

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

Credenciamento n.º 278/2016 – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Pedido de Esclarecimento formulado pela TELEFÔNICA BRASIL S/A.

À Comissão de Credenciamento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

TELEFÔNICA BRASIL S/A, Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, respeitosamente, perante V. Sa., apresentar **PEDIDO DE ESCLARECIMENTO**, com sustentação no item 1, subitem 1.4 do Edital do Credenciamento em epígrafe, pelos fundamentos constantes desta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Não há prazo para solicitar esclarecimentos, uma vez que, somente é fixada data início e fim para que o interessado ingresse no processo.

Tal circunstância decorre do fato de não haver disputa, ou seja, não se aplica procedimento dotado da sessão pública de habilitação e seleção, mas, tão somente protocolo de apresentação dos documentos para comprovação das condições de habilitação / credenciamento.

II - OBJETO DO CREDENCIAMENTO.

O objeto do instrumento de convocação ora apreciado consiste no credenciamento *“de prestadoras de serviços continuados de telefonia móvel pessoal (Serviço Móvel Pessoal – SMP), com fornecimento de aparelhos em regime de comodato, conforme as disposições deste edital, minuta contratual e Anexos I e II”*.

O presente pedido de esclarecimentos apresenta questões pontuais do ato convocatório que merece ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

Cinco são os fundamentos que justificam o presente pedido, conforme exposição a seguir.

III - FUNDAMENTOS.

01. ESCLARECIMENTO ACERCA DO PROCEDIMENTO ADOTADO PARA CREDENCIAMENTO E SELEÇÃO DAS OPERADORAS COM CONSEQUENTE PRESTAÇÃO DO OBJETO. POTENCIAL RISCO À LEGITIMIDADE DE TODO ARCABOUÇO JURÍDICO/LEGAL EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES.

É sabido que **não existe previsão legal para a modalidade de “CREDENCIAMENTO” em matéria de licitações**, embora exista aceitação dessa prática pela jurisprudência dos Tribunais de Contas e pela doutrina, escorada na previsão do caput do art. 25 da Lei Federal n.º 8.666/1993, segundo o qual *“É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”*. Conforme precedente do Tribunal de Contas da União:

Finalizando, constatamos ter ficado devidamente esclarecido no processo TC 008.797/93-5 que o sistema de credenciamento, quando realizado com a devida cautela, assegurando tratamento isonômico aos interessados na prestação dos serviços e negociando-se as condições de atendimento, obtém-se uma melhor qualidade dos serviços além do menor preço, podendo ser adotado sem licitação amparado no art. 25 da Lei 8.666/93. (TCU. Decisão nº 104/1995 - Plenário).

Neste contexto é válido ressaltar que a própria Lei Federal n.º 13.303/2016 em seu art. 30 (*“A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de: (...)”*) dispõe de conteúdo parelho ao constante no supratranscrito art. 25 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, **que pode ser aplicado como fundamentação a processos regidos pelo Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**

Abalizado o aparelhamento para fins de fundamentação normativa, relevante esclarecer que, lição do ilustre professor e doutrinador MARÇAL JUSTEN FILHO, o credenciamento é possível nas hipóteses em que não há possibilidade de competição:

Não haverá necessidade de licitação quando houver **número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração**. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo. O raciocínio não é afastado nem mesmo em face da imposição de certos requisitos ou exigências mínimos. **Sempre que a contratação não caracterizar uma “escolha” ou “preferência” da Administração por uma dentre diversas alternativas, será desnecessária a licitação.**

(...)

Nas situações de ausência de competição, em que o credenciamento é adequado, a Administração não precisa realizar licitação. Sob um certo ângulo, verifica-se inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição. Na verdade, a inviabilidade de competição consiste, no caso, na ausência de excludência entre os possíveis interessados (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 46). (g.n.).

E, para JORGE ULISSES JACOBY:

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, ela própria fixando o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, **inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi**

assegurada à contratação. (Coleção de Direito Público. 2008. Pg. 538). (g.n.).

