

**Ao**

**ILMO. SR. PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAXIAS DO SUL**

**REF: PREGÃO PRESENCIAL Nº 09/2016**  
**PROCESSO LICITATÓRIO Nº 14/2016**

**CLARO S.A.**, sociedade por ações, com sede na Rua Flórida, 1.970, Cidade Monções, cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, doravante denominada simplesmente **CLARO**, por seu representante infra-assinado, vem, respeitosamente, com fundamento no Decreto nº 5.450/05, que regulamentou o pregão eletrônico, e na Lei nº 10.520/02, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao **PREGÃO** em referência, em razão de inconformidades constantes daquele instrumento convocatório, conforme exposto nas anexas razões de impugnação.

### **I. DA TEMPESTIVIDADE**

Conforme o ditame inserto no artigo 18, do Decreto nº 5.450/05, o prazo para impugnação ao edital é de até 02 (dois) dias úteis da data fixada para o certame, *in verbis*:

*“Art. 18. **Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.**”*  
(grifo nosso).

Dessa forma, utilizando o critério estabelecido no artigo 18, conclui-se que a data fixada para abertura da sessão pública, conforme preâmbulo do Edital é o dia **20/07/2016**, que deve ser excluído do cômputo (art. 110, da Lei nº 8666/93), considerando-se como **primeiro dia útil sendo 18/07/2016** e como **segundo dia útil sendo 19/07/2016**, data esta que dever ser incluída na respectiva contagem.

Portanto, as impugnações apresentadas até o dia **18/07/2016** são tempestivas, como é o caso da presente.

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

“...

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

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

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

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

## **II. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO**

Por meio do **PREGÃO** em referência, a **CÂMARA MUNICIPAL DE CAXIAS DO SUL** divulgou o seu interesse na contratação de empresa especializada para prestação de

Serviços de Telecomunicações conforme descrição do objeto da licitação:

***“1.1 O objeto da presente licitação é a contratação de serviços de telefonia móvel pessoal (SMP) e de acesso à internet sem fio, com o fornecimento de equipamentos em comodato para a Câmara Municipal, conforme especificações constantes no Anexo V - Termo de Referência.”***

Uma vez conhecido dito Edital, nele foram verificadas inconformidades.

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

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

### **1 – DA AUSÊNCIA DE PREÇO DE REFERÊNCIA NO EDITAL**

Verifica-se que o Edital objeto do presente esclarecimento não disponibiliza preço de referência.

Nesta esteira, há flagrante desrespeito as disposições do art. 40, X, da Lei nº 8.666/93, que determina que haja expressamente preço de referência nos editais:

*“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*

**X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48.**

Nesta mesma diretriz, o preço de referência é considerado pelo Tribunal de Contas da União – TCU como inafastável no instrumento licitatório, como se vê na transcrição do Acórdão do TCU abaixo:

**“2. É obrigatória a divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas.**

*Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Comando Logístico do Exército (Colog), tendo por objeto o registro de preços para a aquisição de materiais de intendência (fardamento, coturno, gorro, espora e cobertor). Em síntese, alegara a representante ter sido irregularmente desclassificada para o item 3 do certame (coturno), após a fase de lances, “mesmo tendo ofertado o menor preço, em razão de a sua proposta ter se mostrado superior ao valor estimado para a contratação”. Ademais, destacara que “teria solicitado ao pregoeiro a informação quanto ao preço de referência, mas que ela lhe foi negada sob o argumento de que a publicidade do preço de referência consistiria em mera faculdade da administração”. O relator, após a realização das oitavas regimentais, anotou que a controvérsia derivava de “intelecções distintas sobre o alcance do Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, que pugnara pela obrigatoriedade da divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando esse preço for utilizado como critério de aceitabilidade de preços”. A propósito, transcreveu excerto do voto condutor do aludido julgado, no qual se lê: “É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. **É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993**”. Considerou, assim, **procedente a irrisignação da representante, já que “quando erigido a critério de aceitabilidade, o preço de referência deve ter divulgação prévia e obrigatória, na forma da lei e como corolário, mesmo, do princípio do julgamento objetivo (v. g.: Acórdão 392/2011-Plenário), de sorte que haveria de constar, do edital do Pregão***

