

Ref.: Pregão Presencial nº 043/2020

TIM S.A., com sede na Avenida João Cabral de Mello Neto, nº 850, bloco 01, sala 1212, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro – RJ, CEP 22775-057, inscrita no CNPJ sob o nº 02.421.421/0001-11 (doravante “TIM”), neste ato representada conforme instrumento de mandato anexo, com fundamento no item 7.1 Edital do Pregão Presencial nº 043/2020, bem como no artigo 41, §2º da Lei Federal nº 8.666/1993, vem apresentar **IMPUGNAÇÃO**, pelas razões que passa a expor.

PRELIMINARMENTE

A Impugnante pede *venia* para reafirmar o respeito que dedica à digna Administração e aos doutos profissionais que a integram.

Destaca que a presente manifestação tem estrita veiculação à interpretação objetiva dos termos do instrumento convocatório. Destina-se apenas à preservação do direito da Impugnante e da legalidade do presente certame. As eventuais discordâncias deduzidas na presente impugnação fundamentam-se no entendimento que se pretende para o texto da Constituição e da Lei, eventualmente diverso daquele adotado para a edição do ato convocatório.

I. Tempestividade

O instrumento convocatório referente ao Pregão Presencial nº 430/2020 (“Pregão”) foi publicado, marcando a data de abertura das propostas para o dia 07 de janeiro de 2021.

Ora, de acordo com o item 7.1 do instrumento convocatório, qualquer pessoa poderá impugnar o Edital até 2 (dois) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública.

Para fins de contagem de prazo, a TIM expõe a regra disposta no artigo 110 da Lei nº 8.666/93:

“Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.”

Assim, em atenção à disposição do referido item, o prazo de 2 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para abertura das propostas se encerra em 05 de janeiro de 2021, **sendo inquestionável a tempestividade da presente impugnação.**

II. Da Ilegalidade Do Instrumento Convocatório

A licitação de que se cuida tem por objeto *“contratação de empresa para Prestação de Serviço de Telefonia Móvel, SMP (Serviço Móvel Pessoal), com ligações de longa distância nacional, para uso dos servidores da Prefeitura Municipal de Conceição dos Ouros, com o fornecimento de aparelhos novos, de acesso móvel pós-pagos pelo período de 12 (doze) meses conforme especificações nos anexos do edital”*.

Analisando o instrumento convocatório em comento, verifica-se que o mesmo contém previsões incompatíveis com a Constituição e com as Leis que regem as licitações públicas, uma vez que faz exigências que acabam por restringir a participação de empresas interessadas em competir no procedimento licitatório.

III. Do Mérito

Inicialmente, a TIM ressalta acerca das exigências da Prefeitura acerca da forma de fornecimento dos equipamentos móveis para uso do serviço ora licitado, a saber:

“5.4.2 Os aparelhos deverão ser fornecidos sob regime de cessão.

(...)

5.4.4 - Decorrido o período de vigência contratual, em caso de renovação por Termo Aditivo nas condições legais, fica a CONTRATADA obrigada a enviar todos os aparelhos (100% - cem por cento) de novos aparelhos para os itens 2.2.1 e 2.2.2 (do termo de referência) de tecnologia atualizada à época. Para os aparelhos descritos no item 2.2.3 por se tratar de aparelhos básicos que possuem menor possibilidade de "danos", a contratada é obrigada a efetuar o envio de 50% (cinquenta por cento) destes equipamentos. Todos os equipamentos devem ser novos e de primeiro uso. Não será necessário o envio de aparelhos de Backup em caso de renovação.

5.4.4.1 - Devido à substituição dos aparelhos não ocorrer para todos os equipamentos fica facultativo para a prefeitura a devolução dos mesmos após o término do contrato.”

Ora, observadas as citadas condições, a TIM, prontamente, buscando esclarecimentos detalhados acerca do fornecimento dos aparelhos, questionou à Prefeitura qual será a modalidade adotada, uma vez que o termo cessão não define claramente qual seria o instituto definido.

Nessa esfera, considerando que a resposta da Prefeitura não esclareceu a averiguação da TIM, esta Impugnante opõe em sede de impugnação a indagação acerca da modalidade de fornecimento a ser adotada na presente licitação.

De início é oportuno registrar que a modalidade adotada comumente nas contratações de serviço de telecomunicações é o comodato. É notório que tal modalidade é adotado de forma avassaladora nas contratações públicas, podendo ser verificado inclusive com demais órgãos e entidades contratantes recentemente, justamente pelo fato do fornecimento dos equipamentos ser uma condição acessória ao principal objeto da contratação, o serviço de telecomunicações.

Assim, diante da disposição do Edital não está claro de que forma serão cedidos os aparelhos. A definição da forma de fornecimento é condição *sine qua non* às Licitantes principalmente por haver direto impacto financeiro no projeto, com direto abalo na elaboração das propostas comerciais das Licitantes. Obviamente as operadoras de telecomunicações

precisam investir na aquisição dos aparelhos móveis para atendimento a esta contratação, sendo, portanto, oneroso à esta, sendo, portanto, necessário observar o equilíbrio econômico-financeiro da contratação pela Administração.

