

**ILMO. SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS/RJ**

**REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL N.º 24/2018**

**TELEMAR NORTE LESTE S.A., em Recuperação Judicial, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, ("Oi"), vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 12 do Decreto n.º 3.555/2000, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:**

**RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO**

A PREFEITURA MUNICIPAL DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS/RJ instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma presencial, do tipo menor preço, registrado sob o n.º 24/2018, visando à escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (fixo-fixo, fixo-móvel), local, Longa Distância Nacional Intraregional, Longa Distância Nacional, Inter-regional e Longa Distância Internacional, a ser executado de forma contínua, visando atender às demandas das diversas Secretarias desta PMAB, como exceção da Secretaria de Educação e dos Fundos Municipais de Saúde, Meio Ambiente e Assistência Social.

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera,

9

motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

## **ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS**

### **1. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL**

O item 2.5 do Edital prevê que estão impedidos de participar, as licitantes que estiverem proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração.**

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, *in verbis*:

“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

RECEBIMOS  
DATA 15/10/14  
FOLHA 04

**"Administração Pública:** A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com 'Poder Executivo'. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada 'Administração Direta' (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a 'Administração Indireta' (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as 'fundações' instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito."

**"Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade."<sup>1</sup>

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

"A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

<sup>2</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

*[Handwritten signature]*

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do Tribunal de Contas da União (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)<sup>3</sup>, segundo o qual os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou. Nesse sentido, destaca-se:

**Informativo TCU nº 147:**

**1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.**

*"[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que "a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)". E mais: "Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal". Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo "Administração" constante do item 2.2, "c", os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão "refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal" e que, portanto, "o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte". [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) "recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção*

<sup>3</sup> Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.

2013/05/18  
05

Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal. Acórdão  
842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro  
Raimundo Carreiro, 10.4.2013.

Vale mencionar que este já era o entendimento "histórico" do Tribunal de Contas da União, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a **Administração** é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o **órgão público**. Já a **Administração Pública** é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Portanto, requer seja alterado o item 2.5 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, a fim de evitar interpretações diversas.

## 2. DA PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 2.5 do Edital prevê que não poderão participar da presente licitação, empresas em regime de consórcio.

Primeiramente, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de telecomunicações. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infraestruturas e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações

reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Traçadas as linhas gerais referentes ao mercado de telecomunicações, pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

Nesse sentido, não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:

**"Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação."**<sup>4</sup> (grifo nosso)

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 495.

PROV. 13/18  
06

Com espantosa precisão, o entendimento de Marçal Justen Filho subsume-se perfeitamente ao caso em questão. O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características. Nesse sentido, a imposição de mais uma restrição apenas põe em risco o princípio da competitividade.

Nesse sentido, cumpre trazer os seguintes entendimentos do TCU acerca da matéria:

**"No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição."**  
(Acórdão 59/2006 - Plenário)

**"Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (...)"** (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)

**"(...) V.1 - Vedação à participação de empresas reunidas em consórcio (subitem 2.2 do edital).**

13 O art. 9º da Lei que rege a licitação pública na modalidade pregão - Lei 10.520/2002 - estatui que se aplicam de forma subsidiária à modalidade pregão as normas constantes da Lei 8.666/1993. Assim, considerando que a lei específica não trata da participação de empresas reunidas em consórcio, mostra-se aplicável a norma geral de licitações.

13.1 A redação do art. 33, caput, da Lei 8.666/1993 estabelece de forma clara que a participação de empresas em consórcio poderá ser admitida ou não.

*art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:  
(...)*

13.2 Doutrina e jurisprudência são unânimes em assentar que a permissão de empresas participarem da licitação pública reunidas em consórcio recai na discricionariedade da Administração. Nesse sentido, não resta dúvida que assiste razão ao responsável ao alegar motivos de conveniência e oportunidade para a tomada de decisão.

13.3 Mas, doutrina e jurisprudência também alertam em uníssono que tal permissão ou proibição deverá ser sempre justificada pelo Poder Público.

13.4 Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008), na mesma citação transcrita apenas em parte pelo responsável (fis. 89, vol. Principal), leciona da seguinte forma:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha **discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para escolhas arbitrárias ou imotivadas**". (grifou-se).

