

Decisão de Pregoeiro nº 0008/2013-SLC/ANEEL

Em 6 de agosto de 2013.

Processo: 48500.002904/2013-98.  
Licitação: PREGÃO ELETRÔNICO n. 38/2013  
Assunto: Análise das IMPUGNAÇÕES AO EDITAL  
apresentadas pelas sociedades Oi S.A. e Empresa  
Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel.

## I – DOS FATOS

1. As sociedades Oi S.A. e Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel enviaram suas impugnações ao edital do PREGÃO ELETRÔNICO n. 38/2013 em 29 de julho de 2013.
2. As impugnações versam sobre os pontos relacionados a seguir:
  - a. Impugnação da sociedade Oi S.A:

1. A exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo Poder Público

[...]

O **item 8.3.3.7 do Edital exige**, a título de habilitação, Certidão Negativa de Falência de Débitos Trabalhistas (CNDT), comprovando a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

Todavia, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.

[...]

Ante o exposto, requer a adequação do **item 8.3.3.7 do Edital**, para que **permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do art. 642-A da CLT.**

2. Exigência de habilitação em desconformidade com a Lei nº 8.666/93. Inexistência de Aplicação da Alternatividade estatuída nos Incisos II e III do Art. 29 da Lei Geral de Licitações.

O **item 8.8 do Edital** estabelece que para efeito das habilitações jurídica e fiscal, o licitante que possuir mais de um estabelecimento, deve apresentar a documentação referente ao estabelecimento que for prestar os serviços.

Ocorre que a referida disposição colide frontalmente com o disposto no artigo 29 da Lei n. 8.666/93.

[...]

Quando o edital estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da matriz e da filial, para comprovação de regularidade fiscal, há incontestável colisão com o disposto no artigo 29, inciso III, da Lei n. 8.666/93.

Fl. 2 da Decisão de Pregoeiro n. 0008/2013-SLC/ANEEL, de 6/8/2013.

[...]

Dessa forma, a Oi requer a **alteração do item 8.8 do Edital** para que ele deixe de prever a necessidade de provar as habilitações jurídica e fiscal tanto da sede quanto da filial que efetivamente prestar os serviços.

3. Ausência de previsão de garantias à Contratada em caso de inadimplência da Contratante.

O item 13.2 do Edital e a subcláusula 9.2 da minuta do contrato estabelecem que “o ressarcimento financeiro decorrente de eventuais atrasos de pagamento será calculado do dia subsequente ao vencimento da fatura até a data do efetivo pagamento, mediante a aplicação de juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano sobre a parcela em atraso ‘pro rata die’.

[...]

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

[...]

Por todo o exposto, faz-se necessária a alteração do item 13.2 do Edital e da subcláusula 9.2 da minuta do contrato, com a inclusão de item no Edital referente ao ressarcimento por conta de atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

4. Da previsão de penalidade excessiva.

[...]

Deve-se frisar que, ainda que não conste na Lei nº 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem os elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal; não pode a Contratante, assim, desconsiderar regulação específica que veda locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas.

Daí a remissão ao Decreto nº 22.626, que é aplicável a QUALQUER contrato, conforme ora explanado. Não há que se falar em inaplicabilidade do referido Decreto, mesmo porque a vedação à instituição de cláusula penal superior a 10% do total da dívida cabível a quaisquer contratos firmados (exclusive os do sistema financeiro).

Diante do exposto, a Oi requer que sejam alteradas as previsões de penalidade contidas nos **itens 14.4, 14.5 e 14.5.2 do Edital** e nas **subcláusulas 15.4.1, 15.5.1, 15.6, 15.6.1 e 15.7 da Minuta do Contrato**, respeitando-se o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

5. Repasse indiscriminado de descontos e vantagens.

O **item 5.3 da Minuta do Contrato** determina ser obrigação da Contratada repassar à CONTRATANTE, durante o período de vigência do Contrato, todos os preços e vantagens ofertados ao mercado, inclusive os de horário reduzido, sempre que estes forem mais vantajosos do que os ofertados no Contrato.

