

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



Ao

ILMO. SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE IVAÍ

PREFEITURA MUNICIPAL DE IVAÍ - PR

PROTOCOLADO SOB Nº: 3709

Em 29/5/17 Hr: 14:00

REF: PREGÃO PRESENCIAL Nº 04/2017

ENCARREGADO

CLARO S.A., sociedade por ações com nova Sede Social localizada à Rua Henri Dunant, nº 780, Torres A e B, Bairro Santo Amaro, CEP 04.709-110, na Cidade e Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o nº 40.432.544/0001-47, de NIRE/JUCESP de nº 35.300.145.801, doravante denominada simplesmente CLARO, por seu representante infra-assinado, vem, respeitosamente, com fundamento no Decreto nº 3.555/00, que regulamentou o pregão, 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 12, do Decreto nº 3.555/00, o prazo para impugnação ao edital é de até 02 (dois) dias úteis da data fixada para o certame, *in verbis*:

"Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão." (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 02/06/2017, que deve ser excluído do cômputo (art. 110, da Lei nº 8666/93), considerando-se como primeiro dia útil sendo 01/06/2017 e como segundo dia útil sendo 31/05/2017.

Portanto, as impugnações apresentadas até o dia 31/05/2017 são tempestivas, como é o caso da presente.

Assim é o entendimento do egrégio Tribunal de Contas da União – TCU, conforme



corroborar 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 sustentando o prosseguimento deste certame.

II. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Por meio do **PREGÃO** em referência, a **PREFEITURA MUNICIPAL DE IVAÍ** divulgou o seu interesse na contratação de empresa especializada para prestação de Serviços de Telecomunicações conforme descrição do objeto da licitação:

"2.1 - A presente licitação tem por objeto a seleção de proposta visando a contratação de empresa especializada em telecomunicações, legalmente autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicação - Anatel, com a finalidade de prestação de serviço de telefonia móvel pessoal (SMP), para atender as necessidades desta prefeitura municipal, pelo período de 12 meses, de acordo com a descrição abaixo e do termo de referencia constante no Anexo VI deste

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



edital.”

Uma vez conhecido dito Edital, nele foram verificadas inconformidades.

Assim, e considerando a natureza das ilegalidades a seguir descritas, é certo que a **PREFEITURA MUNICIPAL DE IVAÍ**, 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 nº 8.666/93, princípios estes lhe serve de sustentáculo, além de representar seu fundamento jurídico.

1 – DA TECNOLOGIA DA COBERTURA

Observamos que o Edital solicita plano de dados 3G/4G e a CLARO, atualmente, só dispõe de operação de GSM (2G) na localidade; aliás, apenas uma das quatro operadores presentes no município de Ivaí tem cobertura 3G, as demais têm apenas 2G – informação que pode ser confirmada junto à Anatel.

Desta forma, o fato de uma única operadora ser a única capaz de atender a esta solicitação representa a violação do Princípio Constitucional e Licitatório da Isonomia, viciando o instrumento convocatório e acabando por lesar o erário público, comprometendo, ainda, a competitividade do certame.

Assim, temos que o Princípio da Isonomia ou Igualdade, elencado no artigo 5º da Constituição, deve ser observado em qualquer instrumento licitatório, por tratar-se de direito fundamental que deve ser seguido por todos, obrigando, portanto, a Administração a dispensar idêntico tratamento aos participantes no certame.

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



Ademais, ao tratar do procedimento licitatório, a Constituição determina de forma expressa, em seu artigo 37, "XXI", que o procedimento em questão deve assegurar "*igualdade de condições a todos os concorrentes*".

Neste sentido, vale salientar que a igualdade no processo licitatório 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, estando o Princípio da Igualdade, portanto, intimamente ligado ao Princípio da Impessoalidade, pois na medida em que a Administração oferece igual oportunidade a todos, estará oferecendo também tratamento impessoal.

Observe, ainda, que tais princípios garantem ao administrador e aos administrados que as regras traçadas para o procedimento licitatório devem ser fielmente seguidas por todos, sendo certo que, uma vez que a regra fixada não é respeitada ou encontra-se viciada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

Em vista das considerações acima aduzidas, é válida a seguinte citação do Professor Toshio Mukai que, por sua vez, cita o Professor Hely Lopes Meirelles:

*"O inciso I do par. 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93 veda expressamente a existência de qualquer cláusula ou condição que comprometa o caráter competitivo do procedimento licitatório (...). **A existência de tais exigências contraria o princípio da igualdade a que o procedimento licitatório encontra-se vinculado. Nesse sentido é remançosa e pacífica a jurisprudência do STF.***

Hely Lopes Meirelles diz que 'é nulo o edital omissivo ou errôneo em pontos essenciais, ou que contenha condições discriminatórias ou preferenciais, que afastem determinados interesses e favoreçam outros'. (...)" (Licitações, As prerrogativas da Administração e os Direitos das Empresas Concorrentes, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1994, pp.31 e 33, g.n.).