Isto posto, apesar do acolhimento de tal “modalidade” em processos dessa natureza, seja pela jurisprudência (Tribunais de Contas), seja por parte respeitável da doutrina. Para a hipótese em concreto, verifica-se que **não há garantia de contratação de todos os credenciados (simultaneidade), nem de quantidades mínimas**. A Seleção será efetivada mediante juízo de conveniência e oportunidade adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é o que aduz a planilha do 2, subitem 2.1, alínea “e” do ANEXO II (Das Condições do Serviço), *in verbis*:

e) Critério de escolha da empresa a ser CONTRATADA

Caberá ao usuário escolher a operadora que melhor atenda às suas necessidades peculiares de qualidade, cobertura e confiabilidade na prestação do serviço de conexão móvel.

Nota-se, portanto que o edital de credenciamento não estabelece com exatidão critérios objetivos de escolha e **não deixa claro como será medida a qualidade e delineados os critérios mínimos de confiabilidade e regularidade na prestação dos serviços de telecomunicações** eventualmente ajustados com as operadoras credenciadas.

E, salvo melhor juízo, **não se trata de hipótese de inviabilidade de competição**, MAS APENAS FALTA DE PESQUISA ADEQUADA DE MERCADO E PLANEJAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA que deveria, a princípio, definir quantidades e localidades e subdividir o objeto em lotes ou permitir a apresentação de propostas parciais, sem, no entanto, eliminar o caráter competitivo do processo.

Nesta ordem de ideias, é plenamente plausível a interpretação que, a rigor, o credenciamento ora pretendido **viola os princípios da legalidade (por não haver autorização legal para sua realização), da obrigatoriedade de licitação (nos termos do art. 37, XXI da CR/88 e do art. 28 da Lei Federal n.º 13.303/2016) e da isonomia (por permitir a livre escolha da operadora por meio de critérios discricionários delineados pelo Tribunal de Justiça de**

Santa Catarina) conforme demanda específica para cada local de prestação do objeto).

Nesta senda, requer-se por parte do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, **devidos esclarecimentos** acerca da irrefutável motivação do ato que impulsiona a demanda, **abalizados mediante detalhamento técnico que resulte na comprovação inequívoca de impossibilidade de competição para contratação do objeto suscitado, única interpretação capaz que sustentar a prática do credenciamento como procedimento hábil à celebração de contratos administrativos.**

02. ESCLARECIMENTO ACERCA DA ESPECIFICAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS A SEREM FORNECIDOS PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

Diante de uma análise detida do Anexo II, que apresenta as condições do serviço, forçoso é ressaltar o item 3, que descreve os requisitos técnicos para cada aparelho.

No que tange as características referentes ao Aparelho do Tipo I, é fundamental destacar que tratam-se de especificações antigas, datadas de 2016, portanto, são tecnologias ultrapassadas.

Neste prisma, considerando as atualizações tecnológicas nesse intervalo de tempo, vem esta Operadora requerer a atualização das especificações técnicas descritas no edital, com o objetivo de aproximar-se das necessidades dos usuários, gerando, consequentemente, o correto cumprimento da necessidade administrativa.

03. ESCLARECIMENTO QUANTO AO ACESSO DE DADOS REQUERIDO.

Verifica-se que o Anexo II, que determina as condições do serviço, indica, em seu item 3.4:

- 3.4 - Especificação técnica do plano de dados:
a) Franquia de 3GB;

b) Após consumo da franquia, a navegação não deverá ser bloqueada, ainda que com velocidade reduzida.

Neste ponto, forçoso é esclarecer que a redução de franquia é homologada pela ANATEL, sendo realizada após consumo de franquia. Desta forma, vem requerer o embasamento neste aspecto, para demonstrar a licença desta condição às operadoras de telefonia móvel.

04. ESCLARECIMENTO QUANTO AO PRAZO DE ENTREGA.

Em relação ao prazo de entrega dos aparelhos, é fundamental destacar a previsto da Cláusula Décima Sexta da Minuta Contratual:

II – DO PRAZO DE ENTREGA: os aparelhos deverão ser entregues no máximo entre 15 (quinze) a 20 (vinte) dias úteis, conforme estabelecido para a atividade “nova habilitação” (subitem 2.6 do Anexo II), a contar do recebimento, pela CONTRATADA, da Ordem de Serviço;

Neste ponto, mister se faz que seja detalhado se a condição de “Ordem de Serviço” se refere ao momento em que o contrato for assinado.