13.5 Este Tribunal manifestou-se em diversas oportunidades a respeito da necessidade de a Administração justificar sua decisão, a exemplo dos Acórdãos 566/2006, 1.405/2006 e 1.678/2006, todos do Plenário. Do citado Acórdão 1.678/2006 se extrai:

3. A aceitação de empresas em consórcio na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei 8.666/93,



25/15/18  
07

requerendo-se, porém, que a sua vedação seja sempre justificada. (Grifou-se).

13.6 Na resposta encaminhada a este Tribunal, que inclui cópia do processo licitatório, conforme referência às fls. 87 do Volume Principal, não se encontram documentos que justifiquem a decisão da Administração de proibir as empresas participarem do certame em consórcio. Mesmo o parecer jurídico que analisa a minuta de edital não menciona nada a respeito (fls. 100/101, Anexo 1).

13.7 Desta forma, procedeu de maneira incorreta e pouco transparente a Administração neste caso ao não lastrear sua decisão em justificativa técnica ao tempo da publicação do edital de licitação".<sup>5</sup>

Dessa forma, vê-se que mesmo sendo discricionariedade da Administração a permissão ou não de consórcio de empresas, sua restrição deve ser devidamente fundamentada e deve colimar sempre com as condições do mercado e do objeto licitado, de forma que seja garantida a competitividade.

O ato discricionário do Poder Público sobre o consórcio se limita a autorizar ou vedar a sua participação, justificando sua decisão. De modo que, uma vez autorizada, a participação do consórcio será dar dentro dos limites estabelecidos na Lei 8.666/93, sendo certo que, por ser a mencionada lei silente no sentido de apresentar a definição do que seria consórcio, aplica-se a Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.), a qual trata do referido instituto da seguinte forma:

**Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. (grifou-se)**

Diante disso, a limitação da participação de consórcio formado por empresas que não pertençam ao mesmo grupo econômico fere o artigo 278, da Lei 6.404/1976, que prevê a sua constituição entre quaisquer companhias, sob o mesmo controle ou não.

<sup>5</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, AC nº 0963-04/11-2, Rel. Min Augusto Sherman Cavalcanti Grupo I, Classe VI, sessão realizada no dia 15/02/11

Assim, não pode, de maneira alguma, o Poder Público criar uma limitação não prevista lei, sob pena de violar o princípio da legalidade.

Nada obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e proporcionando, desse modo, a economicidade do ajuste.

Nota-se, tanto do entendimento doutrinário quanto jurisprudencial, que a permissão de consórcios nas licitações tem aspecto bifronte, podendo gerar ou restringir a competitividade. Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação.

Da mesma forma, não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e controladas. Isso porque, decorrente das particularidades do mercado e da economia globalizada, é comum a existência no âmbito das telecomunicações conglomerados econômicos que necessitam dessa ferramenta jurídica para participarem das licitações. Frise-se que muitas das vezes a prestação do serviço por empresa isolada não é o suficiente, necessitando da atuação em conjunto para a consecução do objeto da licitação.

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública requer a exclusão do item citado, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

### **3 . ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE ATÉ 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO**

Da leitura do Item 6.2.1 do Edital consta exigência de qualificação econômico-financeira, que não se coaduna aos ditames legais e, tampouco com a realidade do setor de telecomunicações, na medida em que prevê como requisito para a **Habilitação**, a apresentação de índices iguais ou maiores que 1,0 (um) como

forma de comprovação da boa situação financeira da empresa interessada em participar do certame licitatório.

Não obstante, verifica-se que a exigência insculpida no item em comento afronta flagrantemente o artigo 31, § 2º e §3º da Lei 8.666/93, que dispõe sobre a alternatividade para cumprimento de tal exigência de qualificação econômica, *in verbis*:

“art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômica-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.”  
(grifos nossos)

Nesse sentido, o artigo 44 da IN/MARE n.º 2/2010, prevê que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação.

Dessa forma, a Contratada não pretende furtar-se da obrigação de comprovação da capacidade econômico-financeira para participação da licitação. O que se almeja aqui

é que tal exigência seja feita de acordo com os limites estritamente legais. Frise-se que a forma como tal exigência é feita no Edital é incompatível com a legislação de regência.

Assim, o percentual do índice para aferição da situação financeira das empresas deverá necessariamente ajustar-se a essa realidade, pois não resta a menor dúvida de que a atual exigência não é razoável e não corresponde à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, afinal pretende que as licitantes tenham um grau de Solvência Geral (SG) superior à realidade do mercado dos dias de hoje.