Por todo o exposto, faz jus a presente impugnação, com o escopo de dar ao procedimento licitatório a lisura que lhe deve ser peculiar por meio da observância dos princípios debatidos em tela, equacionando-se a cláusula viciada para permitir a participação de todas as operadoras no certame, retirando a exigência supracitada e

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



incluindo exigência de cobertura passível de ser atendida pelo mercado de telecomunicação móvel.

2 – DOS APARELHOS SOLICITADOS

Observamos, também, que foi solicitado o Edital solicita 15 assinaturas (linhas) sendo 2 com pacote de dados (3GB) e 13 somente voz, mas solicita 27 aparelhos para as 13 linhas que usarão apenas voz, configurando uma situação injustificável e que onera a contratação, trazendo ônus desproporcional e imotivado para a própria Administração.

Lembramos que para utilização completa e plena dos aparelhos *smartphones* é mister o serviço de dados, sendo inutilizado este aparelho caso este serviço não seja adquirido.

Diante do exposto, faz jus a presente impugnação para que a Ilma. Administração adeque o serviço solicitado às regras do mercado de telecomunicações e caso deseje *smartphone*, cote dados para todos, ou solicite outro aparelho para as linhas sem pacotes de dados.

3 – DA VEDAÇÃO À ESCOLHA DE MARCA

“8.1.2 - Para comprovação da regularidade fiscal:

(...)

b) prova de inscrição no cadastro de contribuinte municipal, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto licitado (alvará);”

Cumpre elucidar que não pode ser admitida a escolha, pela Administração, do aparelho a ser cotado.

A oferta, sem definição de marca, deve ser feita pelo licitante, dentre os aparelhos com especificações mínimas descritas no edital, sendo totalmente ilícito que a escolha do aparelho seja realizada pela Administração a seu exclusivo critério.

Exatamente por integrar a proposta, basta à Administração oferecer as especificações mínimas exigíveis para, a partir desta descrição, analisar as ofertas

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



realizadas pela licitante, não sendo legítimo outorgar a escolha de marca pela Administração, de forma unilateral, sob pena de violação direta ao artigo 7º, §5º, da Lei nº 8.666/93.

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

(...)

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

Nesse contexto, não importa se a escolha da marca é anterior ou posterior à licitação. Em quaisquer destas situações, há flagrante violação ao dispositivo que, em regra, veda a escolha de marca pela Administração Pública para cumprimento da necessidade administrativa.

Dessa forma, deve ser afastada a fórmula do Edital no que se refere à unilateralidade, pela Administração, da escolha de quais aparelhos seriam exigíveis pela mesma, adotando-se apenas a previsão de especificações mínimas dos aparelhos a serem cotados.

4 – DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE REEMBOLSO PARA AS HIPÓTESES DE PERDA ROUBO OU FURTO DE APARELHOS

Observe que os aparelhos serão fornecidos em regime de comodato, posse e guarda do cliente.

Nesse sentido dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.666/93:

“Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos do direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



Com base nessa premissa, o objeto do presente edital solicita que os aparelhos sejam cedidos em comodato, regime previsto em nosso ordenamento jurídico no Código Civil Brasileiro, com a seguinte redação:

“Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.”

“Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.”

“Art. 584. O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.” (g.n.)

Cabe lembrar, que o comodato é o empréstimo gratuito de coisa móvel, que implica na obrigação do devedor de restituí-la. O comodatário é mero detentor da coisa e terá que restituí-la, tal como recebida em comodato.

Assim, entregue a coisa ao comodatário (Contratante), fica o comodante (Contratada) desobrigado para com aquele bem, ou seja, a partir da entrega, a Lei cria obrigações apenas para comodatário, a principal das quais é a de restituir a coisa emprestada, no término do contrato, ou quando lhe for reclamada, nas mesmas condições em que recebeu. Qualquer prejuízo que ocasionar ao comodante, por culpa própria ou de terceiro, ou ainda, na hipótese de força maior ou caso fortuito, em que antepõe salvar os seus bens abandonando os do comodante, responde o comodatário pelo dano.

