perante terceiros. Quanto a estes últimos, vale, como regra geral, o preceito contido no art. 135, ou seja, de que os atos relativos à assembléia geral, para valerem contra terceiros, ficam sujeitos às formalidades de arquivamento e publicação, não podendo, todavia, a falta de cumprimento dessas formalidades ser oposta, pela companhia ou por seus acionistas, a terceiros de boa-fé. (...). O arquivamento é exigência que se aplica a todas as atas ou escrituras das assembléias, sejam elas ordinárias (art. 134) ou extraordinárias (art. 135), sejam especiais (art. 51, 71 e 137), bem como as de constituição da companhia (art. 94)"* (grifamos)

No mesmo sentido, condicionado a eficácia contra terceiros à devida publicação do ato, dita também o §1º do art. 142 da Lei das Sociedades Anônimas:

> "*§1º Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros.*"

Nessa mesma esteira, prescreve, ainda, o Código Civil de 2002 em seu art. 1.154:

> *"Art. 1.154. O ato sujeito a registro, ressalvadas as disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia."* (grifamos)

O arquivamento das atas e sua publicação, portanto, é requisito indispensável de validade dos atos produzidos pelas assembléias e reuniões

12 *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 643.

do conselho de administração das sociedades por ações perante terceiros, inclusive, portanto, em processos licitatórios.

Em razão dessa indispensabilidade da publicação para que o ato de eleição dos administradores das sociedades por ações produza efeitos contra terceiros, a necessidade da exigência da comprovação da publicação da ata de eleição para efeitos de habilitação jurídica de proponentes em licitações é também sustentada por Marçal Justen Filho[13]:

> *"Quando uma sociedade por ações participar da licitação, será necessária a apresentação da ata, devidamente arquivada, de assembléia geral ou reunião do conselho de administração que elegeu os administradores. Embora o silêncio da lei, deverá ser apresentada, ainda, comprovação da publicação pela imprensa da ata arquivada."*

Portanto, descabido o inconformismo da empresa impugnante, não havendo razão para a alteração da questionada disposição editalícia.

5. Exigência de Declaração de Inexistência de Fato Superveniente Impeditivo de Habilitação:

A impugnante questiona o item 10.3, alínea "a" do Edital, o qual exige que a licitante deve declarar a inexistência de fatos supervenientes impeditivos para a habilitação, alega que tal exigência não tem respaldo na Lei.

Entretanto, equivoca-se a ora peticionante vez que a exigência editalícia está fundamentada no art. 32, § 2º, da Lei 8.666/93.

A Oi não esclarece a razão pela qual impugnou tal exigência, vez que alega que a lei obriga declarar a superveniência de fato impeditivo e em nenhum momento exigiu ou autorizou o dever de declarar a ausência de fato impeditivo.

Ora, declarar a "superveniência de fato impeditivo" e "declarar a ausência de fato impeditivo" têm o mesmo sentido lógico.

E ainda destacamos,

13 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 395.

> *"Sob tais premissas, a ordem legal confere à Administração discricionariedade para exigir em suas licitações, qualquer que seja a modalidade, independentemente da previsão de substituição dos documentos habilitatórios pelo CRC, declaração de inexistência de fato superveniente, visando reduzir a margem de equívocos no tocante a manter no certame licitantes que não podem com ela*
>
> *contratar, notadamente em razão de terem sido sancionados com a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública."*
> *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Curitiba: Zênit, n. 101, p. 586, jul.2002, seção Doutrina/ Parecer/Comentários.*

Ademais, o exigido no edital ora impugnado, como em outros deste órgão, é a apresentação de declaração de "inexistência de fato superveniente impeditivo de habilitação", que em nada diverge do que dispõe a Lei 8.666/93, razão pela qual mantemos a exigência.

6. **Pagamento em Caso de recusa do Documento Fiscal:**

Questiona ainda a impugnante que o item 17.3.1 do Edital e o item 4.3.1 da Claúsula Quarta da Minuta do Contrato, e requer a adequação dos referidos itens, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

Vejamos o que diz o item 17.3.1 do Edital:

> *"**17.3.1** – Em caso de erro na nota fiscal/fatura, observação de cobranças indevidas ou circunstâncias que impeçam a liquidação das despesas, a CONTRATADA será oficialmente comunicada do fato pelo gestor do contrato, e a partir daquela data o pagamento iniciar-se-á após a regularização da situação e reapresentação do documento fiscal, o que não poderá se dar em um prazo inferior a 5 (cinco) dias úteis antecedentes a data do vencimento."*

Os erros contidos em Nota Fiscal/Fatura podem ser de diversas naturezas, afetos, por exemplo, à identificação do cliente, à quantidade e à descrição/código dos serviços prestados, ao preço cobrado, a alíquotas de tributos, entre outras, o que acaba por acarretar efeitos em diversas esferas, em especial a

administrativa (acompanhamento/mensuração da execução do contrato) e fiscal (recolhimento de tributos).

É preciso que todos esses requisitos exigidos por normas e, por isso, obrigatórios à emissão da Nota Fiscal/Fatura estejam presentes, de forma correta, para que o pagamento possa ser feito pela Administração. O documento base para os registros de comprovação da despesa e de pagamento é a Nota Fiscal/Fatura, a qual é anexada ao processo, por exigência legal.

Caso o documento fiscal apresente erro, o mesmo não terá validade jurídica para respaldar o procedimento, podendo ser, inclusive, objeto de questionamento pelos sistemas de controle da Administração Pública, razão pela qual se faz necessário a sua retificação, antes da efetivação do pagamento.

Cabe elucidar o disposto no inciso II, do parágrafo único, art. 15, do Decreto Municipal nº 13.820/2007, que dispõe o seguinte:

> *"Parágrafo único – Para a liquidação da despesa, é indispensável constar no processo:*
> *(…)*
> *II – atestado de recebimento do material, de prestação do serviço ou de execução da obra, emitido por responsável autorizado (...)"*

Desse modo, não poderá o responsável pelo atestado do recebimento dos serviços atestá-lo caso haja indícios de erro na fatura, devendo as questões primeiramente serem resolvidas.

Além disso, para elaboração do instrumento convocatório, foram consultadas empresas do ramo de telefonia, onde obteve-se a informação que, para casos de contratações governamentais, existe a possibilidade de um tratamento diferenciado do padrão utilizado pelas empresas, no que diz respeito a erros nas faturas.