05. ESCLARECIMENTO ACERCA DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA AOS EQUIPAMENTOS.

A Cláusula Décima Sexta da Minuta Contratual exige:

III – DE SUBSTITUIÇÃO/REGULARIZAÇÃO DO APARELHO QUE APRESENTAR DEFEITO OU ESTIVER EM DESACORDO COM AS ESPECIFICAÇÕES NO MOMENTO DA ENTREGA: máximo de 10 (dez) dias, contados a partir da comunicação, por escrito, pela Seção de Dispositivos de Comunicação;

IV - DE SUBSTITUIÇÃO DO APARELHO QUE APRESENTAR DEFEITO OU VÍCIO DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO: de acordo com os prazos estabelecidos para a atividade “troca ou reposição de aparelho” (subitem 2.6 do Anexo II), contados a partir da comunicação quanto à impossibilidade de conserto pela assistência técnica, por escrito, pela Seção de Dispositivos de Comunicação;

Todavia, tal situação atua em descompasso com o regime de prestação do serviço, considerando que o **aparelho é apenas e tão-somente**

meios para que possa se efetivar o serviço, equipamento este cujo funcionamento regular é de responsabilidade direta do fabricante.

Assim, nos termos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8078/1990), quem responde pelos problemas inerentes ao aparelho celular é o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador. Neste sentido, é incorreta a previsão editalícia que, de imediato, tenta compelir a operadora a resolver problema não diretamente relacionado ao serviço de telefonia e internet propriamente ditos.

De fato, o aparelho é apenas meio para o exercício do serviço de telefonia celular e internet, sendo a fabricação realizada por outras empresas diferentes da prestadora do serviço em referência.

Assim, em caso de defeito, a ritualística correta é o envio do objeto **exclusivamente pelo contratante** para a assistência técnica do fabricante detectar eventual problema, bem como realizar um laudo técnico.

A partir desta informação, verificar-se-á qual a origem do problema, sendo, somente após tal análise prévia, determinado se seria ou não responsabilidade da operadora a troca do objeto.

O prazo de troca pela operadora é comumente realizado em até 7 (sete) dias do recebimento do equipamento. Após esse prazo a garantia será fornecida pelo fabricante, mediante laudo da assistência técnica.

Destarte, é fundamental mencionar que a garantia do equipamento, concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta dos objetos tampouco pelas quebras nos mesmos.

Neste contexto, deve ser previsto em edital a responsabilidade da contratada pela substituição dos equipamentos com defeito somente nos casos em que o defeito for constatado em até 07 (sete) dias da entrega dos equipamentos pela contratada.

IV – REQUERIMENTO

Assim, requer-se o esclarecimento - interpretação devida - das questões ora apontadas, alterando-se o instrumento convocatório (procedimento e demais então elucidadas), caso se faça necessário.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

Florianópolis/SC, 10 de outubro de 2018.

TELEFÔNICA BRASIL S/A.



Nome do Procurador: Tatiane Silveira de Almeida Capusso

CPF: 027.479.039-40

RG: 3.562.064



Informação

SPA 37950/2018

Divisão de Redes de Comunicação - Seção de Dispositivos de Comunicação

Senhor Chefe da Divisão de Redes de Comunicação,

Trata-se de pedido de esclarecimentos solicitados pela operadora Vivo S/A quanto ao Edital de Credenciamento 278/2016, cujo objeto é a contratação do serviço de telefonia móvel.

Para tanto, apresento manifestação quanto aos itens 2, 3 e 4 solicitadas no documento 37950/2018.

2 – ESCLARECIMENTO ACERCA DA ESPECIFICAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS A SEREM FORNECIDOS PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

A especificação técnica dos aparelhos, na forma como está atualmente, não prejudica o fornecimento de aparelhos compatíveis, visto que os requisitos mais relevantes foram definidas como máximo e mínimo, podendo a contratada fornecer dispositivos com características superiores.