Ademais, o índice em questão não teria o condão de ser determinante na consecução do objeto contratado, ora vê-se que não existe relação entre a capacidade, eficiência e qualidade da empresa em realizar os serviços definidos.

De todo o exposto, requer a adequação do item 6.2.1 do Edital, de forma que possibilite que a comprovação da qualificação econômico-financeira seja feita pelo Índice de Solvência Geral (SG) ou, alternativamente, por meio de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do artigo 31, § 3º, da Lei 8666/93 e ao artigo 44 da IN/MARE n.º 2/2010.

#### 4. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

O item 6.4.1, do Edital exige, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação de atestado de prestação de serviço, de forma satisfatória.

Porém, o art. 30 da Lei n.º 8.666/93 assim determina:

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;**

(...) § 5º **É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.**" (grifo nosso)

Dessa forma, a Lei de Licitação não admite em momento algum, a adoção de critérios subjetivos para comprovação da capacidade técnica. O que se exige, é que o atestado evidencie a sua compatibilidade com o serviço ora licitado e não o grau de satisfatoriedade na sua execução.

Ademais, o atestado de capacidade técnica não abrange questões de cunho subjetivo, mas apenas objetivo. Assim, não há uma forma pré-determinada para averiguar este grau de satisfação, o que causa uma total insegurança jurídica ao particular por desconhecer os mecanismos de apuração desta satisfação pelo órgão, ainda mais, considerando que os atestados em regra, não possuem este tipo de informação.

Dai surgem as seguintes dúvidas: como isto será avaliado pelo órgão? Mostra-se legal e legítima esta medida que se pretende adotar, ou seja, possui respaldo na lei? A capacidade técnica poderá ser medida pela satisfação de outro cliente?

Nota-se, por todo o exposto, que não há razões para prosperar esta exigência a qual se mostra totalmente infundada e ilegal, pois intenciona embutir critérios subjetivos em um documento que, pela natureza do que se pretende evidenciar (aptidão técnica), é cabalmente objetivo.

Logo, não há correlação com o grau de satisfação e a comprovação da capacidade técnica de uma empresa em prestar determinado serviço. Afinal de contas, o primeiro abarca questão de cunho eminentemente subjetivo, enquanto a outra, objetivo.

Nesse sentido, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao dispor sobre as exigências de qualificação, estabelece que:

"Art. 37 (...)

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. (...)" (grifamos)

Os atos da Administração Pública, para serem válidos, devem respeitar o princípio da razoabilidade, também chamado pela doutrina de Princípio da vedação de excessos. Ou seja, as exigências perpetradas pela Administração não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

A própria Constituição da República determina que somente devem ser toleradas "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Com efeito, a doutrina nacional defende que a atuação da Administração na fase de habilitação dos licitantes **sem rigorismos inúteis e excessivos**, que só fazem afastar licitantes, sem qualquer vantagem para a Administração e comprometendo a verdadeira competição.

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari<sup>6</sup>:

"A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

<sup>6</sup> in "Aspectos Jurídicos da Licitação", 3ª edição, p. 88

Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. ... Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes."

Como visto, a doutrina é expressa ao exigir cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentadum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 6.4.1 do Edital, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, seja relacionado a existência de compatibilidade do objeto a ser licitado e não satisfatoriedade em sua execução, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93.

## 5. DO RECURSO

O Item 8.2 do Edital determina que o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo.

Contudo, o art. 109 da L. 8666/93 prescreve hipóteses em que será atribuído efeito suspensivo ao recurso, a saber:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

**§2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.**

O princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a "diretriz básica da conduta dos agentes da Administração" (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 108) define com clareza que "o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina". Com isso, verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade pessoal do administrador. Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção à supremacia do interesse público.

Vê-se, portanto, que qualquer ação que não esteja estritamente dentro da esfera legal deve ser desconsiderada e expurgada da esfera administrativa. É nesse sentido que se permite o afastamento de atos administrativos que não estejam em conformidade com a lei, pois "(...) só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei". (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18).