Assim, a alegação da impugnante de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante, sem necessidade de se aguardar a correção da Nota Fiscal/Fatura pela Contratada, não pode prosperar.

7. **Solicitação de Inclusão de Previsão de Penalidade por Atraso de Pagamento:**

Questiona a impugnante a ausência de garantias à futura contratada em caso de atraso no pagamento da parcela devida pela Administração. Sustenta que, para se evitar o locupletamento indevido da Administração e não afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em caso de mora por parte da contratante, devem incidir multa moratória de 2% sobre o valor da fatura no mês em atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e correção monetária pelo IGP-DI, questionando, portanto, as disposições contidas no item 17.4 do edital e 4.5 da minuta contratual.

As disposições questionadas regem que, em caso de atraso no pagamento, por culpa exclusiva da Administração, incidirá correção monetária sobre o valor devido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA.

A determinação atende ao disposto na alínea “c” do inciso XIV do art. 40 da Lei nº. 8.666/93, que especifica que o edital deve indicar as condições de pagamento, prevendo o critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento.

A estipulação de correção monetária para o pagamento fora do prazo de débitos de qualquer natureza visa impedir prejuízos ao credor e o enriquecimento sem causa do devedor e manter o equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

Essa correção monetária deve ser pautada em índice capaz de retratar, de maneira fidedigna, o avanço inflacionário verificado no período. Para esse efeito, elegeu o edital o IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo. Entretanto, a impugnante questiona o índice adotado, sustentando que deveria ser adotado o IGP-DI.

O IGP-DI é um índice que visa, de maneira ampla e abrangente, indicar mensalmente o nível da atividade econômica. Engloba, portanto, diferentes atividades e etapas do processo produtivo, sendo composto pela média aritmética ponderada do Índice de Preços no Atacado – IPA, do Índice de Preços ao Consumidor – IPC e do Índice Nacional da Construção Civil – INCC[14].

Já o IPCA, por seu turno, tem objetivo mais específico, visando medir a inflação de um conjunto de produtos e serviços comercializados no varejo, referentes ao consumo de famílias com rendimento entre 1 e 40 salários mínimos. Desde junho de 1999 é o índice utilizado pelo Banco Central do Brasil para o acompanhamento dos objetivos estabelecidos no sistema de metas de inflação, sendo considerado o índice oficial de inflação do país[15].

Da análise dos índices em questão, não se vislumbra qualquer inadequação no índice adotado para a atualização financeira dos pagamentos eventualmente realizados com atraso pelo contratante. O IPCA, pelo contrário, mostra-se mais adequado para retratar o avanço da inflação no contrato em questão, por refletir a variação dos preços dos produtos e serviços no mercado de consumo, do que o índice sugerido pelo impugnante, o IGP-DI, que, além dos preços do mercado a varejo, engloba a evolução de preços de produtos no atacado, bem como reflete as alterações dos custos no mercado da construção civil, cenários, portanto, que não apresentam relação direta com a contratação pretendida.

[14] Fonte: http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92B6B6420E96. Acesso em 18/03/2013.
[15] Fonte: http://dados.gov.br/dataset/indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo-ipca, Acesso em 18/03/2013.

Portanto, não se mostra justificável a alteração do índice pleiteada pela impugnante.

Já com relação às compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos, a necessidade de sua previsão pelo instrumento convocatório está prevista na alínea “d” do inciso XIV do art. 40 da Lei nº. 8.666/93.

Sobre tal disposição, entretanto, já reconheceu o Tribunal de Contas da União referir-se a atrasos do contratado na execução do objeto e não do pagamento a cargo Administração, conforme esclarece o seguinte arrazoado:

> *“12. Antes de nos pronunciarmos quanto ao fato de no Edital não constar artigo que contemple a matéria de que trata o inciso XIV, alínea `d', do art. 40 da Lei nº 8.666/93, é necessário que esclareçamos o sentido desse dispositivo.*
> *13. A mencionada alínea oferece dificuldade à interpretação em razão de não precisar o atraso ensejante das compensações financeiras e penalizações. Para Marçal Justen Filho, em seu Livro Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tal atraso seria o de pagamento, uma vez que ao comentar a citada alínea utiliza como título Conseqüências para atraso ou antecipação do pagamento`. Já Wolgran Junqueira Ferreira, no seu livro Licitações e Contratos na Administração Pública, ao comentar a mesma alínea, entende ser atraso da contratada no cumprimento de sua obrigação.*
> *14. ...Se o atraso a ensejar as compensações financeiras e penalizações fosse o do pagamento da administração, estaríamos diante da presunção de inadimplência por parte do Poder Público, bem como na auto-aplicação de penalidades.*
> *15. Ainda sob a égide do Decreto-lei nº 2.300, o Tribunal firmou entendimento no sentido de serem inadmissíveis a inclusão de cláusulas contratuais estipulando a aplicação de penalidades na própria administração (TC 575.062/90-8, Anexo VI da Ata 60/90-Plenário), tendo orientado a adoção de tal entendimento o parecer do Ministério Público, cujas passagens mais esclarecedoras transcrevemos a seguir:*
> *'A questão em debate nos autos pertine ao tema versado no dispositivo invocado pelo eminente Relator do feito (cf, DL n 2.300, art. 45 - VII) pelo qual se prevê nos contratos administrativos, como necessária cláusula que disponha sobre as responsabilidades das partes, penalidades e valor da multa.*
> *Força é convir que o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, com a estipulação em comento, pretende resguardar a União, aí incluídos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, de inadimplência da parte contratada, não se presumindo que fosse pressupor a própria inadimplência para prever a autopunição.*