Eletrônico nº 39/2014, o preço referencial adotado pelo Colog, vez que se tratava, no presente caso, de critério de aceitabilidade de preços". No caso concreto, aduziu, "o pregoeiro do Comando Logístico do Exército, ao interpretar o Acórdão 392/2011-Plenário, se ateve à condição geral contemplada no aresto do TCU, que faculta a divulgação do valor orçado e dos preços referenciais no edital do pregão, esquecendo que essa faculdade subsistiria apenas no caso de o preço referencial não funcionar como critério de aceitabilidade de preços". Nesse sentido, prosseguiu, "houve, sim, prejuízo à licitante até então vencedora do certame e, também, ao interesse público, já que a fase de negociação das propostas foi conduzida sem a clara e prévia definição do preço usado como critério de aceitabilidade, a despeito de o pregoeiro até ter dado oportunidade às licitantes (cujas propostas ficaram acima do preço de referência) para que, respeitada a ordem classificatória, reduzissem os seus lances até um patamar inferior ao valor referencial, o qual, todavia, não estava clara e previamente declarado no certame". Assim, acolheu o colegiado a proposta da relatoria, para julgar procedente a Representação, fixando prazo para a adoção de providências necessárias à anulação dos atos atinentes e consequentes ao item da licitação impugnado, e determinar ao Comando Logístico do Exército (Colog) que "se abstenha de incorrer nas falhas apontadas nestes autos, esclarecendo que há necessidade de divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando o aludido preço for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU (e.g.: Acórdão 392/2011-TCU-Plenário)". **Acórdão 10051/2015-Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015.**

**3. A publicação do preço de referência por meio do resumo da Intenção de Registro de Preços no portal Comprasnet não supre a não inclusão no edital, pois a divulgação do preço referencial no instrumento convocatório garante ao licitante o direito à impugnação, notadamente quanto às regras de aceitabilidade da proposta.**

Ainda na Representação atinente ao pregão eletrônico conduzido pelo Comando Logístico do Exército (Colog), para o registro de preços de materiais de intendência, o relator – após assentar a obrigatoriedade da divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando adotado como critério de aceitabilidade de preços – afastou a alegação da administração "no sentido de que a publicidade do preço de referência pelo sítio do Comprasnet, por meio do resumo da Intenção do Registro de Preços (IRP), supriria a falta de divulgação no edital, vez que a divulgação do preço referencial no instrumento convocatório garante ao licitante o pleno direito à impugnação do edital,

*notadamente quanto às regras de aceitabilidade da proposta”. Assim, acolhendo a proposta do relator, a Segunda Câmara julgou procedente a Representação, fixando prazo para a adoção de providências necessárias à anulação dos atos atinentes e consequentes ao item da licitação impugnado e determinando ao Comando Logístico do Exército (Colog) que “se abstenha de incorrer nas falhas apontadas nestes autos, esclarecendo que há necessidade de divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando o aludido preço for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU (e.g.: Acórdão 392/2011-TCU-Plenário)”. **Acórdão 10051/2015-Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015.”***

Ademais, a imperiosidade do orçamento como documento integrante dos Editais de Pregão foi ressaltada pela doutrina, como a seguir se verifica:

*“A Administração deve estimar os custos necessários à satisfação das suas necessidades. Mas essa estimativa não pode fazer-se em termos meramente aparentes, de modo inútil. A referência à adoção de um orçamento detalhado indica a necessidade de considerar concretamente todos os fatores de formação dos custos. O detalhamento poderá ser maior ou menor tendo em vista a natureza complexa do objeto a ser adquirido, mas deverá interpretar-se a exigência em função da sua natureza ‘comum’. Ou seja, a Administração adquire, por via de pregão, produtos padronizados segundo praxe do mercado. Logo, o orçamento detalhado deverá considerar os preços de mercado para o objeto.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). São Paulo: Editora Dialética, 2001, p. 56)*

Em face do exposto, através da observância do Princípio da Legalidade, solicita-se que essa Ilma. Administração apresente o preço de referência detalhado na planilha de composição de preços, com todos os custos unitários, sob pena de ferimento dos parâmetros legais pertinentes à matéria.