Porém, atendendo ao pedido, encaminha-se especificação técnica revisada dos aparelhos, a fim de atualizar o Edital de Credenciamento 278/2016:

Especificação dos tipos de aparelhos			
Característica	Tipo I		Tipo II
Sistema Operacional	Mínimo iOS 10	Mínimo Android 7	Mínimo Android 6
Altura	Máximo 140 mm	Máximo 150 mm	Máximo 145mm
Largura	Máximo 68 mm	Máximo 70 mm	Máximo 73 mm
Espessura	Máximo 80 mm	Máximo 9,2 mm	Máximo 10 mm
Peso	Máximo 145 g	Máximo 170 g	Máximo 140 g
Tipo de tela	Retina HD de LCD IPS	LCD ou AMOLED	LCD, AMOLED ou TFT
Tamanho de tela	Mínimo 4,7"	Mínimo 5"	Mínimo 5"

Resolução de tela	Mínimo 1334 x 750 pixels	Mínimo 2960 x 1440 pixels	Mínimo 960 x 540 pixels
Processador	Mínimo quad-core	Mínimo hexa-core	Mínimo quad-core
Velocidade do processador	Mínimo 1.4 Ghz	Mínimo 1.5 Ghz	Mínimo 1.4 Ghz
Memória Ram	Mínimo 2 GB	Mínimo 4 GB	Mínimo 1 GB
Armazenamento interno	Mínimo 16 GB	Mínimo 32 GB	Mínimo 8 GB
Resolução da câmera traseira	Mínimo 12 MP	Mínimo 12 MP	Mínimo 8 MP
Resolução de vídeo	Mínimo 2160p	Mínimo 2160p	Mínimo 720p
Tipo de conector	Lightning	MicroUSB 2.0 ou USB-C	MicroUSB 2.0
Wi-fi	Wi-Fi 802.11 a/b/g/n/acgsm	Wi-Fi 802.11 a/b/g/n/ac	Wi-Fi 802.11 b/g/n
Bluetooth	Sim	Sim	Sim
GPS	Sim	Sim	Sim
Cartão SIM	Nano-SIM	Micro-SIM ou Nano-SIM	Micro-SIM ou Nano-SIM
Tecnologia de Rede	Mínimo GSM / HSPA / LTE	Mínimo GSM / HSPA / LTE	Mínimo GSM / HSPA / LTE
3G	Sim	Sim	Sim
2G	Sim	Sim	Sim
Edge	Sim	Sim	Sim
GPRS	Sim	Sim	Sim
Capacidade de bateria	Mínimo 1960 mAh	Mínimo 3000 mAh	Mínimo 2600 mAh
Marcas referência de	Aparelhos Smartphones Apple Iphone 7, Samsung Galaxy S7, LG G5, Motorola Moto X Force ou similares		Aparelhos Smartphones LG K4, Asus Zenfone, Samsung Galaxy J2 ou similares

3 – ESCLARECIMENTO QUANDO AO ACESSO DE DADOS REQUERIDO

Apesar de o contrato ser celebrado após novembro de 2015, quando a prática passou a deixar de ser obrigatória, trata-se de requisito necessário à continuidade do serviço no âmbito do PJSC, proposto em contrato e aceito previamente por aquelas operadoras que tenham interesse em celebrar o contrato.

Em consulta ao site da ANATEL, na sessão de direitos do consumidor, consta:

A prestadora pode bloquear a banda larga móvel após o consumo da franquia?

Com relação à redução na velocidade da internet após consumo de franquia, essa prática é modelo de negócios da prestadora. Se o usuário já consumiu a franquia que contratou, a prestadora poderia suspender a prestação do serviço até o próximo ciclo de faturamento. Em razão do modelo de negócios adotado, a prestadora optava por deixar que o consumidor continuasse usufruindo do serviço, porém, com velocidade reduzida. No entanto, não há impedimento regulamentar para a suspensão do serviço.

É preciso que o consumidor verifique se o Plano de Serviços contratado prevê a redução ou o corte da internet após consumo da franquia. Se prevê redução e a prestadora alterou o Plano, é possível rescindir o contrato sem pagamento de multa decorrente de contrato de permanência fidelização.