Este é o sentido que se extrai do dispositivo em comento, exegese esta, aliás, não desabonada pelos comentadores do referido Estatuto.
Sobressaem, ao propósito, as judiciosas considerações que expende Raul Armando Mendes, quando observa que tal cláusula ressalta mais as responsabilidades do contratado, uma vez que a Administração contrata com supremacia de poder, em vários aspectos, de sorte que, ao contratado, quando a Administração for a inadimplente, pouco mais lhe resta senão reclamar, judicialmente perdas e danos (in ´Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos´, Ed. RT, 1988, p. 122).
Procede, a nosso ver, essa colocação, desde que o legislador de 1986 (cf. DL n 2.300), no Capítulo reservado às penalidades destina-as exclusivamente, ao contratado (cf. arts. 71 a 74 do Estatuto)`.
16. O advento do novo Estatuto das Licitações (Lei n 8.666/93) não desautorizou o entendimento retrocitado, uma vez que a nova Lei não promoveu inovações que invalidassem os fundamentos que embasaram a Decisão. Assim, por exemplo, como na Lei anterior, a Lei nº 8.666/93 quando trata das penalidades só as endereça aos contratados (cf. art. 86 a 88).
- Deste modo, consideramos falsa a afirmação do representante no sentido de inexistir previsão no edital quanto a compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos, haja vista que o edital, no art. 24, inciso II, ter previsto multa de 0,2% do valor do contrato, por dia útil de atraso injustificado no cumprimento dos prazos pactuados no mesmo."
(TCU, Decisão nº. 622/96, Plenário, rel. Min. José Antônio Barreto Macedo, DOU de 15/10/96 – grifos nossos)

No mesmo sentido quanto à impossibilidade de o edital e o contrato previrem punições contra a própria Administração:

"(...) h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário).
(...)"
(TCU, Decisão 585/94, Plenário, grifos nossos)

e

"(...) b) quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício nº 412/94, procedente da 8ª SECEX, que, de acordo com Decisão proferida no TC nº 011.273/94-1, relativo ao acompanhamento dos procedimentos

> *licitatórios adotados pela (...), determinou à entidade o seguinte: "... b. não inclua em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos , cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos, uma vez que o art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos. (...)"*
> (TCU, Decisão 454/98, Plenário, grifamos)

Entende-se, portanto, que não deve ser prevista penalização moratória contra a Administração, por não autorizar a lei que a Administração pressuponha a própria inadimplência e se autopuna, de modo, que ao contratado, em caso de prejuízos decorrentes de eventuais atrasos em pagamentos, cabe reclamar judicialmente por perdas e danos[16].

Descabida, assim, totalmente, a insurgência da impugnante também quanto a este quesito.

8. Indevida Retenção do Pagamento:

A impugnante questiona os itens 17.5 do Edital e item 4.4 da Minuta do Contrato , alegando que os mesmos estabelecem que o pagamento ficará condicionado a apresentação da comprovação de regularidade fiscal.

Analisando os itens citados, é nítido e claro que o pagamento não está condicionado a comprovação de regularidade fiscal, apenas é exigida a apresentação das certidões negativas, verifica-se que tal exigência está amparada no art. 55:

> *" XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação."*

Portanto, apresentação das certidões negativas continuam exigidas.

[16] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 493.

9. **Base de Cálculo da Multa em caso de Inexecução parcial do Contratado:**

Sustenta a impugnante que a base de cálculo da multa em caso de inexecução parcial do contrato é excessiva e desproporcional. Isto porque os itens 18.2, inciso I e alíneas do edital, e 12.2, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” da minuta contratual estabelecem multa sobre o valor total do contrato, sem estabelecer diferença quanto ao total ou parcial do acordado.

Defende que, em caso de descumprimento parcial das obrigações, a base de cálculo da multa deve ser o valor da parcela ou do serviço em atraso e não o valor total das obrigações.

A insurgência da impugnante, entretanto, não merece guarida. O adimplemento ou inadimplemento dos serviços contratados deve ser avaliado em sua totalidade, não sendo possível apurá-lo tão somente com relação a parcelas específicas. Ademais, nem todas as condutas englobadas na prestação da contratada são avaliáveis pecuniariamente, tornando inviável estimar-se a aplicação de multa sobre o valor da parcela ou do serviço não cumprido.

Outrossim, é de se destacar que a fixação do valor da multa está no campo da discricionariedade da Administração e deve ser determinado de modo suficiente a atingir à finalidade de atender ao interesse público de desestimular o inadimplemento contratual.

A alegada violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade também não se manifesta, visto serem referidos princípios atendidos pela gradação entre as diferentes penalidades aplicáveis em caso de inadimplemento contratual, previstas no item 18 do edital e cláusula décima segunda da minuta contratual, em conformidade com o estabelecido no art. 7º da Lei nº. 10.520/02:

impedimento de licitar e contratar com o Município e descredenciamento do Cadastro Central de Fornecedores do Município e multa.

Há de se destacar, ainda, que, em caso de inadimplemento contratual, a Administração deve ponderar a conduta da contratada e as consequências geradas, avaliando a pertinência da imposição da penalidade e aplicá-la proporcionalmente em correspondência com a gravidade da conduta.

Assim, para a aplicação das penalidades, deve-se ter em vista a prestação contratada como um todo e avaliadas as penalidades aplicáveis previstas em seu conjunto, além do dever da Administração de dosar as sanções em sua aplicação em conformidade com a reprovabilidade do comportamento da contratada. Portanto, não há que se questionar a proporcionalidade das penalidades previstas.

10. Das Penalidades Excessivas:

Impugna-se, também, por suposta excessividade, o valor das multas fixado pelo item 18.2, inciso I e alíneas do edital, e pelo item 12.2, inciso I e alíneas da minuta contratual. Sustenta a impugnante, que as penalidades contrariam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto nº. 22.626/33 e também a Medida Provisória nº. 2.172/01 e ofendem ao princípio da proporcionalidade. Defende, assim, que as multas aplicáveis devem ser reduzidas ao limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

A fixação do valor de multas encontra-se no âmbito de discricionariedade do Administrador. Vale dizer: pode a Administração fixar o valor da multa aplicada, utilizando-se de critérios que considere mais adequados para sancionar o inadimplemento contratual. De acordo com a consultoria Zênite:

> *"EMENTA: Contrato – Sanções – Critérios para aplicação de multas moratória e compensatória. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: Arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93.*
> *1. Não há um critério legal a ser utilizado pela Administração para fixação, no instrumento convocatório,*

> *das multas moratória e compensatória. O percentual aplicável a cada caso concreto será alvo de apreciação discricionária, dentro dos limites da razoabilidade e da prática de mercado".*

Esse valor das multas, a ser discricionariamente determinado pela Administração, também não tem limite expresso na lei. Os artigos 86 e 87 da Lei nº. 8.666/93 referem-se tão somente à *"forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato".* Sua fixação, portanto, deve ser orientada pela razoabilidade e pela prática de mercado.