Havendo a manutenção da condição indefinida, omissa e obscura no Edital, certamente haverá conflito nos entendimentos das Licitantes.

Nesse sentido, resta claro que a Prefeitura deverá esclarecer às Licitantes a modalidade adotada, seja mediante cessão de uso onerosa ou por meio de comodato, sendo oportuno frisar que a última modalidade é a mais habitual nas licitações de SMP.

Nesse passo, havendo esclarecido a Prefeitura optou pela modalidade de comodato, é válido expressar o conceito desse instituto, conforme estabelecido no Código Civil Brasileiro: “*é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis.*”

Nessa seara, resta evidente que a modalidade de fornecimento dos equipamentos abrange um contrato unilateral por meio do qual uma pessoa empresta a outrem coisa infungível, a título gratuito, para que esta use o bem e depois o restitua. Tal modalidade é classificada como empréstimo de uso, sem a transferência da titularidade ao usuário. Ou seja, a Prefeitura não será custeada para o uso dos equipamentos móveis durante toda a execução contratual, contudo, não poderá haver a faculdade no fim da vigência contratual para a devolução dos aparelhos, sendo este retorno para a Contratada condição obrigatória.

Diante disto, resta evidente que as disposições editalícias restam obscuras, principalmente, quando a Prefeitura cita como cessão simplesmente e ainda põe em nota a condição de não devolução do equipamento à Contratada após o fim da vigência do contrato, o que caracterizaria a doação dos equipamentos emprestados.

A doação dos equipamentos cedidos em empréstimo após terminada a vigência do contrato de serviços, claramente descaracteriza o instituto do comodato, e ainda, abarca à operadora contratada alto risco de impacto econômico-financeiro, uma vez que o fornecimento do bem gratuitamente sem a sua devida restituição deflagrará no desequilíbrio contratual, causando à Contratada onerosidade excessiva.

A onerosidade em excesso se corrobora ao observarmos a condição que, em caso de prorrogação contratual, os aparelhos deverão ser substituídos, ou seja, no caso de renovação do contrato de serviços de telefonia a operadora deverá arcar com novas aquisições de equipamentos, a serem fornecidos pelo empréstimo gratuito, que ao final, deverá ser transferido à Prefeitura.

Obviamente tal condição seria superar caso haja esclarecimento da Prefeitura acerca da modalidade a ser adotada, caso se opte pela venda facilitada. No entanto, observado que o presente instrumento convocatório não estabeleceu critério acerca da forma a ser adotada, as Licitantes se veem impedidas de seguir tendo em vista a indefinição da Prefeitura.

Diante disto, deve ser imposto o correto tratamento atribuível à modalidade de cessão de uso dos equipamentos, sendo preferencialmente indicada a figura do comodato.

Nesse sentido, é válido citar o que disciplina o Código Civil acerca do comodato:

“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.”

É inegável que as condições da licitação não podem violar a legislação em vigor, em absoluta observância ao princípio da legalidade, norteador dos atos da Administração Pública.

Nesse sentido, na elaboração do Edital e de seus anexos, o Administrador deve observar as normas legais, principalmente àquelas aplicáveis às licitações públicas. Por isso, o instrumento convocatório ao ser omissão, obscuro ou contraditório a respeito do fornecimento dos equipamentos acessórios, não poderá ensejar à Administração em uma interpretação extensiva, contrária aos ditames legais.

Cabe frisar que o fornecimento dos aparelhos, embora condição acessória ao objeto contratado, a saber, a prestação de serviços de telefonia, este gera à operadora contratada

custos para a execução, sendo a hipótese de doação posterior, acumulada com a substituição dos equipamentos no caso de prorrogação da vigência do contrato de serviços, excessivamente onerosa à Contratada.

Sendo assim, ao insistir em prosseguir o processo licitatório com desconexão e incoerência, esta Administração afasta inúmeras empresas do certame, pois não observa os princípios basilares da Administração.

Resta claro que a Administração deve se pautar na legislação inerente ao objeto licitado, sendo certo que não poderá haver a mutação das condições praticadas no mercado, principalmente para o enriquecimento do órgão contratante às custas do particular contratado.

Assim, em que pese o estabelecimento das especificações dos serviços que se pretende contratar seja decisão discricionária da Administração Pública, por força do princípio da legalidade, esta deve pautar suas decisões pelos princípios que orientam o procedimento, expressamente previstos na legislação em vigor, e principalmente, pelo interesse público que se pretende atingir com aquele ato.

A Administração Pública deve ser exercida apenas em conformidade da lei. Seus atos administrativos não podem ultrapassar o que foi positivado nas normas jurídicas.

O princípio da legalidade, segundo o supracitado Celso A. B. de Mello (2013, p. 103), é também um dos pressupostos da administração impessoal, visto que o princípio se contrapõe “a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes”, e a “todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual se irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos”. E, por isto, considera o princípio da legalidade como o “antídoto natural” do poder monocrático ou oligárquico, visto que ele exalta a cidadania.