Dessa forma, nos casos de roubo ou furto dos aparelhos, a responsabilidade e as custas deverão recair sobre o contratante, devendo ser excluída a responsabilidade da contratada, haja vista, que se for responsabilidade da contratada, haverá um desequilíbrio econômico financeiro do contrato, o que é vedado por lei.

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



Diante de tais fatos, essa empresa requer que seja esclarecida tal redação, de forma a estabelecer, como obrigação exclusiva da contratante o ônus sobre a substituição dos aparelhos nos casos de perda, furto ou roubo dos aparelhos cedidos em comodato.

Diante do exposto, compete o presente esclarecimento para que a Administração retifique o presente item e observe a legislação vigente. Por ser medida de legalidade e correição.

5 – DO FORNECIMENTO DE APARELHOS DUAL CHIP

"2 – OBJETO

(...)

- a proponente deverá ceder em regime de comodato 02 unidades do smartphone Moto G - 4ª geração-dual chip (para as linhas com internet móvel) e 27 unidades do smartphone Alcatel 4009 - Pixi 3 - 3,5 - dual chip."

Cabe ressaltarmos que o aparelho *dual chip*, conforme exigido no Edital 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

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



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:

l - 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

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



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 negações, 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

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



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.

6 – DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE QUE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA ESTEJAM ACOMPANHADOS DE CÓPIAS DE NOTAS FISCAIS OU CONTRATOS QUE OS LASTREIEM

“8.1.3 - Qualificação Técnica

a) apresentar no mínimo 01 (um) atestado/declaração fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando que a licitante já forneceu, satisfatoriamente, o objeto licitado. O atestado/declaração deverá conter, no mínimo, o nome da empresa/órgão contratante, número de CNPJ, o nome do responsável pelo mesmo. Poderá ser solicitado pelo pregoeiro cópia (s) de notas fiscais emitidas em nome do (s) declarante (s) compatível com o objeto ora licitado para maior sustentação ao atestado apresentado.”

Compete ressaltar que a exigência acima é ilegal e não merece prosperar, vide recente decisão abaixo transcrita:

“1. É ilegal a exigência de que atestados de capacidade técnica estejam acompanhados de cópias de notas fiscais ou contratos que os lastreiem, uma vez que a relação de documentos de habilitação constante dos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93 é taxativa.

Em Representação acerca de possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes/MEC), objetivando o registro de preços para contratação de serviços técnicos de apoio à gestão de sistemas de informação daquela fundação, a representante questionara a sua inabilitação “decorrente do fato de os atestados de capacidade técnica não terem sido apresentados juntamente com contratos e notas fiscais correspondentes, conforme exigido no instrumento convocatório”. Realizadas as oitivas regimentais, a Capes alegou a necessidade de que fossem “apresentados outros documentos além do atestado de



*capacidade técnica, para o devido julgamento da capacidade da empresa”, ressaltando que “o edital seguiu integralmente as disposições legais”. A relatora rebateu, destacando que “a exigência de que atestados de capacidade técnica estejam acompanhados de cópias das notas fiscais ou contratos que os lastreiem fere a Lei 8.666/1993, como aponta firme jurisprudência deste Tribunal”. Acrescentou que “a relação de documentos constante dos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativa”, a exemplo dos precedentes contidos nos Acórdãos 597/2007-Plenário e 1564/2015-Segunda Câmara. Sobre o caso concreto, a relatora observou que “a representante comprovou ter a capacidade mínima exigida pelo certame, visto que a apreciação inicial do atestado foi condição suficiente para certificar que a empresa atendeu ao termo de referência”. Observou ainda que a fundação, em momento anterior à desclassificação da representante, promovera diligências para sanar a dúvida quanto a esse aspecto e teve a oportunidade de concluir que o atestado de capacidade técnica apresentado atendia as exigências do edital, “conforme atestou a Diretoria de Tecnologia e Informação daquela entidade por meio da nota técnica (...)acostada aos autos”. Em vista do exposto pela relatora, o Tribunal considerou a Representação procedente e fixou prazo para que a Capes tornasse sem efeito a inabilitação e a desclassificação da representante, cientificando ainda a fundação de que **“a exigência de apresentação de atestados de capacidade técnica juntamente com as notas fiscais e/ou contratos prevista no edital do pregão eletrônico (...) não encontra amparo no art. 30 da Lei 8.666/1993 e na jurisprudência desta Corte”** (Acórdão 1224/2015-Plenário, TC 003.763/2015-3, relatora Ministra Ana Arraes, 20.5.2015.)*

Sendo assim, face a ilegalidade do dispositivo editalício, requeremos a sua exclusão.