[...]

Com efeito, a exigência de repasse dos descontos e vantagens conferidos pela Contratada ao mercado em geral viola o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É inequívoco que o fato de tornar obrigatório que todos os preços e vantagens, sejam sempre repassados à Administração, ocasiona o impedimento, por parte da Contratante, de que seja elaborada uma oferta bem planejada, e que melhor atenda aos interesses da Administração Pública.

Fl. 3 da Decisão de Pregoeiro n. 0008/2013-SLC/ANEEL, de 6/8/2013.

*Tal conclusão se deve à impossibilidade de previsão, ainda que estimada, quanto aos descontos e promoções futuras, que são naturalmente oferecidas aos usuários que não são atendidos a partir de um processo licitatório, bem como, à diferenciação das premissas e condições de prestação do serviço aos diferentes usuários.*

[...]

*a apresentação de uma proposta comercial a um órgão da Administração Pública, em virtude de procedimento licitatório, condiciona a oferta dos preços à necessidade e interesses da Contratante, conforme o perfil de tráfego e serviços desejados, previstos no ato convocatório. Sendo assim, não se pode afirmar que o oferecimento de descontos e vantagens aos usuários em geral será realizada nas mesmas condições comerciais enquadradas no ajuste firmado em virtude de tal procedimento. Assim, a prevalecerem os termos da exigência, inviável se mostrará sua execução fiel, motivo pelo qual requer que seja excluído ou caso esta contratante não concorde, alterado o **item 5.3 da Minuta do Contrato**, para que se exija que a Contratada apenas repasse os descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da Contratante, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses foram mais vantajosos para esta Contratante.*

6. Prazo para atendimento às solicitações de reparo na prestação dos serviços

*O **item 5.4 da Minuta do Contrato** determina que a Contratada deverá atender de imediato as solicitações, corrigindo no prazo máximo de 04 (quatro) horas, depois de notificada, qualquer ocorrência de interrupção na prestação dos serviços contratados.*

*Nesse ponto, é importante mencionar o art. 10 da Resolução nº 341/2003 (Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado – PGMQ/STFC).*

*“Art. 10. O atendimento das solicitações de reparo, de usuários não residenciais, **deve se dar em até 8 horas a partir de sua solicitação em no mínimo, 98% dos casos.**”*

*Portanto, é patente que o período de reparo previsto no instrumento convocatório está em desacordo com os períodos estabelecidos nos PGMQ's do STFC, já que esse determina que o atendimento de reparo deve se dar em até 8 (oito) horas para o STFC.*

*Ante o exposto, requer adequação do prazo previsto item 5.4 da Minuta do Contrato, para que o reparo se dê em até 8 (oito) horas, nos termos da Regulamentação do Setor de Telecomunicações.*

7. Da planilha de formação de preços em desacordo com as previsões de tarifação constantes no instrumento convocatório.

*O item 1.2 do ANEXO I – Termo de Referência estabelece que as chamadas realizadas através do Código de acesso a Serviços de Utilidade Pública 167 serão tarifadas em conformidade com as condições estabelecidas pela ANEEL e, no caso de opção pela tarifação das chamadas recebidas da rede móvel na origem (cobrar as tarifas SMP do usuário), a ANEEL arcará com os custos de transporte interurbano e o usuário (chamador) arcará com os custos em conformidade com o disposto no inciso II do art. 10 da Resolução ANATEL nº 357, de 15 de março de 2004.*

*Portanto, para fins de cobrança do serviço tridígito 167, o Edital estabelece a previsão de **tarifação híbrida** em que parte do serviço será pago pela ANEEL, ora Contratante, e parte pelo chamador.*

*Entretanto, a planilha de formação de preços não reflete esta previsão do Edital. Por certo, há apenas espaço para a formulação de preços considerando **tarifa reversa**.*

[...]