A alteração ou extinção do Plano de Serviços é permitida. Contudo a fim de proteger o consumidor o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) exige que a prestadora comunique com antecedência mínima de 30 dias a alteração realizada no plano.

Assim, é possível que a nova regra atinja contratos antigos. No entanto, maiores detalhes e consequências dependem de verificação, pelo consumidor, dos termos do Plano de Serviços contratado e de eventual regulamento de promoção aderida.

Fundamentação Legal: Art. 128, I da Lei nº 9.472/1997, Art. 52 e Art. 3º, XV c/c art. 58, parágrafo único da Resolução nº 632/2014 da Anatel.

Última atualização em 29 de Outubro de 2018

Portanto, haja vista que o PJSC não contrata um plano formatado de serviços e sim propõe um contrato, havendo concordância de ambas as partes, as cláusulas devem ser respeitadas, passíveis de aplicações das sanções nele previstas, caso violadas.

4 – ESCLARECIMENTO QUANTO AO PRAZO DE ENTREGA

A Ordem de Serviço **não** está atrelada ao momento da assinatura do contrato. Trata-se de solicitação enviada a qualquer tempo pela Contratante à Contratada, por meio de mensagem eletrônica ao gerente de contas designado pela operadora para acompanhar o contrato celebrado. A contagem do prazo inicia-se no dia seguinte ao do envio da solicitação.

Quanto aos itens 1 e 5, por tratarem de ordem jurídica, sugiro o encaminhamento dos autos à Diretoria de Material e Patrimônio.

Contudo, à sua consideração.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2018.

DEBORA COMOCHINA

CHEFE DA SEÇÃO DE DISPOSITIVOS DE COMUNICAÇÃO

De acordo.

Ao Diretor de Tecnologia da Informação para ciência. Opino pelo retorno à Diretoria de Material e Patrimônio.

ANDRE LUIZ DAL GRANDE

CHEFE DA DIVISÃO DE REDES DE COMUNICAÇÃO

Acolho as manifestações

À Diretoria de Material e Patrimônio para demais providências.

RAFAEL GIORGIO FERRI

DIRETOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Processo n.: 37950/2018

Inexigibilidade de licitação n. 278/2016: Credenciamento de prestadoras de serviços continuados de telefonia móvel pessoal (serviço móvel pessoal – SMP), com fornecimento de aparelhos em regime de comodato

PARECER

A COMISSAO PERMANENTE DE HABILITACAO CADASTRAL (CPHC), designada pela Portaria DGA n. 562/2018, de 09/04/2018, em face do pedido de esclarecimento, formulado pela sociedade empresária TELEFÔNICA BRASIL S/A (doc. 460118/2018), vem prestar as seguintes informações.

Trata-se de irresignação ao Edital de Inexigibilidade de Licitação n. 278/2016, que tem como objeto o CREDENCIAMENTO de prestadoras de serviços continuados de telefonia móvel pessoal (Serviço Móvel Pessoal – SMP), com fornecimento de aparelhos em regime de comodato, conforme as disposições deste edital, minuta contratual e anexos I e II.

O referido edital originou-se do Documento de Oficialização da Demanda para aquisição de solução de tecnologia da informação sob n. 8/2014 e dos Estudos Preliminares para a contratação de solução de tecnologia da informação e comunicação (STIC), instruído nos autos do processo n. 559893-2014.1, cuja demanda foi submetida à autorização do Senhor Diretor-Geral Administrativo deste Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Após a tramitação processual, devidamente autorizado, foi procedida a publicação do seu extrato, para ciência geral, no Diário da Justiça Eletrônico sob n. 2462, no dia 24/10/2016.

Convém destacar que o referido edital está disponível para acesso na *home-page* deste Tribunal de Justiça, no link <https://www.tjsc.jus.br/editais-de-cadastro-credenciamento> e tem vigência até 23/10/2021. Ademais, a referida empresa enviou por e-mail à CPHC, em 25/11/2016, pedido de esclarecimento semelhante ao questionamento n. 1, o qual foi protocolado e respondido no processo administrativo n. 28649/2016.