## **2 – DO PRAZO PARA ENTREGAR OS APARELHOS E INICIAR A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS**

***“4.1.2 A licitante deverá indicar o prazo para a entrega e habilitação dos serviços e dos aparelhos, que não poderá exceder a 10 (dez) dias consecutivos, a contar da data da assinatura do contrato.”***

Compete esclarecer que o presente item foge da normalidade e do usual no mercado de telecomunicações, pois o mais comum e razoável é um prazo para entregar os aparelhos e iniciar a execução dos serviços de, ao menos, 30 (trinta) dias.

Dessa forma, prazo tão desproporcional e incomum causa transtorno às operadoras, pois logisticamente e administrativamente, nem sempre será possível atender a prazo tão diminuto, uma vez que deverá ser observado o fluxo de trabalho peculiar à esse mercado, que compreende, entre outras questões, a confecção e emissão do pedido, análise, avaliação dos serviços, disponibilidade de estoque e sistema logístico (definição de rota e entrega), sendo, portanto, mais legal e razoável a retificação de tal item.

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

## **3 – DO PRAZO PARA ASSINATURA DO CONTRATO**

***“8.1 Esgotados todos os prazos recursais, a Câmara Municipal convocará a licitante vencedora para assinar o contrato, no prazo de até 05 (cinco) dias úteis para assinatura do contrato, contados da data da convocação feita por escrito pela Câmara Municipal, sob pena de decair do direito à contratação, sem prejuízo da aplicação das sanções previstas neste edital.”***

Observe que o prazo para a assinatura do contrato é bastante diminuto. Assim, sugerimos um prazo mais dilatado.

Compete esclarecermos que o presente item foge da normalidade e do usual no mercado de telecomunicação, pois o mais comum e razoável é um prazo de pelo menos 10 (dez) dias úteis.

Sendo assim, prazo tão desproporcional e incomum causa transtorno às operadoras,

pois logisticamente e administrativamente nem sempre será possível colher a assinatura dos signatários das empresas, haja vista, que estes muitas vezes encontram-se em Estados diferentes.

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

#### **4 – DO FORNECIMENTO DE APARELHOS DUAL CHIP**

Cabe ressaltarmos que o aparelho dual chip, conforme exigido no Termo de Referência limita a participação dos licitantes, devido à reduzida oferta do aparelho, conforme preconiza a ANATEL, visto que resta disponível no mercado poucos modelos, e mesmo porque esses modelos são disponibilizados para a 'venda' no Mercado de Varejo, e não para o Mercado Corporativo, em especial para a cessão em comodato.

O universo de aparelhos ofertados no mercado é de extrema grandeza, obrigando as operadoras a concentrarem seus estoques nos modelos que melhor reflitam o desejo de consumo dos usuários e tragam uma relação custo x benefício compatível com os preços ofertados ao mercado. Assim, a exigência editalícia prejudica a competição no certame e cerceia as operadoras quanto à possibilidade de ofertarem modelos que melhor se adequem ao uso corporativo, em cessão de comodato, objeto este da licitação supracitada.

Nesta esteira, solicitamos a desobrigação da apresentação do modelo 'dual chip', permitindo o fornecimento de aparelhos que venham embarcados com somente 01 (um) sim card. O provimento das nossas alegações contribuirá para uma maior competitividade do certame, resultando em maior economia para o erário e excelência nos serviços prestados.