A suposta limitação a 10% (dez por cento) defendida pela impugnante, não se aplica à contratação que se pretende realizar, por destinar-se apenas a disciplinar os contratos de mútuo. Nas palavras de Arnoldo Wald:

> *"A tese dominante atualmente é no sentido de restringir a aplicação do texto do Decreto nº. 22.626 aos contratos de mútuo, por se referir a lei mencionada à usura e à limitação dos juros, visando evitar que, sob forma de cláusula penal, pudesse ser cobrada uma taxa usurária"*[17]

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Embargos à execução. Multa. Limitação. Precedentes.*
> *1. Já decidiu esta Corte que o "Decreto 22.626, como lei especial, só tem aplicação ao mútuo, não limitando a pena convencional prevista no art. 920 do Código Civil", para concluir que "a cláusula penal prevista em contratos não regidos por norma especial só encontra limite no artigo 920 do Código Civil" (EDclREsp nº 85.356/SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 29/11/99)."*
> (REsp 151.458-RS. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 08/11/2002)

A limitação prevista no Código Civil, a que se refere o acórdão citado, corresponde à previsão do art. 412 do Código Civil atualmente em vigor, que restringe o valor da cominação imposta na cláusula penal ao valor da obrigação principal. Portanto, ainda que se sustentasse que essa limitação seria aplicável também aos contratos administrativos, a previsão do instrumento convocatório mostra-se muito inferior a esse limite.

---

17 *Obrigações e Contratos*. v. II. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 130.

Não sendo legalmente definido, nem encontrando limitações ou balizamentos estabelecidos para a sua definição, cabe à Administração determinar o valor das multas aplicáveis com base nas práticas usuais no mercado e tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Para verificar os valores das penalidades usualmente adotados nas práticas de mercado, foram consultados editais com objeto semelhante ao da licitação em tela. Desse modo, foi possível constatar que o valor determinado de 15% (quinze por cento) sobre o valor do contrato não se mostra destoante das práticas usuais. O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no edital de Pregão Presencial nº. 035/2012 para contratação de serviços de telefonia móvel (item 8 do edital e cláusula décima terceira da minuta contratual), estipulou, a título de sanção pelo atraso injustificado ou pela inexecução total ou parcial do contrato, multa de até 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato. De modo análogo, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, no edital de Pregão Presencial nº. 35/2010 também para a contratação de serviços de telefonia móvel pessoal, previu a possibilidade de aplicação de multa de até 30% (trinta por cento) sobre o valor da obrigação.

Ademais, para a fixação da multa, é de se ressaltar, ainda, que o seu valor não pode ser ínfimo, visto seu viés repressivo às condutas lesivas à Administração e de desestímulo à inexecução contratual, demandados pela supremacia do interesse público sobre o interesse particular, assim como seu caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos causados por eventuais atrasos ou inadimplementos contratuais.

Demonstra-se, assim, que não há ilegalidade ou excessividade no valor das multas previstas no edital, que se coadunam com os valores utilizados no mercado para contratações semelhantes.

11. Inexistência de Previsão do Direito de Defesa – Inobservância dos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa;

A impugnante requer a inclusão no item 18 do Edital da possibilidade de recurso das decisões que apliquem pena, resguardando, assim, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O item 18 do Edital diz que :

> ***18.1*** *– As sanções e penalidades que poderão ser aplicadas ao Proponente/Contratado são as previstas na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, na Lei Municipal nº 4.832, de 22 de setembro de 2003 e alterações posteriores, neste Pregão e no Contrato.*

O art. 9º da Lei Federal nº 10.520/2002, estabelece que *"aplicam-se subsidiariamente , para modalidade de pregão, as normas da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993."*

Ora, o Edital é regido pela Lei 8.666/93, dentre outras dispostas no seu preâmbulo e na cláusula décima quarta da Minuta do Contrato, e os Art. 87 e Art. 109, da referida Lei, garantem o direito de defesa, cabe ainda elucidar que o direito ao contraditório e ampla defesa é decorrente da própria Constituição Federal, não podendo a Administração por força do princípio da legalidade deixar de observar tal garantia.

Portanto, a alegação da impugnante de que não existe esta previsão não prospera, pois o direito de defesa será aplicado conforme disposto na Lei 8.666/93.

12. **Impossibilidade de Subcontratação de Serviços Telefônicos:**

Questiona a impugnante a legalidade da subcontratação admitida pelo item 19.4 do edital. Em seu entendimento, a subcontratação deve limitar-se a partes do serviço, sendo vedada a sub-rogação e divisão das responsabilidades.

Diferentemente do alegado pela impugnante, no entanto, o item 19.4 do edital expressamente admite apenas a subcontratação parcial dos serviços e não de sua totalidade. Também não é permitida a divisão de responsabilidades, dispondo o item 19.4.2 que *"Em qualquer hipótese de subcontratação, permanece a responsabilidade integral da Contratada pela perfeita execução contratual, cabendo-lhe realizar a supervisão e coordenação das atividades da subcontratada, bem como responder perante o Contratante pelo rigoroso cumprimento das obrigações contratuais correspondentes ao objeto da subcontratação".* Não se configura, portanto, hipótese de admissão de sub-rogação.

A subcontratação, tal como prevista no edital, encontra amparo no art. 72 da Lei nº. 8.666/93:

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

A Lei de Licitações, portanto, autoriza que a Administração avalie a conveniência e a oportunidade de permitir a subcontratação, respeitados limites predeterminados. Acerca dessa avaliação, esclarece Marçal Justen Filho[18]:

> *"A escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada. Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo. Assim se impõe porque, estabelecendo regras diversas das práticas entre os particulares, a Administração reduziria a competitividade do certame. É óbvio que se pressupõe, em todas as hipóteses, que a Administração comprove se as práticas usuais adotadas pela iniciativa privada são adequadas para satisfazer os interesses fundamentais."*

A admissibilidade da subcontratação, portanto, tem por finalidade ampliar a competitividade no certame licitatório, possibilitando uma participação mais ampla, nos casos em que poucos ou nenhum agente que atue no mercado possa fornecer o objeto como um todo, sendo prática usual a subcontratação ou o consórcio entre empresas para o fornecimento do objeto em sua totalidade.