Os poderes conferidos à Administração Pública devem ser utilizados em benefício da coletividade, pois o bem comum é a finalidade que toda ação administrativa deve objetivar. Conforme entendimento do autor supracitado (MEIRELLES, 2016), as leis administrativas “são de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos”, principalmente por acordo ou

vontade de seus aplicadores e destinatários, uma vez que “contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos”.

Neste sentido, mais uma vez, o item impõe incerteza e imprevisibilidade aos licitantes, além da possível onerosidade excessiva decorrente de tais condições.

Ora, o administrador público deve observar o princípio da legalidade, sob pena de ser responsabilizado por improbidade administrativa. Na doutrina de Meirelles (2016, p. 93), os autores prelecionam que o administrador público está “sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal”.

Nesse contexto, é evidente que a regra do edital de licitação não pode desafiar a lógica do razoável e em última análise, afasta esta Administração da trilha da obtenção da melhor proposta, finalidade ulterior deste e de todos os certames licitatórios.

Por isso, a Impugnante corrobora que a hipótese de doação dos equipamentos após o final da vigência contratual frustra o comodato e, sobretudo, onera excessivamente à Contratada, sendo, portanto, necessária a revisão do texto do instrumento convocatório, de modo que seja obrigatória a devolução do equipamento emprestado.

Na suposição de inflexível, a TIM pugna para que tal condição seja negociável entre as partes, na ocasião de término da vigência do contrato ou de renovação contratual, levando-se em conta o caráter financeiro da relação.

De outro lado, caso mantenha o edital nos termos em que se encontra, impede a participação de empresas interessadas, caracterizando restrição ao caráter competitivo da licitação, violação ao princípio da isonomia e prejuízo para erário, vez que a Administração Pública deixa de atender ao interesse público e de contratar pelo menor preço.

Na elaboração do Instrumento convocatório e de seus anexos, o Administrador deve observar as normas legais, principalmente àquelas aplicáveis às licitações públicas.

Infere-se, assim, que todas as exigências contidas no instrumento convocatório não podem ser excessivas além de permitir que o maior número de licitantes possa participar do certame, fazendo com que a Administração contrate o melhor serviço pelo menor preço, alcançando vantajosidade para Administração Pública.

Se persistir exigências incompatíveis no Edital, certo é que as Licitantes se afastarão do certame, prejudicando a vantajosidade exigida pelo art. 3 da Lei 8.666/1993. Vejamos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.”

Tal medida, além de prejudicar a vantajosidade das propostas, acabaria por afetar também o caráter competitivo do certame. Isto porque, como se sabe, a competitividade da licitação depende da participação do maior número possível de licitantes e, para tanto, não deve o ato convocatório prever condições de participação excessivamente restritivas, conforme expressamente determina o artigo destacado supra.

A doutrina e a jurisprudência têm ratificado o entendimento que o Edital não pode restringir a competitividade do certame, característica inerente às licitações Públicas. Vejamos:

“o interesse público reclama o maior número de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação.”

Nesse passo, esta Licitante destaca quanto à essencial observação e prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evidentemente regentes aos atos da r. Administração.

Conforme destaca a respeitável doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, “a razoabilidade é qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa.”

Veja-se, a propósito que o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93 estabelece que a licitação destina-se a seleção da proposta mais vantajosa. A vantagem buscada por meio de certames é assim conceituada segundo o Professor Marçal Justen Filho:

“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro, vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação de custo benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.”

De outro lado, caso mantenha o edital nos termos em que se encontra, impede a participação de empresas interessadas, caracterizando restrição ao caráter competitivo da licitação, violação ao princípio da isonomia e prejuízo para erário, vez que a Administração Pública deixa de atender ao interesse público e de contratar pelo menor preço.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI dispõe que a Administração somente poderá fazer exigências indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação, qual seja, o objeto a ser contratado. Vejamos:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de

condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Assim, a Administração não cumpre o mandamento contido na Carta Maior e ainda não observa o princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, que exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

Nesse sentido, em que pese o estabelecimento das especificações dos serviços que se pretende contratar seja decisão discricionária da Administração Pública, por força do princípio da legalidade, esta deve pautar suas decisões pelos princípios que orientam o procedimento, expressamente previstos na legislação em vigor, e principalmente, pelo interesse público que se pretende atingir com aquele ato.

Diante dos fatos acima narrados, do mandamento legal e da jurisprudência acima transcrita, esta impugnante requer que a d. Comissão altere e republique o Edital com todas as informações necessárias, concedendo a oportunidade a esta empresa de participar da licitação em comento.

IV. Do Pedido

Em face do exposto, a TIM requer:

- (i) o acolhimento das razões expostas acima, de acordo com o disposto na lei, na doutrina e jurisprudência;
- (ii) a retirada do edital dos itens que restringem o caráter competitivo do certame;
- (iii) a republicação do Edital, após escoimados todos os vícios que maculam sua validade, em conformidade com o artigo 21, §4º da lei 8.666/93.

Termos em que,
pede deferimento.



TIM S.A.



MARCONDES DOMINGOS
Corporate Solutions
Government Corporate Sales
+55 31 991018424
TIM Brasil - www.tim.com.br