Todos os aparelhos fornecidos para prestação do SMP – Serviço Móvel Pessoal devem ser homologados na Anatel, para que tenhamos o fiel cumprimento das Resoluções 477/2007 – Regulamenta o SMP e 317/2007 – Estabelece o Plano Geral de Metas de Qualidade, que as Operadoras são obrigadas a cumprir, em especial a Resolução nº 242, de 30 de novembro de 2000, que trata da Certificação e Homologação de Produtos para Telecomunicações.



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

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

*“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”*

*§ 1º É vedado aos agentes públicos:*

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

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

Como se sabe, o princípio do interesse público deve nortear os atos da Administração. Dessa forma, não se pode admitir que interesses particulares se sobreponham aos públicos, pois isso representaria desvio de finalidade, o que não pode se admitir.

Diogenes Gasparini assim entende sobre o desvio de finalidade:

*“O **desvio de finalidade** e o excesso de poder são **defeitos do ato, em face da legalidade**, que se submetem a regimes diferentes. **Ocorre desvio de finalidade quando o agente exerce sua competência para alcançar fim diverso do interesse público. Vale dizer: o agente público que somente pode praticar ato ou agir voltado para o interesse público acaba por praticar ato ou atuar para satisfazer a um interesse privado.** (...) Nessas hipóteses costuma-se dizer que o desvio de finalidade é genérico: o **interesse passa de público para particular.***

(...)

*No **desvio de finalidade o ato administrativo é ilegal por inteiro. Não há como aproveitá-lo. É ato nulo e, como tal, é assim entendido pela doutrina e pela jurisprudência.**”* (GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. Editora Saraiva: São Paulo, 2012. 17ª Edição. págs. 196 e 197)

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

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

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

*“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. 1. As regras do edital de licitação de devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, **possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa** (...). 4. Segurança concedida.”* (Mandado de Segurança n. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/08/1998, g.n.).

*“A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes.*

*Quanto mais propostas houverem, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater concorrentes.*"  
(STJ. Mandado de Segurança n. 5.623, DJ de 18/02/1998, p. 02, g.n.).

Outrossim, a ação do administrador em detrimento do aumento da competitividade, com a inclusão de exigências imotivadas no Edital, e, conseqüentemente do interesse público, e em prol de interesses particulares também represente violação ao dever de probidade. Em relação a esse dever, Diogenes Gasparini ensina que:

*"3. Dever de probidade*

*Esse deve impõe ao agente público o desempenho de suas atribuições sob pautas que indicam atitudes retas, leais, justas e honestas, notas marcantes da integridade do caráter do homem. É nesse sentido do reto, do leal, do justo e do honesto que deve orientar-se o agente público no desempenho do cargo, função ou emprego junto ao Estado ou entidade por ele criada, sob pena de ilegitimidade de suas ações. O administrador, em obediência a essa orientação, deve buscar o melhor para a Administração Pública. Assim, entre duas opções permitidas pela lei, deve o agente escolher a mais vantajosa, a melhor. Do mesmo modo pensam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (Dispensa de licitação, cit., 1980, p.92). Para esses renomados autores 'a probidade administrativa exige que a Administração procure fazer o melhor negócio para o Erário'.*

*(...)*

*'O dever de probidade', diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 105), 'está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público, como elemento necessário à legitimidade de seus atos'. Com efeito, é crime de responsabilidade o ato do Presidente que atentar contra 'a probidade na administração' (CF, art. 85, V). (...)' (GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. Editora Saraiva: São Paulo, 2012. 17ª Edição. págs. 205 e 206).*

Já, Marçal Justen Filho leciona, a respeito dos princípios da moralidade e probidade, que:

*"2.5) Os princípios da moralidade e da probidade*

*(...)*

*Ainda quando as expressões não tenham significação precisa, a 'moralidade' abarcaria a 'probidade'. A utilização cumulativa das expressões não representa conceitos diversos.*

(...)