[18] *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 566.

Compete, assim, à Administração verificar as práticas usuais do mercado para avaliar a necessidade de admitir ou não a subcontratação de serviços. Nesse sentido, na etapa de planejamento da contratação, o Gerente da Unidade de Controle Patrimonial verificou que, em geral, as empresas não teriam condições de prestar os serviços a serem contratados em sua integralidade e optou pela possibilidade de subcontratação de parte dos serviços, justificando-a nos seguintes termos (fls. 231):

> *"No âmbito do mercado de Telecomunicações as empresas que prestam o SMP (Serviço Móvel Pessoal) não possuem outorgas da ANATEL para prestar os serviços STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado) nem de Longa Distância. As empresas prestadores do SMP somente podem fazer constar dos seus planos de serviços as chamadas do tipo VC1, ao passo que as chamadas do tipo VC2 e VC3 são de competência das prestadoras de telefonia fixa, que detêm a outorga da ANATEL para poder prestar o STFC."*

Com efeito, o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução nº. 477, de 7 de agosto de 2007, da ANATEL, dissocia a prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) do Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC), garantindo o direito de escolha do usuário nos seguintes termos:

> *"Art. 85. O Usuário do SMP, no exercício do seu direito de escolha, deve selecionar a prestadora de STFC de sua preferência para encaminhamento de chamadas de Longa Distância a cada chamada por ele originada.*
> *§1º Considera-se de Longa Distância, quando originada no SMP, a chamada destinada a Código de Acesso associado à área geográfica externa à Área de Registro de origem da chamada.*
> *§2º A originação de chamadas por Usuário do SMP deve obedecer a procedimento de marcação estabelecido no Regulamento de Numeração do SMP."*

Constatado referido cenário, ilegal seria não possibilitar a subcontratação dos serviços, restringindo a possibilidade de participação apenas às empresas operadoras de telefonia com autorização ou concessão da ANATEL para prestar tanto o Serviço Móvel Pessoal (SMP) como o Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC), limitando a competitividade no certame a alguns poucos agentes

que poderiam atender o objeto como um todo, podendo configurar direcionamento da licitação.

Sustenta, ainda, a impugnante, que a subcontratação admitida consistira em revenda inadmissível de serviços de telecomunicação. Alega que a prestação de serviços de telecomunicações em regime privado se sujeita à obtenção de autorização pela prestadora, em conformidade com o Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº. 73/98 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e que a prestação de serviços de telecomunicação sem a necessária concessão, permissão ou autorização expedida pela ANATEL configura crime de prestação clandestina de serviço de telecomunicação previsto na Lei Geral de Telecomunicações.

A impugnação, entretanto, não encontra fundamento, haja vista que o item 19.4 admite a subcontratação somente com *"empresas operadoras de telefonia legalmente autorizadas pela ANATEL, desde que as mesmas sejam reconhecidas pela ANATEL, na forma de autorizadas ou concessionárias destes serviços, devendo apresentar documentação legal comprovando este reconhecimento."*. Já o item 19.4.1, por seu turno, determina que a subcontratação depende de prévia autorização da Contratante, que deve verificar se a subcontratada atende aos requisitos de qualificação técnica, regularidade fiscal e previdenciária necessários para a execução do objeto. Exige-se, portanto, da subcontratada que também atenda aos requisitos de habilitação exigidos da empresa contratada, dentre os quais a necessidade de comprovação da concessão ou autorização para a exploração dos serviços de telefonia contratados, de acordo com a exigência contida na alínea "l" do item 9.2 do edital.

Por todo o exposto, verifica-se que a previsão da possibilidade de subcontratação contida no edital (itens 19.4, 19.4.1 e 19.4.2) apresenta-se em consonância com a legislação e de acordo com as práticas de mercado, contendo as necessárias exigências de habilitação e qualificação da subcontratada para que atenda ao objeto contratual regularmente, inclusive quanto à permissão ou concessão pela ANATEL dos serviços de telefonia a serem executados, não merecendo, assim, quaisquer reparos.

13. Limites à Responsabilidade da Contratada pelos Danos Causados à Administração:

A empresa impugnante questiona, ainda, as disposições contidas nos itens 11.3 e 11.19 da cláusula décima primeira da minuta contratual. Sustenta que referidos dispositivos seriam ilegais por aumentar a responsabilidade da contratada pelos danos causados à Administração, que, de acordo com o art. 70 da Lei nº. 8.666/93, deveriam limitar-se aos prejuízos ou danos decorrentes diretamente de sua culpa ou dolo.

O item 11.3 mencionado determina ser obrigação da contratada *"Assumir integral responsabilidade pelos danos decorrentes da prestação dos serviços, inclusive perante terceiros".*

O dispositivo deve ser interpretado em conformidade com a legislação que lhe é aplicável. Com efeito, dispõe o art. 70 da Lei nº. 8.666/93 que o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato. Dispor, assim, que o contratado deve assumir integral responsabilidade pelos danos decorrentes da prestação dos serviços, não significa que sua responsabilidade independerá de dolo ou culpa, mas sim que, verificados prejuízos decorrentes da execução do contrato, e apurado dolo ou culpa do contratado, configura-se seu dever de reparar os danos de modo efetivo e em sua totalidade, ou seja, integralmente.

Dessa forma, resta claro que somente haverá dever de indenizar, por parte da contratada, quando for verificado que eventual dano causado à Administração esteja atrelado à culpa ou dolo da prestadora dos serviços ou de seus empregados, após a devida apuração, sempre respeitadas as prescrições insertas na Lei nº. 8.666/93 e nas demais normas afetas ao assunto, garantidos, em qualquer caso, o contraditório e a ampla defesa.

