



CONSELHO FEDERAL DE NUTRICIONISTAS

Referência: Pregão Presencial CFN Nº 01/2010

Recorrente: Americel S.A.

Recorrido: Conselho Federal de Nutricionistas.

Ementa: Necessidade de adequação de edital de licitação. Conhecimento e provimento parcial do Recurso.

Senhora Presidente,

Em 25 de fevereiro de 2010, a Pregoeira responsável pelo Pregão Presencial CFN nº 01/2010 realizou análise do recurso interposto pela pessoa jurídica acima referida, oportunidade em que foi proferida decisão a seguir.

I – DOS FATOS

Trata-se de recurso da pessoa jurídica de direito privado – Americel S.A – contra o Edital de Licitação Pregão Presencial CFN nº 01/2010, cujo objeto é a contratação de empresa prestadora do Serviço Móvel Pessoal – SMP.

As alegações da empresa são, em síntese, as seguintes:

I - não consta do Edital a divisão por lotes das ligações locais e de longa distância ou a permissão para a subcontratação parcial desses serviços;

II – não é usual e de bom senso o prazo de 5 dias para assinatura do contrato, pois o mercado utiliza 10 dias;

III - violação ao art. 44 da Resolução da Anatel de nº 477/2007, pois teria até 5 dias úteis antes do vencimento para encaminhar a fatura e não 10 dias úteis como especifica o Edital;

IV - a responsabilidade e os custos decorrentes de perda do aparelho, em caso de furto e roubo, devem recair sobre o contratante.

II – DO DIREITO

De acordo com o Decreto nº 3.555/2000, o recurso é tempestivo tendo em vista que o prazo para impugnar o ato convocatório do edital de licitação, na modalidade pregão, é de dois dias úteis:

“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.”

III – DECISÃO DA PREGOEIRA



CONSELHO FEDERAL DE NUTRICIONISTAS

A – DA FALTA DE DIVISÃO EM LOTES OU PERMISSÃO PARA A SUBCONTRATAÇÃO PARCIAL DOS SERVIÇOS

Argumenta a empresa não constar do Edital a divisão por lotes das ligações de longa distância (nacional e internacional) ou a permissão para a subcontratação parcial desses serviços.

Ao analisar a legislação de telecomunicações, concluo que os serviços ofertados no certame são diferentes entre si (ligação local, ligação de longa distância nacional e ligação de longa distância internacional). Tendo em vista que a outorga de um determinado serviço pelo órgão regulador pode ser concedida para uma ou mais empresas e uma empresa pode deter a outorga de um ou mais serviços, procedo à alteração no edital para separar por lotes as ligações.

No mesmo sentido foi o entendimento da Unidade Jurídica do CFN, que, por meio do Parecer em Recurso nº 02/UJ/CTS/2010, concluiu o seguinte:

“(…)
Pelo exposto, sugerimos separar por lotes os serviços oferecidos. Assim, recomendamos ao pregoeiro providenciar a adequação do Edital e Termo de Referência, lembrando a necessidade também de ajustar diversos itens do edital e anexos, para especificar: MENOR PREÇO GLOBAL POR LOTE.
“(…)”

B – DO PRAZO PARA A ASSINATURA DO CONTRATO

Alega a empresa não ser usual e de bom senso o prazo de 5 dias para assinatura do contrato. O mercado utiliza 10 dias.

Não vislumbro ilegalidade neste aspecto. O inciso II, do art. 40, da Lei nº 8.666/93, exige que o edital contenha o prazo para a assinatura do contrato, não definindo mínimo nem máximo.

Diz o inciso II do art. 40:

“Art. 40. (...)

(...)”

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

(…)”

Embora a recorrente não tenha apresentado fundamento jurídico para a alteração da cláusula do edital, também não vislumbro motivos para não



CONSELHO FEDERAL DE NUTRICIONISTAS

conceder o prazo de 10 dias para que a vencedora da licitação assine o contrato. Desta forma, promovo a alteração deste item no edital.

C – DO PAGAMENTO

No que tange ao pagamento, a empresa salienta violação ao art. 44 da Resolução da Anatel de nº 477/2007, pois teria até 5 dias úteis antes do vencimento para encaminhar a fatura e não 10 dias úteis como especifica o Edital:

“Art. 44. A entrega do documento de cobrança ao Usuário, constituído de demonstrativos e faturas dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes do seu vencimento.”

Não vislumbro violação ao artigo citado, pois o dispositivo diz apenas que a fatura seja encaminhada num prazo não inferior a 5 dias antes do vencimento, o que não impede que seja definido em contrato prazo superior. Por esse motivo, mantenho o prazo de 5 dias úteis antes do vencimento para a empresa vencedora encaminhar a fatura.

D – DA TROCA DOS APARELHOS

No que tange à substituição dos aparelhos no limite de 15% do total, em caso de furto ou roubo, a empresa argumenta que, por se tratar de comodato, a devolução dos aparelhos deve ser nas mesmas quantidades e condições recebidas pelo mandatário. Por consequência, a responsabilidade e os custos deveriam recair sobre o contratante. Caso contrário, poderia provocar um desequilíbrio econômico financeiro do contrato para a empresa contratada, o que é vedado por lei.

Não vislumbro óbices legais - nem desequilíbrio econômico financeiro do contrato – na conduta de o CFN estipular no Edital uma divisão de custos em caso de riscos decorrentes de fatos inesperados e imprevisíveis para ambas as partes.

Civil diz: Sobre o risco do objeto entregue em comodato, o art. 583 do Código

“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.”