7 – DOS PAGAMENTOS

“19.1 - O pagamento será efetuado a prazo em até 30 dias após a execução do objeto e mediante a apresentação da nota fatura/boleto parametrizadas, com código de barras. E também apresentação da prova de regularidade relativa à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.”

Primeiro, cabe salientarmos que tal item diverge do disposto na Resolução nº 632/2014 da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel que deve ser seguida por todos os usuários de telefonia móvel no país, mesmo quando órgãos da Administração Pública.



O art. 76 da referida Resolução determina os prazos e formas de entrega das faturas, conforme abaixo:

“Art. 76. O documento de cobrança deve ser entregue ao Consumidor com antecedência mínima de 5 (cinco) dias da data de vencimento.”

Nesta vertente, fica claro que o instrumento convocatório está em desacordo com as regras da Anatel, pois as operadoras possuem até 5 (cinco) dias úteis antes do prazo de pagamento para entregarem as faturas.

Ademais, faz jus a presente impugnação tendo em vista que a exigência de envio das faturas conjuntamente com a documentação torna a logística da operadora bastante equivocada, sendo necessário um grande aparato humano e administrativo para o atendimento deste item.

Desta forma, a logística desse processo de anexar à fatura documentação diversa é bastante dispendiosa para as operadoras.

Além disso, a solicitação em questão vai de encontro ao momento atual e às práticas relacionadas a preservação do meio-ambiente, pois exige-se o envio de documentos impressos, que geram um gasto desnecessário de papel, já que a regularidade que se deseja averiguar através do envio dos documentos solicitados pode ser verificada pela internet, através de consulta ao SICAF.

Some-se ao fato de que a consulta pela internet evita o gasto de papel, ao fato de que ela oferece celeridade ao processo, evitando, por conseguinte, tanto desperdício de tempo.

Sendo assim, se faz necessária a retificação do edital, para a adequação do prazo de apresentação das faturas e seu pagamento, conforme os ditames da Agência Reguladora, e para que se permita o envio das faturas sem documentação diversa, que pode ser facilmente retirada pela internet, via SICAF.

III. DOS PEDIDOS

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



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.

Ivaí/PR, 29 de maio de 2017.


JAEL PINHEIRO SOUZA
PROCURADOR CLARO
712546842045
Jaél Pinheiro Souza
Gerente Executivo de Contas
CPF: 712.546.842-04
RG: 20943415
CLARO - EMBRATEL

CLARO S.A.
CI:20943415-SSP-PA
CPF:712.546.842-04

PREFEITURA MUNICIPAL DE IVAÍ - PR

PROTOCOLADO SOB Nº: 3709

Em 29/5/17 Hr: 14:02



ENCARREGADO

marco

De: Gabinete [gabinete@ivai.pr.gov.br]
segunda-feira, 29 de maio de 2017 11:43
Para: licitacao@ivai.pr.gov.br
Assunto: Fwd: PREFEITURA MUNICIPAL DE IVAÍ_PREGÃO PRESENCIAL Nº 04/2017 _IMPUGNAÇÃO ao PREGÃO
Anexos: image001.jpg; Impugnação - PM de Ivai.pdf

De: "Jael Pinheiro Souza - Claro NO -" <jael.souza@claro.com.br>
Para: "gabinete@ivai.pr.gov.br" <GABINETE@IVAI.PR.GOV.BR>
Enviadas: Segunda-feira, 29 de maio de 2017 11:11:43
Assunto: PREFEITURA MUNICIPAL DE IVAÍ_PREGÃO PRESENCIAL Nº 04/2017 _IMPUGNAÇÃO ao PREGÃO

Ao

ILMO. SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE IVAÍ

REF: PREGÃO PRESENCIAL Nº 04/2017

CLARO S.A., sociedade por ações com nova Sede Social localizada à Rua Henri Dunant, nº 780, Torres A e B, Bairro Santo Amaro, CEP 04.709-110, na Cidade e Estado de São Paulo, inscrita no **CNPJ sob o nº 40.432.544/0001-47**, de NIRE/JUCESP de nº 35.300.145.801, doravante denominada simplesmente **CLARO**, por seu representante infra-assinado, vem, respeitosamente, com fundamento no Decreto nº 3.555/00, que regulamentou o pregão, 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.

Atenciosamente,