*Diante do exposto, a Oi requer a publicação de uma segunda tabela de formação de preço com um novo item a respeito do tráfego recebido pelo serviço 167 (tarifação híbrida), haja vista que o modelo de tarifação é distinto do serviço de 0800 (tarifação reversa).*

b. Impugnação da sociedade Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel:

1. Das sanções

Fl. 4 da Decisão de Pregoeiro n. 0008/2013-SLC/ANEEL, de 6/8/2013.

[...]

*No Edital e na Minuta de Contrato encontram-se descritos percentuais excessivos de multa, no entanto, é importante ressaltar que estas devem sempre ser aplicadas em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, buscando seu único fim, que é o de ressarcir um dano causado, e não gerar o desequilíbrio do contrato.*

*Ademais, é incontroverso que a aplicação de multas de elevada monta é um fator preponderante no desequilíbrio econômico do contrato. Tal imposição deixa de ser interessante para a própria ANEEL, uma vez que a assunção de riscos que extrapolam os usualmente aplicados e razoáveis teria uma direta repercussão econômica nas propostas apresentadas pelos licitantes, já que uma parcela que compõe o valor da proposta é composta pela precificação do risco envolvido, sendo um tanto maior quanto maiores os riscos assumidos.*

*O aumento abusivo dos riscos para o particular quando da contratação dos serviços, ademais, pode acarretar maior repasse desse valor para a ANEEL, sob forma de preço, pois haveria um ônus muito grande a ser suportado somente pela futura contratada.*

*Além disso, no caso em tela, conforme se verifica pela análise do Edital e Minuta de Contrato, subsiste a necessidade de alteração em suas redações, da forma descrita a seguir, para que a ANEEL não aplique critério demasiadamente oneroso para possível aplicação da multa nas hipóteses elencadas, o que não se mostra razoável, tendo em vista ainda, o percentual que foi fixado e os parâmetros adotados. Deste modo, requeremos a alteração dos seguintes itens, para que constem do Edital e da Minuta de Contrato:*

[...]

*Por todo o exposto, requeremos o acolhimento dos pleitos acima destacados, sendo certo que tal medida encontra respaldo nos princípios da Legalidade, Isonomia, Ampla Competitividade e Razoabilidade, na forma do disposto na Lei n. 8.666/93...*

## II – DA ANÁLISE

3. Passemos a análise sequencial dos assuntos elencados na impugnação da sociedade Oi S.A:
- a. O entendimento da exigência prevista no item 8.3.3.7 do Edital, CNDT, encontra amparo na Lei n. 12.440/2011 não havendo necessidade de qualquer alteração no instrumento convocatório. Portanto, nos termos da Lei, a certidão positiva “tem efeito de negativa”.
  - b. As exigências para a habilitação jurídica e fiscal, conforme disposto no item 8.8 do Edital, restringe-se somente ao estabelecimento que irá prestar os serviços. Ressaltamos que não existem exigências editalícias quanto à comprovação da habilitação jurídica e fiscal concomitantemente pela matriz e pela filial.
  - c. Na sequência, a impugnante vê perigo às garantias do recebimento de seus créditos na ausência de previsão de outros encargos em desfavor da Administração em mora, além dos juros moratórios já entabulados no edital. A previsão de multa em desfavor da Administração contratante não encontra suporte nas Decisões do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, Decisões n. 443/1993; 197/1997; 686/1999, todas do Plenário. Acrescente-se a informar de que ANEEL não tem histórico de atrasos de pagamentos aos contratados, motivo pelo qual a preocupação da impugnante não se justifica.
  - d. Quanto às cláusulas que tratam das sanções, entendemos que os argumentos não se sustentam. Vale ressaltar que as cláusulas de sanção, a todo momento, – diretamente e indiretamente – fazem menção ao uso da proporcionalidade e razoabilidade. Observe, por exemplo, que a multa não é de 30% (trinta por cento) e sim seu teto, representada claramente pela partícula “até”. A exata dosimetria a ser aplicada no caso concreto só se