Importante ressaltar ainda que a necessidade de vinculação da atuação administrativa a texto de lei se aplica à licitação no sentido de "que se disponha a alcançar os



objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais" (Idem, p. 224).  
Importa dizer que todo ato e procedimento adotado deverá ter embasamento legal,  
sob pena de não poder compor a licitação.

Nesse sentido, cabe aqui colacionar o entendimento do TCU quanto à importância do  
princípio em questão:

"O princípio constitucional mais importante, imanente a toda a  
atuação da Administração Pública, é o princípio da legalidade  
administrativa, segundo o qual a Administração só pode fazer  
ou deixar de fazer o que a lei autoriza ou define. A  
Administração deve sempre prestar obsequiosa reverência à  
lei, sobretudo em atos que gerem despesas administrativas."  
(Acórdão 1472/2010 - Plenário)

Verifica-se, portanto, que o princípio da legalidade é a pedra de toque de toda  
atividade administrativa, não se admitindo outra atuação por parte da Administração,  
exceto a estritamente legal.

Deste modo, requer a adequação do Item 8.2 do Edital a previsão constante no art.  
109 da L. 8666/93, em atenção ao Princípio da Legalidade que deve nortear os atos  
da Administração.

## 6. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Os itens 12.3, 12.6 do Edital e 3.9, 3.11 da Minuta do Contrato dispõem que no caso  
de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, os cálculos dos  
valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a  
aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de  
direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art.  
66 da Lei de Licitações determina que "o contrato deverá ser executado fielmente  
pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei,  
respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial".

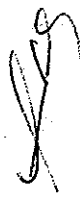
Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou:

"(...) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria



PROVA DE CONHECIMENTO  
Nº 1515/18  
Data: 12

de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que afronta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...) (AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração dos itens 12.3, 12.6 do Edital e 3.9, 3.11 da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

#### **7. DA ILEGAL PREVISÃO QUE VISA DESCONTO POR ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO**

O item 12.7. do edital prevê a possibilidade de desconto nas faturas mensais por antecipação do pagamento, com aplicação do índice ali descrito.

Ocorre que tal previsão vai de encontro à disposição da lei 8.666 de 1993, qual seja:

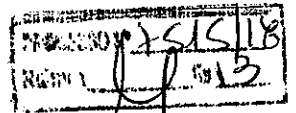
**"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:**

**I - unilateralmente pela Administração:**

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

**II - por acordo das partes:**

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; (grifos nossos)
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica



*extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)"*

Acerca do tema o Administrativista Marçal Justen Filho nos ensina, com muita propriedade, sobre a alteração das condições de pagamento:

**"A regra da al. "c" tem de ser interpretada restritivamente, sob pena de inconstitucionalidade. O art. 37, XXI, da Constituição Federal determina que as contratações administrativas devem prever cláusulas que "estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta...". Logo, não se pode cogitar de uma alteração acerca da forma de pagamento. Mesmo porque a alteração seria impedida pelos princípios da moralidade, da isonomia e da vinculação do contrato ao ato convocatório. Se a alteração tornasse o contrato mais vantajoso, haveria vício porque outros terceiros poderiam ter manifestado interesse em participar da licitação. Se a alteração tornasse o contrato mais desvantajoso, o próprio contratado estaria sendo prejudicado. A interpretação é reforçada diante do disposto no art. 58, §§ 1º e 2º.**

**A modificação das "circunstâncias", a que alude o texto legal, não significa a simples conveniência da Administração. Não pode invocar ausência de liberação de recursos ou eventos semelhantes para pleitear a alteração. A alteração da forma de pagamento deve ser acompanhada de soluções para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. As circunstâncias, a que alude o texto legal, devem ser eventos que alterem as condições de execução ou de pagamento. A mutação na forma de pagamento corresponderá a essas outras alterações." (grifos nossos)**

Destacamos ainda a regra contida nos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64:

**"Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.**

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

- I - a origem e o objeto do que se deve pagar;
- II - a importância exata a pagar;
- III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

**§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:**

- I - **o contrato, ajuste ou acordo respectivo;**
- II - a nota de empenho;
- III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço."

Neste sentido, o Princípio da Legalidade deve ser atentamente observado pela Administração Pública, que não pode praticar qualquer ato ou exercer qualquer atividade, salvo se houver lei expressamente autorizando a prática de ato ou o desempenho de atividade. Assim, a Administração poderá apenas praticar aqueles atos devidamente autorizados por lei.