A requerente alegou:

- que não existe previsão legal para utilização do credenciamento em modalidade de licitações;
- esclarecimentos acerca da especificação dos equipamentos a serem fornecidos para a prestação dos serviços;
- elucidação acerca do acesso de dados;
- esclarecimentos do prazo de entrega dos aparelhos; e

técnica. - explicação quanto à responsabilidade da contratada pela assistência

Esse é o relatório sintético.

Passa-se à análise.

Em relação à forma escolhida para contratar todos os interessados, pertinente ao **questionamento 1**, a Assessoria Técnico-Jurídica da Diretoria de Material e Patrimônio já se posicionou quando da aprovação do procedimento licitatório por meio do Parecer n. 1716/GCS/2016, inserto no processo administrativo licitatório n. 559893-2014.1 (fls. 196/198) e no Parecer n. 2043/GCS/2016 inserido no processo administrativo n. 28649/2016.

Transcreve-se o excerto da peça precitada:

Tocante à utilização do credenciamento para a contratação dos serviços de telefonia móvel pessoal, verifica-se sua possibilidade de utilização desse procedimento, haja vista a ausência de competição entre os interessados em contratar com esta Administração.

No caso em exame, do credenciamento resultará a celebração de contratos com todos os interessados em prestar os serviços. Para tanto, basta que cumpram os requisitos pré-estabelecidos no instrumento convocatório, cabendo a escolha do prestador ao usuário interno dos serviços.

É entendimento assente na doutrina especializada e nos órgãos de controle externo, que os casos de inexigibilidade de licitação, indicados no art. 25 da Lei de Licitações, constituem rol meramente exemplificativo. Vale dizer que, além das hipóteses tratadas nos incisos I a III do referido dispositivo, outros casos não previstos expressamente podem ensejar a inexigibilidade de licitação. Tal entendimento encontra-se consolidado na publicação do Tribunal de Contas da União: "Licitações e Contratos – Orientações Básicas", Brasília – 2003, p.172.

Trata-se de situação oposta à prevista no inciso I do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, pertinente à contratação de fornecedor exclusivo. Nela, só uma pessoa dispõe do bem que a Administração Pública pretende que acaba compelida a contratá-la diretamente, inviabilizando a competição. Agora, com o credenciamento, todos aqueles que pretendem contratar com a Administração são contratados, por efeito do que falta o objeto da disputa. Em resumo: a inexigibilidade consagrada no inciso I do artigo 25 funda-se no fato de que só uma pessoa pode ser contratada; já a inexigibilidade que ocorre com o credenciamento pressupõe que todos os interessados sejam contratados¹.

Conforme também já manifestado em outros pareceres desta Assessoria, essa situação se configura em face da ausência de competição entre os particulares, que realizarão seus serviços de forma pré-definida e com remuneração padrão determinada pelo mercado, obedecendo ao que prevê o artigo 25, caput, da Lei de Licitações e Contratos e Administrativos, nos seguintes termos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]

¹ SOUZA, Maxiliano D'avila Cândido de. O credenciamento no âmbito da Administração Pública Federal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45419&seo=1>>. Acesso em: 17 out. 2016.

Cabe trazer os ensinamentos do doutrinador JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, acerca da caracterização do credenciamento como inexigibilidade de licitação, senão vejamos:

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, ela própria fixando o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do “credenciamento”, que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de “serviços médicos, jurídicos e de treinamento”².

Ainda, conforme JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, existem quatro pré-requisitos para que se possa identificar hipótese de credenciamento para as contratações que se pretende, senão vejamos:

- a) todos os que satisfaçam às condições exigidas. Se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois constitui característica fundamental do tipo credenciamento que todos os selecionados sejam contratados, embora demandando em quantidades diferentes;
- b) impessoalidade na definição da demanda, por contratado. Observe que a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades de uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda pelo credenciado;
- c) que o objeto satisfaça a forma definida no edital. Serão serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado os níveis técnicos da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação [...];
- d) que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme. A fixação dos valores previamente pela Administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preço de mercado³. (grifou-se)³

No que concerne ao primeiro quesito, percebe-se do edital de credenciamento que as condições de participação são uniformes para os interessados em contratar, constando o indispensável para a boa prestação dos serviços com o máximo espectro de participantes.