*É vedado ao administrador superpor um **interesse particular** (próprio ou de terceiro) ao interesse coletivo. Diante de conflito de interesses, o administrador deve sempre agir com lealdade para com o interesse coletivo. A moralidade e a probidade acarretam a impossibilidade de vantagens pessoais serem extraídas pelo administrador. Por igual, estão proibidas vantagens ou prejuízos decorrentes de preferências pessoais dos titulares de funções públicas. Mesmo que não retirem, direta ou indiretamente, qualquer benefício, os administradores praticam atos inválidos quando interferem no destino da licitação para beneficiar ou prejudicar concorrente(...)"* (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Editora Dialética: São Paulo, 2008. 12ª Edição. págs. 72 e 73).

Ora, a Administração deseja contratar serviços de telecomunicações, em especial o Serviço Móvel Pessoal – SMP, e agregada à prestação dos serviços impõe-lhe seja entregue equipamentos móveis, denominados aparelhos celulares, em CESSÃO DE COMODATO, ou seja, os equipamentos são de propriedade da Operadora a ser contratada que irá fornecer os serviços licitados, e ainda que tais aparelhos possuam característica de 'slots' para dois SIM Cards.

Os equipamentos serão utilizados pelos Agentes Públicos para fruição de serviços legalmente contratados e também para serviços que não se submeteram a licitação? E pior: para interesse que não seja o público, e ainda em equipamentos cedidos em comodato por terceiros? A Administração deseja obter vantagem pessoal na Contratação Pública? No mínimo questionável perante os órgãos de controle interno e externo. A Licitação, neste caso, não teria o condão de atender ao interesse público, mas o privado do Administrador?

De fato, o certame destina-se a fazer com que o maior número de interessados se habilite, com o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de serviços, a preços mais convenientes ao seu interesse. Para que este princípio seja atendido, a Administração Pública deverá buscar um edital equânime e condizente com as disponibilidades do mercado de telecomunicações, não favorecendo interesse privado do Agente Público, não se deve 'mesclar' a res pública e a privada, e benefícios que podem ser adquiridos em patrimônio de terceiros – no caso os aparelhos cedidos em comodato.

Ainda e não menos importante: ao determinar a contratação de equipamentos de

custo mais elevado, por serem 'dual chip', a Administração encarece o custo final da equação econômico-financeira para atendimento de uma suposta funcionalidade que atenderá Interesse Privado do Administrador. Também: a escolha de dual chip também afasta a competição, e assim torna o preço a ser pago mais elevado, e novamente o interesse privado prepondera. Seria essa a situação a ser avaliada em Tomada de Contas futura? Estaria revestida a contratação de probidade necessária?

Adicionalmente, seguem abaixo decisões do Tribunal de Contas da União que reforçam a necessidade de se respeitar o dever de probidade e condenam a inclusão de exigências desnecessárias e imotivadas nos Editais:

"qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade." (trecho do voto condutor do Acórdão 1170/2010-Plenário)

"Na Concorrência Sesc/Senac 01/2010 (Produção de programas e spots para rádio – peça 21), exigiu-se (...) que a licitante produzisse um programa de rádio, com tema definido pelo Senac, para fins de avaliação técnica (peça 21, p. 17-18). Não há, no procedimento licitatório, justificativa que demonstrasse a imprescindibilidade da produção de um programa de rádio para a seleção da melhor proposta, inclusive tendo-se em conta as demais exigências do edital. Além disso, no item 'Recursos Técnicos', o edital estabeleceu que a empresa deveria possuir estrutura própria na cidade do Rio de Janeiro, como instalações, equipamento, estúdios de gravação e reprodução e pessoal técnico, considerados essenciais para o cumprimento do objeto (peça 21, p. 17).