No procedimento licitatório desenvolve-se atividade vinculada, ou seja, atividade na qual inexistente liberdade, em regra, para a autoridade administrativa responsável pela condução da licitação. A lei define as condições de atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a seqüência dos atos a serem praticados e impondo soluções excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas.

A lei ressalva a autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa, mas, ao mesmo tempo, estrutura o procedimento licitatório para restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.

Ainda segundo Marçal Justen Filho, reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de

13/18  
14

condições de execução, das condições de pagamento, etc., mas uma vez realizadas tais escolhas, exaure-se a discricionariedade e caso a Administração pretenda renovar o exercício dessa faculdade, sujeitar-se-á a refazer toda a licitação.

<sup>7</sup>Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele.

Deve-se destacar que o Princípio da Legalidade é o mais importante a ser observado pela Administração e do qual decorrem todos os demais, sendo essencial aos Estados de Direito e Democrático de Direito.

É notório o conhecimento de que o Princípio da Legalidade, corolário máximo da Administração Pública, tem interpretação distinta quando se refere à Administração ou ao Particular. Conforme exposto anteriormente, na atividade administrativa permite-se a atuação do agente público apenas se concedida ou deferida por norma legal, ao passo que ao particular é permitido fazer tudo quanto não estiver proibido pela lei.

Marcos Juruena<sup>8</sup> ao comentar tal princípio esclarece que:

*"A licitação deve atender ao Princípio da Legalidade, traçando-se, na lei, o procedimento a ser adotado, as hipóteses de sua obrigatoriedade e dispensa, os direitos dos Licitantes, as modalidades de licitação e os princípios para contratação. Esclareça-se que a legalidade administrativa mencionada no art. 37 da Constituição federal difere daquela numerada no art. 5º da Lei Maior, enquanto este garante ao particular agir sempre que a lei não proíba, aquela impõe à Administração só agir quando a lei assim o permitir."*

Toda atividade administrativa vincula-se a tal princípio, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5º, incisos II e XXXV, e 37. A própria Lei n.º 8.666/1993, ao elencar os princípios básicos aos quais a Administração deverá observar quando de sua atuação, indicou inicialmente o referido princípio, vejamos:

<sup>7</sup> FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005, página 48.

<sup>8</sup> SOUTO, Marco Juruena Vilela. *Licitações & contratos administrativos*. Editora Esplanada, 3ª Edição. 1999, Rio de Janeiro, páginas

*"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."*

Celso Ribeiro Bastos assim leciona sobre o princípio:

*"Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer."*<sup>9</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, assim já decidiu, observando a necessidade de atuação pela Administração Pública limitada ao referido princípio:

**ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO, NA ATPF, DO NÚMERO DA NOTA FISCAL RELATIVA AO PRODUTO TRANSPORTADO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.**

**1. Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da legalidade. Por esse princípio, todo e qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade**

<sup>9</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.



TRABALHO 25/12/18  
REVISÃO 15

com a lei e dentro dos limites por ela traçados.<sup>10</sup> (grifo nosso).

Daí porque, mediante a republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame, a Oi solicita a V. S<sup>a</sup>., a exclusão do item 12.7 do Edital.

#### **8. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS**

Da leitura do Instrumento Convocatório percebe-se que o não prevê a possibilidade de pagamento através de fatura com código de barras.

Ocorre que o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, **são aqueles pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.**

Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Qualquer outra forma de pagamento, como o depósito em conta corrente previsto no Edital, causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações contratada.

Ademais, a Oi utiliza o sistema de faturamento, por meio de Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via, modelo 22, em razão das várias vantagens que essa forma de pagamento proporciona.

Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a inclusão da alternativa a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

<sup>10</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 9985174 Recurso Especial 2007/0211094-8, Relator (a) Denise Arruda.

## 9. DA PREVISÃO DE MULTAS ABUSIVAS

Da leitura dos itens 13.1, "b" do Edital e 6.13, "b" da Minuta do Contrato denota-se a aplicação de multa no percentual de 10% (dez por cento), em caso de descumprimento das obrigações assumidas pela Contratada:

Ora, é notória a ilegalidade de que se revestem os referidos dispositivos, vez que o excesso de penalidade é incompatível com o objeto do Edital ora impugnado.