Fl. 5 da Decisão de Pregoeiro n. 0008/2013-SLC/ANEEL, de 6/8/2013.

revela por meio de regular processo administrativo, quando todas as condutas e razões serão conhecidas, além de, só então, pode-se dimensionar os prejuízos à Administração. A exata porção de qualquer multa aplicada pela ANEEL não se dá antes da maturação de qualquer processo de apuração de responsabilidade administrativa. Providência improvável e, talvez, impossível seria prever os futuros casos de inadimplemento e falhas contratuais e sua exata proporção em termos penais.

- e. Conforme posicionamento da área técnica – Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública – SMA – a obrigação da Contratada presente na cláusula 5.1 da Minuta do Contrato será excluída, tendo em vista que a contratação em tela tem características e precificação específica.
- f. A SMA posicionou-se acolhendo parcialmente o pedido da impetrante, com vistas a modificar a cláusula 5.4 da Minuta do Contrato, para que o tempo de reestabelecimento dos serviços se dê em até 6 (seis) horas, em conformidade com o disposto no inciso II do art. 22 da Resolução n. 605, de 26 de dezembro de 2012. Ressalte-se que o Plano Geral de Metas de Qualidade para o STFC, anexo à Resolução ANATEL n. 341/2003, encontra-se revogado. Concomitantemente serão alterados os itens 7.3.3 e 11.3 do ANEXO I do Edital.
- g. Sobre a flexibilidade de configuração da tarificação do número 167, por parte da ANEEL, a SMA informa que o Ato ANATEL n. 3.780, de 4 de julho de 2012, concedeu essa prerrogativa a esta Agência e a formação de preços estabelecidas na planilha a seguir, a qual será alterada no Edital, possibilita a fiel precificação por parte das licitantes, com detalhamento da formação do preço – Locais STFC ou SMP e Interurbanas STFC:

| TIPO DE SERVIÇO   | QTD     | UNIDADE | PREÇO DETALHADO     |                           | PREÇO TOTAL P/ MINUTO | TOTAL R\$ |
|---|---------|---------|---------------------|---------------------------|-----------------------|-----------|
|   |         |         | Tarifas locais STFC | Tarifas Interurbanas STFC |                       |           |
| Tráfego Longa Distância originado a partir dos serviços fixos.            | 591.240 | MINUTOS |                     |                           |                       |           |
| Tráfego Local originado a partir dos serviços fixos.                      | 8.760   | MINUTOS |                     |                           |                       |           |
|   |         |         | Tarifas SMP         | Tarifas Interurbanas STFC |                       |           |
| Tráfego Longa Distância originado a partir dos serviços móveis (celular). | 589.200 | MINUTOS |                     |                           |                       |           |
| Tráfego Local originado a partir dos serviços móveis (celular).           | 10.800  | MINUTOS |                     |                           |                       |           |
| Assinatura de Feixes E1   | 3       | MÊS     |                     | N/A                       |                       |           |
| Mensagem Personalizada  | 1       | MÊS     |                     | N/A                       |                       |           |
| <b>Subtotal Serviços Mensais</b>  |         |         |                     |                           |                       |           |

Fl. 6 da Decisão de Pregoeiro n. 0008/2013-SLC/ANEEL, de 6/8/2013.

### **III – DO DIREITO**

4. As impugnações foram apresentadas no prazo previsto nos termos do art. 18 do Decreto Federal n. 5.450/05.

### **IV – DA DECISÃO**

5. Pelo exposto, julgo parcialmente procedente os pedidos registrados e assim, aguardo as devidas alterações no Edital do Pregão Eletrônico n. 38/2013 para prosseguimento do trâmite licitatório.

BRUNO MINORU AKIMOTO  
Pregoeiro