Por seu turno, dispõe o item 11.19 da cláusula décima primeira da minuta contratual ser de responsabilidade da contratada "*Corrigir às suas expensas, no todo ou em parte, os serviços em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de sua execução, os quais deverão ser sanados em até 24 horas.*"

A disposição apresenta-se em total conformidade com a Lei de Licitações e praticamente reproduz o conteúdo do art. 69 da Lei nº. 8666/93 em sua literalidade:

> *"Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte , o objeto do contrato em que se se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados."*

Sobre referido dispositivo, comenta Marçal Justen Filho[19]:

> *"Cada parte tem o dever de executar fielmente as prestações que lhe incumbem. No caso do particular, isso significa cumprir o disposto na Lei, no ato convocatório e no contrato.*
> *O particular é contratado para executar uma prestação identificada de modo previsto e definido. Tem o dever de executar essa prestação de modo perfeito. Ainda que o contrato seja omisso, deverão ser observadas as regras técnicas, científicas ou artísticas pertinentes à tarefa executada. Não é necessário que o contrato preveja e minudencie todas as formalidades a serem cumpridas, todos os detalhes a serem executados, todas as circunstâncias a serem atendidas. (…)*
> *Apurada a existência de defeito, o particular tem o dever de eliminá-lo, às próprias expensas."*

Dessa forma, verifica-se que as disposições da minuta contratual que tratam das hipóteses de responsabilização da Contratada estão em consonância com os artigos 69 e 70 da Lei nº. 8.666/93, não carecendo de qualquer retificação.

19 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 782.

14. Previsão de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor no Instrumentos Convocatório:

Impugna-se, também, a previsão no instrumento convocatório da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato.

A previsão vem contida no item 19.9 do edital, que dispõe que serão aplicadas, em caso de vício ou defeito na prestação, além da Lei de Licitações, as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078/90, inclusive no que concerne a garantia, prazo para atendimento da assistência técnica e demais normas disciplinadoras da matéria; bem como na cláusula décima quarta da minuta contratual, que elege o Código de Defesa do Consumidor como norma aplicável à execução do contrato, especialmente aos casos omissos.

Defende a impugnante a impossibilidade de o Código de Defesa do Consumidor disciplinar a relação entre a Administração Pública e o particular, sendo aplicáveis a essa relação tão somente as regras atinentes aos contratos administrativos, em especial a Lei nº. 10.520/2002 e a Lei nº. 8.666/93, pois é relação em que o contratado é que estaria em posição de sujeição perante o Poder Público, diante da fixação unilateral dos termos contratuais pela Contratante. Sustenta, ainda, que não poderia a Administração Pública ser considerada destinatária final de seus serviços, não enquadrando-se no conceito de consumidora.

A respeito da controvérsia, é de se salientar, em primeiro lugar, o caráter multidisciplinar do Direito de Defesa do Consumido, que revela um microssistema jurídico com moldagem própria. Nas palavras de Vidal Serrano Nunes Junior e Antonio Carlos Alves Pinto Serrano, "*o Direito do Consumidor não constitui desdobramento dos sistemas do Direito Público ou do Direito Privado, constituindo-se em segmento*

auto-referente, pois possui parâmetros e princípios próprios e específicos"[20]. É esse caráter inter e multidisciplinar da legislação consumeirista, que não a atrela indissociavelmente a nenhuma área do Direito, que viabiliza a sua aplicação também no âmbito do Direito Público.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às relações de consumo, que são definidas de maneira subjetiva, pela caracterização de seus sujeitos, o consumidor e o fornecedor. Assim, define o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor:

> *"Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."*

Sobre esse conceito, interpreta a chamada teoria maximalista:

> *"os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. (…) Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra o algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família."*[21]

A definição de consumidor, portanto, é puramente objetiva, referindo-se amplamente àquele que se acha na posição de usar ou consumir um produto ou serviço. Em sua amplitude, o texto do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz qualquer distinção ao mencionar a expressão "pessoa jurídica", de

---

[20] "Direito do Consumidor" *in* Manual de Direitos Difusos. Coord. Vidal Serrano Nunes Junior. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 204.

[21] LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 253-255 *apud* GARCIA, Flávio Amaral. "O Estado como Consumidor" *in* Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro (60), 2006, p. 53-54. Grifos nossos.

modo que, se a lei não fez distinção, não cabe ao intérprete fazê-la, afastando do conceito as pessoas jurídicas de direito público.

O traço marcante da legislação consumerista está, portanto, na vulnerabilidade do consumidor, ou seja, na sua hipossuficiência por não ter o controle da produção dos bens de consumo ou da prestação dos serviços que lhe são fornecidos, ficando submetido de fato ao poder econômico, logístico e intelectual dos fornecedores. Diante deste conceito, em todos os casos em que a pessoa jurídica, mesmo a de direito público, se encontre em uma situação de desvantagem ilegítima perante o fornecedor, seriam aplicáveis as regras da Lei nº. 8.078/90.

A afirmação de que o fato de definir a prestação a ser executada pelo particular e as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica bem como as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos colocariam a Administração Pública em posição de supremacia com relação aos seus fornecedores não merece prosperar em todas as situações, de forma que não se pode, por apenas essa razão, afastar-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor das relações de consumo da Administração Pública.

Assim já considerou Leon Frejda Szklarowsky[22]:

> *"Sem dúvida, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei 8666/93, sendo ela consumidora ou usuária, porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CPDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.*
> *(...)*
> *Na relação contratual estabelecida pela Lei de Licitações e Contratos a posição da Administração, em regra, é a de usuária ou adquirente de bens, consumidora final, não sendo fornecedora.*
> *(...)*
> *Mas não se lhe pode recusar, quando for usuária ou consumidora, como destinatária final, a proteção legal, como a reparação de danos patrimoniais ou por defeitos relativos à prestação de serviços públicos.*
> *Não se alegue que a Administração, gozando das benesses da lei especial, a que se submetem os contratos administrativos, não necessita do agasalho do Código.*

[22] "O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos" disponível em <http://www.saj.com.br/artigos/contratosadministrativos.html>.