A impessoalidade na escolha dos serviços, como já se disse, também foi observada ao delegar aos usuários a eleição da contratada que melhor atenda às suas necessidades.

A execução do objeto traz poucas diferenças entre os prestadores de serviço, sendo de fácil constatação a adequada prestação pela contratada. Ressalta-se que tem natureza de serviço comum, e, caso se concluísse pela desnecessidade do credenciamento, seria provavelmente classificado como serviço comum, provocando o uso da modalidade Pregão (Lei n. 10.520/2002).

² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 540.

³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 468.

Passando-se ao último quesito, que é o da uniformidade de preços, visualiza-se que, após pesquisas de mercado, o preço praticado pelas operadoras é uniforme, com pouquíssimas variações, conforme se observa do PB – Item 4.

Da mesma forma, as regras de atualização dos preços também são uniformes, sendo definido o índice pela ANATEL.

Dessa maneira, considera-se que estão preenchidos os requisitos legais para a utilização do credenciamento na contratação de serviço móvel pessoal. Cabe ressaltar que não se trata de utilização inédita do credenciamento, uma vez que outros órgãos da Administração, a exemplo do Senado Federal, já o utilizam para fins semelhantes.

Dessas razões, infere-se que a inviabilidade de competição decorre do interesse da Administração em contratar todos os interessados que satisfaçam os requisitos do credenciamento.

Cabe adicionar que a homologação de cobertura nacional por parte da ANATEL não garante a prestação de serviços em qualquer parte do território brasileiro, não sendo a cobertura integral em todos os municípios. Ademais, notórias as deficiências na prestação do SMP de forma geral, sendo amplamente noticiadas sanções aplicadas pela ANATEL às prestadoras de serviços.

A contratação de uma única empresa não se mostra viável para atender de forma satisfatória às diversas atividades dos usuários deste Poder Judiciário, em especial no tocante à cobertura dos serviços para os diversos municípios catarinenses, bem como em outros Estados.

Tenciona-se, com as contratações pretendidas, atender de com certo grau de eficiência a atividade jurisdicional, que não está adstrita ao seu ambiente de trabalho (gabinete, prédio). Necessita, dentro e fora desses locais, acesso a mensagens eletrônicas (via e-mail ou mesmo aplicativos para uso de mensagens instantâneas entre smartphones sem necessidade de usar o telefone (voz) ou sms); internet; consulta, envio e recebimento de documentos; entre outros.

Portanto, entende-se que a forma mais adequada de contratação, diante da diversidade de locais de atuação dos usuários dos serviços, é a prestação por meio do contrato de credenciamento, que possibilita a adesão de todas as empresas autorizadas a prestar o SMP, ficando a cargo do usuário a escolha da prestadora que melhor lhe atenda em relação às suas necessidades peculiares quanto à qualidade e cobertura.

O credenciamento, ao inverso do que alega a Requerente, vai ao encontro do interesse público de contratar tantas empresas quantas forem necessárias para a prestação dos serviços de telefonia móvel, em razão de que, sabido, apenas uma empresa não executará os serviços satisfatoriamente, haja vista não tem abrangência em todo o território nacional, o que afasta a solução de continuidade dos serviços.

Superada a análise do questionamento n. 1, informa-se que os esclarecimentos 2 a 4 foram respondidos pela Diretoria de Tecnologia da Informação (doc. n. 511143/2018).

Quanto à solicitação de explicação do item 5, por se tratar de uma prestação de serviços com fornecimento de aparelho em regime de COMODATO, ou seja, um empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, em que não há relação de comércio, considerou-se descabido o questionamento, pois em caso de necessidade de manutenção ou conserto do aparelho, a empresa deverá efetuar a substituição, nos termos do edital.

Era o que cabia informar.

Estas as considerações sobre os esclarecimentos solicitados pela Requerente, razão pela qual se entende que o Edital em exame não carece de reparo.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2018.

Monica Cardoso Teixeira
Presidente da Comissão

João Batista Rios Machado
Membro

Raquel Passos da Silveira Hoepers
Membro