A doutrina de Maria Helena Diniz, em nota feita no art. 583 do Código Civil, acima transcrito, ensina que o contratante responderá pelos riscos causados por sua culpa, mas os decorrentes de caso fortuito ou força maior devem ser atribuídos ao proprietário do bem:

“Responsabilidade pelos riscos da coisa. **O mandatário responderá pelos riscos (deterioração ou perda) da coisa, advindos por culpa sua.** Se o comandante emprestar um quadro de Portinari e a casa que o contiver incendiarse, o mandatário não terá o dever de arriscar sua vida para salvar tal bem. **Ao**



CONSELHO FEDERAL DE NUTRICIONISTAS

comandante, por ser proprietário, caberá o ônus do risco da coisa perecer por força maior ou caso fortuito.(...)" (Maria Helena Diniz, Código Civil Anotado, Editora Saraiva, 13ª Edição, 2008).

(destacamos)

Não obstante a doutrina da douta Maria Helena Diniz, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu em 2009 um caso específico de perda de telefone móvel, entregue em comodato.

A decisão abrangeu situações de perda do objeto decorrente de caso fortuito ou força maior – como roubo ou furto –, desde que os fatos sejam devidamente comprovados. O STJ condenou a empresa de telefonia a fornecer um aparelho gratuitamente até o fim do comodato - a fim de possibilitar a continuidade na prestação dos serviços - ou reduzir a multa em caso de rescisão. Vejamos a ementa:

“DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. SENTENÇA EXTRA PETITA. DECISÃO FUNDADA EM FATOS LIGADOS À CAUSA DE PEDIR. INEXISTÊNCIA. CONEXÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ NA SUA DETERMINAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL PESSOAL COM PRAZO MÍNIMO DE VIGÊNCIA. PERDA DO APARELHO POR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. ANATEL. LEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DO CONTRATO. CABIMENTO, PARA DETERMINAR A DISPONIBILIZAÇÃO DE OUTRO APARELHO PELA OPERADORA OU, ALTERNATIVAMENTE, A RESOLUÇÃO DO CONTRATO COM REDUÇÃO, PELA METADE, DA MULTA RESCISÓRIA.

- Não há de se falar em julgamento extra petita quando o acórdão decide sobre matéria versada na causa de pedir e a condenação se até aos limites objetivos da lide, tampouco quando o Juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados à causa de pedir. Precedentes.

- O escopo art. 103 do CPC, além da evidente economia processual, é, principalmente, evitar a prolação de decisões contraditórias ou conflitantes. Com vistas a dotar o instituto de efetividade, evitando a reunião desnecessária – ou até mesmo imprópria – de ações, o art. 105 do CPC confere certa margem de discricionariedade ao Juiz para que avalie a conveniência na adoção do procedimento de conexão.

- As hipóteses enumeradas no art. 46 do CPC são de litisconsórcio facultativo, cuja formação, de regra, cabe ao autor da ação. A iniciativa do próprio réu é excepcional, por intermédio do chamamento ao processo, cujas hipóteses de cabimento são apenas aquelas previstas no art. 77 do CPC.

- Considerando que a relação de direito material objeto da ação é, exclusivamente, aquela estabelecida por força de um vínculo contratual, entre a concessionária e o usuário do serviço de telefonia, não pode a ANATEL ser litisconsorte, nem facultativo e muito menos necessário. A ANATEL, concedente do serviço público, não faz parte desse contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente.

- A ação civil pública é instrumento processual apto a propiciar a tutela coletiva do consumidor. Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil. Por isso, na exegese do art. 3º da Lei 7.347/85, a



CONSELHO FEDERAL DE NUTRICIONISTAS

conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo a cumulação dos pedidos) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedentes.

- **A perda de aparelho celular (vinculado a contrato de prestação de serviço de telefonia móvel pessoal com prazo mínimo de vigência), decorrente de caso fortuito ou força maior**, ocasiona onerosidade excessiva para o consumidor, que, além de arcar com a perda do aparelho, pagará por um serviço que não poderá usufruir. Por outro lado, não há como negar que o prazo de carência fixado no contrato de prestação de serviços tem origem no fato de que a aquisição do aparelho é subsidiada pela operadora, de modo que a fidelização do cliente visa a garantir um mínimo de retorno do investimento feito. Tal circunstância exige a compatibilização dos direitos, obrigações e interesses das partes contratantes à nova realidade surgida após a ocorrência de evento inesperado e imprevisível, para o qual nenhuma delas contribuiu, dando ensejo à revisão do contrato, **abrindo-se duas alternativas, a critério da operadora: (i) dar em comodato um aparelho ao cliente, durante o restante do período de carência, a fim de possibilitar a continuidade na prestação do serviço e, por conseguinte, a manutenção do contrato;** ou (ii) aceitar a resolução do contrato, mediante redução, pela metade, do valor da multa devida, naquele momento, pela rescisão.

- Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. Súmula 98/STJ. Recurso especial parcialmente provido.”

(STJ, Processo REsp 1087783 / RJ, RECURSO ESPECIAL, 2008/0192563-0, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), Órgão Julgador, T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 01/09/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 10/12/2009).

Assim, não vislumbro ofensa à legislação colacionada quando o CFN compartilha com a empresa contratada o risco de eventos imprevisíveis para ambas as partes. Também não há que se falar em desequilíbrio econômico financeiro do contrato, pois, apesar de ser fato imprevisível, a consequência possivelmente auferida está limitada pelo próprio edital, quando, no item 17, atribui à empresa contratada apenas de 15% do total dos aparelhos ao ano.

E - CONCLUSÃO

Nos termos da fundamentação supra, conheço e julgo parcialmente procedente o recurso da pessoa jurídica em referência e a solicitação da empresa e efetuo a adequação nos editais.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2010.

RITA FRANÇA DA SILVA
Pregoeira