> *(...)*
> *Não obstante, basta cotejarem-se os dois diplomas legislativos, para se concluir que nem todas as situações previstas no Código estão relacionadas na Lei de Licitações e Contratos e vice-versa.*
> *(...)*
> *Tome-se, por exemplo, a prestação dos serviços de telefonia, fornecimento de gás, água e luz. Apregoar-se que a entidade privada ou pública, por ser parte da Administração, está afastada do manto protetor da Lei 8078/90 é simplesmente absurdo e não se compatibiliza com o artigo 2° do Código. Servindo-se a Administração, como qualquer particular, dos serviços prestados por concessionárias do serviço público, não tem cabimento sua exclusão da proteção legal, o que feriria, brutalmente, a Constituição, que agasalha todo consumidor, sem exclusão de quem quer que seja.*
> *Aliás, o artigo 54 expressamente indica, com precisão matemática, que os contratos administrativos se regem pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, numa harmônica constelação. (…)*
> *Sem embargo de dispor ela de legislação própria, a lei especial de proteção ao consumidor não a exclui de sua incidência, pois nenhum dos dispositivos da Lei de Licitações e Contratos lhe fornece direta proteção, quando, na posição de consumidora final ou usuária de serviços, vê-se prejudicada."* (grifamos)

E José Ricardo Britto Seixas Pereira Junior[23]:

> *"É fato que o Poder Público, mesmo na condição de consumidor, tem à sua disposição uma série de prerrogativas que na maioria das vezes o coloca em uma condição de supremacia perante os fornecedores de produtos e serviços. Neste sentido, a supremacia do interesse público representa condição, até mesmo, de sobrevivência e asseguramento dos administrados.*
> *Contudo, esta posição de supremacia, em verdade, deixa de se sustentar em todos os casos, o que nos remete à legislação consumeirista. Há casos em que as grandes corporações, empresas, multinacionais, qualificadas pelo Código de Defesa do Consumidor como fornecedores, têm uma posição de supremacia fática em relação às pessoas jurídicas de direito público, em especial, aos pequenos Municípios, colocando o erário em uma posição hipossuficiente."*

Mesmo na relação contratual regida predominantemente pelo direito público pode haver uma vulnerabilidade técnica ou mesmo econômica da Administração Pública em relação ao fornecedor, colocando-a em posição de hipossuficiência suscetível de ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, de modo a compensar o desequilíbrio existente. Assim, explana Flávio Amaral Garcia:

[23] "O Poder Público como consumidor" *in* Revista Virtual da Advocacia Geral da União, ano VIII, n. 80, set./2008.

"Com efeito, o fato da Administração Pública ter a possibilidade de definir o objeto da licitação não ilide a circunstância fática de que os bens, serviços e obras adquiridos são aqueles que se encontram disponíveis no mercado e, portanto, sujeitos às caracterizações e descrições usualmente praticados pelos fornecedores destes objetos.
Em outras palavras, na requisição do objeto (momento inicial de qualquer contratação pública) não há espaço para descrições que se afastem das práticas do mercado, sob pena da licitação se tornar fracassada, já que não haveria fornecedor para aquele produto ou serviço.
Assim, a verdade é que esta possibilidade do ente público requisitar o objeto não faz com que se adquiram bens e serviços diferentes do setor privado e nem torna o Estado um contratante privilegiado. Em regra, as necessidades são as mesmas e o mercado também. Esta prerrogativa não coloca a Administração Pública em posição distinta dos demais consumidores, eis que, repita-se, a descrição do objeto não poderá se afastar das regras de mercado.
Outro aspecto a ser ponderado, ainda em relação a esta vulnerabilidade técnica, é que a Administração Pública compra bens das mais variadas espécies, o que inclui desde lápis até equipamentos de informática e necessita de serviços de natureza distinta, desde o mais simples (limpeza) até o mais sofisticado (desenvolvimento de um software).
Não seria razoável criar-se a expectativa de que um órgão ou entidade pública por mais bem aparelhado que seja, disponha de servidores e técnicos que conheçam profundamente todos os objetos a serem adquiridos.
Há, evidentemente, uma assimetria de informações técnicas, que coloca o fornecedor do produto ou do serviço presumidamente em uma posição privilegiada em relação ao ente público, até mesmo em relação a evolução tecnológica que torna os produtos e serviços constantemente sujeitos às novas especificações e detalhamentos técnicos."[24]

E também Jatir Batista da Cunha:

"Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir o profissional, destinatário final fático do bem.
(…)
A vulnerabilidade fática ou econômica relaciona-se ao fato de que o fornecedor, por sua posição de monopólio, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam (…).
Observa-se, portanto, perfeitamente possível ao órgão ou entidade pública contratante, a despeito de sua supremacia jurídica,

24 "O Estado como Consumidor" *in* Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro (60), 2006, p. 55-56.

> *presumida por lei, estar numa posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor."*[25]

Por todo o exposto é que é possível aplicar-se, de modo supletivo, as regras do Código de Defesa do Consumidor ao contrato administrativo quando configurar-se situação de hipossuficiência da Administração Pública com relação aos fornecedores.

Nesse sentido:

> *"(...) a legislação consumeirista também seria aplicável aos contratos administrativos, eminentemente públicos, só que de forma supletiva, nos termos do art. 54 da Lei nº. 8.666/1993 (…). Assim, naqueles casos em que as prerrogativas conferidas à administração pública não socorrerem de modo satisfatório o ente público, este poderia recorrer às regras protetoras do Código de Defesa do Consumidor"*[26]

E ainda:

> *"Numa perspectiva prática, o que se vê é que a Administração Pública, como regra, não tem necessitado recorrer ao Código de Defesa do Consumidor. Isto porque, as ferramentas postas a sua disposição e previstas na Lei nº. 8.666/93 tem se demonstrado satisfatórias.*
> *(…)*
> *No entanto, à luz das circunstâncias do caso concreto e quando os instrumentos da Lei nº. 8.666/93 não forem satisfatórios será possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos entes públicos, mormente quando se depararem com a ocorrência de vícios no fornecimento de produtos ou serviços."*[27]

A aplicação subsidiária dessa codificação encontra-se, portanto, em perfeita consonância com o disposto no art. 54 da Lei nº. 8.666/93:

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

---

25 "Aplicabilidade do Código de Defesa do consumidor aos contratos administrativos" *in* Revista do Tribunal de Contas da União, v. 32, n. 87, jan/mar 2001.

26 PEREIRA JUNIOR, José Ricardo Britto Seixas. "O Poder Público como consumidor" *in* Revista Virtual da Advocacia Geral da União, ano VIII, n. 80, set./2008.

27 GARCIA, Flávio Amaral. "O Estado como Consumidor" *in* Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro (60), 2006, p. 56.

O caráter supletivo do Código de Defesa do Consumidor em relação ao contrato que se pretende firmar, fica evidente nas cláusulas questionadas pela impugnante. Assim, resta claro, no item 19.9 do edital, que a legislação consumeirista só se aplica em casos de vícios ou defeitos e no que concerne a garantia e prazo para atendimento de assistência técnica, hipótese que se coaduna perfeitamente com a obrigação da contratada de reparar os vícios, defeitos ou incorreções prevista no art. 69 da Lei nº. 8.666/93 e a complementa.