Esse conjunto de exigências da Concorrência Sesc/Senac 01/2010 onerou e restringiu a participação de licitantes, afastando potenciais competidores do certame. No presente caso, se observou, inclusive, que apenas uma empresa participou da licitação, conforme registrado na Ata da Reunião para recebimento dos documentos de habilitação (peça 21, p. 26).

Por fim, na Concorrência Senac 012/2010 (...) o edital exigiu que o licitante tivesse experiência em produção fotográfica no segmento de educação, de preferência em educação profissional (Anexo II do Edital, peça 23, p. 3). No subitem 4.4.2 do edital (peça 23, p. 9), há previsão de que a empresa deveria ter, no mínimo, 3 (três) anos de atuação no setor de fotografia digital, bem como possuir estúdio localizado no Município

do Rio de Janeiro. Apenas três empresas se interessaram pela concorrência. Observou-se que as exigências do edital restringiram a competição e impediram que o Senac pudesse escolher a proposta mais vantajosa, com risco de contratação de serviço com preço superior ao mercado. As exigências foram excessivas e desnecessárias, uma vez que não há complexidade para o serviço de produção de banco de imagens, nem justificativa para limitar a participação a empresas sediadas somente no município do Rio de Janeiro.

A inserção nos editais de exigências restritivas e a imposição de custos desnecessários prejudicaram a participação nos certames mencionados, podendo ter acarretado, inclusive, a não seleção da proposta mais vantajosa às entidades. Dessa forma, houve desrespeito ao art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc/Senac e ao princípio da isonomia.

(...)

#### 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da auditoria realizada no Serviço Social do Comércio – Sesc e no Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac, no período de 17 a 28/9/2012, tendo como propósito analisar processos licitatórios e os respectivos contratos de aquisição de bens ou prestação de serviços.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2.1. **abstenham-se de incluir nos instrumentos convocatórios critérios restritivos, tais como a imposição de custos aos licitantes e a obrigação de que possuam escritório ou estrutura física na cidade onde vai ser prestado o serviço, sem justificativas para a imprescindibilidade de tais exigências** para o cumprimento do objeto, identificadas nos Editais dos Convites Sesc ns. 08/0010 e 10/0011, das Concorrências Senac ns. 02/2010 e 012/2010, da Concorrência Sesc/Senac n. 01/2010, e do Convite Senac n. 15/2011, de modo a dar cumprimento ao disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc/Senac e à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, consubstanciada nos Acórdãos ns. 354/2008, 168/2009, 1.745/2009, 885/2011 e 1.028/2011, todos do Plenário, Acórdão n. 6.233/2009 – 1ª Câmara, e os Acórdãos ns. 3.966/2009, 4.300/2009 e 2.796/2011, todos da 2ª Câmara;" (ACÓRDÃO 0769/2013 ATA 11 – PLENÁRIO, de 03/04/2013).

Nesta égide, se faz necessário, para que não se afronte os princípios e normas atinentes à matéria, a correção da ilegalidade descrita acima, para permitir a participação de todas as operadoras no certame retirando a exigência de fornecimento de equipamento

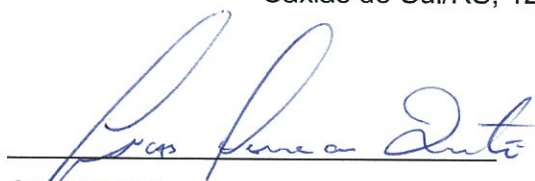
móvel, em Cessão de Comodato, com característica de 'dual chip'.

Pelo exposto, é medida de justiça e de atendimento aos preceitos legais a presente impugnação, buscando a clareza e objetividade do edital, permitindo a participação de todos com igualdade.

### III. DOS PEDIDOS

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

Caxias do Sul/RS, 12 de julho de 2016.



**CLARO S.A.**

CI: 4471808

CPF: 005 103 031 45

Lucas Ferreira Duarte  
Gerente de Contas  
Mat.: 520659  
EMBRATEL S/A.