Outrossim, a cláusula décima quarta da minuta contratual elege o Código de Defesa do Consumidor como norma supletiva ao contrato especialmente para os casos omissos.

Sendo, portanto, possível a aplicação subsidiária e supletiva do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, não há razão para a supressão de sua previsão do edital e minuta contratual.

15. **Exigência de Substituição de Aparelhos sem Ônus para a Contratante:**

A impugnante questiona o item 11.6 da Minuta do Contrato, requer que o mesmo seja adequado, para que a Contratada somente seja obrigada a arcar com os custos referentes aos vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução do contrato, assim, os defeitos ocasionados nos equipamentos por comprovado mau uso da Contratante serão de sua responsabilidade.

Vejamos o que cita o item 11.6 da Minuta do Contrato:

> ***11.6 –*** *Fornecer a título de comodato, 258 aparelhos telefônicos celulares e 14 aparelhos mini-modem com garantia total de fábrica por 12 (doze) meses a contar da data efetiva da entrega. Realizar a substituição, a cada 12 meses em caso de prorrogação contratual, dos mesmos por outros modelos novos, seguindo os padrões de*

tecnologia, visando manter a qualidade na prestação dos serviços, sem ônus adicional para a Contratante.

Quanto à substituição dos equipamentos a cada 12 (doze) meses, impede registrar que tal procedimento é usual no mercado de telecomunicações, que geralmente é o prazo de renovação do contrato. Tal situação se justifica em razão do avanço tecnológico desses equipamentos.

16. Princípio da Legalidade:

A impugnante requer a exclusão do item 3.2.1 alíneas c.1, c.2, c.3, d, f e h do Edital, alegando que tais itens afrontam ao disposto no artigo 33 da Lei nº 8.666/93.

Analisando tal alegação, informamos que a previsão legal de tais exigências, está contida no art. 279 da Lei n. 6.404/76, Lei das Sociedades Anônimas, que é a lei que prevê e regula a possibilidade de consórcio entre empresas.

Além disso, a própria Lei 8.666/93, no inciso II do art. 33, determina que o edital, deve definir as condições de liderança no consórcio (caso da alínea C do item 3.2.1 do edital).

Assim permanecem os itens citados inalterados.

17. Violação do Art. 17, Inciso VI do Decreto nº 3555/2000 e do Artigo 16 do Decreto nº 5.450/2005:

A impugnante requer a alteração do item 3.2.1 para que seja excluída a alínea “e” ou que a mesma seja adequada, alegando que o consórcio deve apenas viger enquanto durar o contrato.

Justifica-se o disposto no item 3.2.1 “e” , para atender a possíveis efeitos que possam decorrer do contrato mesmo após o encerramento de sua

vigência. Assim, tanto no caso de possíveis atrasos em pagamentos, compensações etc, como para casos de eventuais responsabilizações que possam decorrer do contrato.

Nesse aspecto, da responsabilidade, destaca-se que a lei 8.666/93, em seu art. 33, V, determina que, quando da contratação de consórcios, a responsabilidade entre seus integrantes pelos atos praticados pelo consórcio é solidária. Ou seja, diferentemente do que ocorre no consórcio comercial, em que cada consorciado responde individualmente (art. 278, §1º da Lei 6404/76), para fins de licitação e contratação, os consorciados são responsáveis solidariamente perante a Administração.

Assim, a permanência do consórcio por um período após o encerramento da vigência do contrato visa manter essa responsabilidade mesmo após o encerramento de sua vigência.

18. **Realização de Pagamento mediante fatura com Código de Barras:**

Quanto à forma de pagamento, a licitante esclarece que atualmente as operadoras adotam um sistema de faturamento e cobrança baseado em código de barras, conhecido e aprovado pela ANATEL.

Nesse sentido, a empresa solicita que seja estabelecida a possibilidade de realização do pagamento mediante código de barras.

O edital não prevê tal exigência por não ser de necessidade da Administração, porém há de se notar que realmente não existe razão para impedir os pagamentos mediante código de barras, portanto tal modalidade de pagamento será permitida. A aceitação dessa forma de pagamento não gera ônus financeiro, tampouco desajustes temporais, de tal forma que não se configura hipótese de alteração das propostas

19. Obscuridade e Contradição na Planilha do Orçamento:

A impugnante aponta o equívoco na planilha orçamentária das linhas interface de assinaturas, onde consta o valor mensal, no campo Total Estimado Anual.

Analisando a planilha, observamos um vício material, assim esclarecemos que o valor que consta no item Total Estimado Anual da planilha assinaturas de Acesso Linhas Interface, deve ser multiplicado por doze, para se obter o valor total anual.

Esclarecemos que por ser somente uma questão de ajuste do preço unitário com o total, onde o valor unitário da planilha está correto, e o termo de referência deixa bem claro que os serviços contratados serão por 12 meses, entendemos que não há, porém, a necessidade de republicar o Edital e de modificar a data de realização do certame, já que tal medida seria meramente protelatória, uma vez que ao elaborar seus valores as empresas utilizam os valores unitários, sendo que estes estão corretos.

De outro vértice, o próprio edital estabelece no subitem 10.7, que quando há divergência entre os valores unitários e globais, permanece o unitário. Nesse sentido, não há qualquer erro nos valores unitários constantes na planilha.

Logo, carecendo o valor de acesso a linhas de interface constante na planilha de assinaturas, ser multiplicado por 12 (doze) meses, o valor anual para a referida contratação é de R$ 2.160,00, sendo que o máximo total estimado admitido para a aquisição do objeto é de R$ 740.478,46.

III – DA CONCLUSÃO

Após análise e com base na fundamentação supra, decido conhecer e, no mérito, **INDEFERIR** a impugnação em epígrafe interposta pela empresa 14 Brasil Telecom Celular S.A, mantendo-se todos os itens do Edital.

Joinville, 08 de Julho de 2013.

Miguel Angelo Bertolini

Secretário de Administração

Daniela Civinski Nobre

Diretora Executiva

Viviane Vinter Morcelles

Pregoeira