As penalidades ora impugnadas constantes Minuta do Contrato não estão de acordo com a sua finalidade, vez que não guardam correspondência lógica com a mesma. Incontestável, assim, que a finalidade do presente contrato é a prestação de serviço, e não a arrecadação de valores por meio de multas.

Os atos da Administração Pública, para serem válidos, devem respeitar o Princípio da Razoabilidade; ou seja, as exigências constantes do Edital não poderão conter excessos, devendo ser razoáveis em relação ao seu objeto.

Neste sentido, vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

**"Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Colha, pois, a Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legitimados de seu contratante, pois não assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte". [Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 15ª edição, p.591] – grifo nosso.**

Com efeito, a previsão de percentual de penalidade supera o teto máximo de 10%, estipulado tanto pelo Decreto n.º 22.626/33 (ressalte-se, ainda em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determinado pelo Decreto de 29 de novembro de 1991) como pela Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), e aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração pública.

Nas sendas da legislação vigente, a aplicação do percentual descrito acima é desarrazoada, além de desproporcional e descabida, podendo redundar em locupletamento indevido da outra parte; sagra-se, pois, patente a redução de tais valores para que o limite de 10% seja efetivamente implementado na minuta de

Contrato. Nesse sentido é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, consoante citado abaixo:

**"EMENTA.**

CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE..

1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.
2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.
3. O art. 86, da lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.
4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).
5. Princípio da Razoabilidade.
6. Recurso improvido."

(RESP 330.677/RS, DJ 04/02/2002, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça)

Vale mesmo transcrever os argumentos despendidos pelo Excelentíssimo Ministro Relator José Delgado no acórdão exarado neste REsp. 330677/RS, DJ. de 04/02/202, p. 289, que explicita a abusividade da multa ora aplicada, ao dispor:

"Verifica-se, assim, que tal dispositivo busca reprimir o inadimplemento e mora contratuais a que tenham dado causa as empresas contratadas, por meio de licitação, pela Administração Pública. Contudo, constata-se que a aplicação de tal penalidade fez com que a recorrida recebesse cerca de 12% (doze por cento) do valor contratado, o que se constitui em indiscutível locupletamento ilícito por parte da empresa pública. Assim, o acórdão do Tribunal a quo, ao manter a decisão de primeiro grau que reduziu a multa para 10% (dez por cento) sobre o quantum devido, não negou vigência aos dispositivos apontados pela recorrente, uma vez que, de acordo com o art. 54, da Lei de Licitações é permitida a aplicação supletiva da legislação civil"

A argumentação corroborada pelo STJ no referido acórdão acatou determinação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendendo por razoável e proporcional a aplicação de no máximo 10% (dez por cento) como multa em caso de inadimplemento contratual, REDUZINDO NO CASO, O PERCENTUAL DE 88% PARA 10%, ou seja, afirmou claramente que qualquer valor acima deste percentual de 10% como multa por inadimplemento é abusivo, seja 20%, 25% ou 88%, conforme ora se aponta:

"As penas administrativas, da mesma forma que as do direito privado, devem ser moderadas. Não podem ser um instrumento para destruir, para aniquilar o contratante mais fraco. No caso dos autos o exagero da penalidade é flagrante. Embora de natureza moratória, onerou em mais de 80% o crédito da autora. Salta aos olhos sua iniquidade que, se não purgada, poderá levá-la à ruína. Sua redução ao patamar de 10%, por aplicação analógica do art. 52, § 1º, do Código do Consumidor, restituiu-lhe a razoabilidade, não merecendo qualquer censura"

Nesse diapasão, também é o ensinamento do ilustre Administrativista MARÇAL JUSTEN FILHO acerca do equilíbrio contratual:

"A tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar precipuamente a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam

de formular propostas mais onerosas. Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando incorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior”. [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 7ª edição, p.554/555]

Dessas palavras depreendemos que o interesse público será atingido quando o interessado apresentar proposta de menor valor e, capaz de ser executada, contudo, claro está, que não pode vir a ser prejudicado por algum evento previsto que o onere após a celebração do o contrato.

Vale ressaltar que a Lei de Licitações estabelece que aos contratos administrativos aplicam-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos, conforme revela o seu art. 54, “*caput*”:

**“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” (grifamos)**

E mais; o art. 66 do mesmo diploma legal destaca a responsabilidade atribuível a cada parte quando da execução do contrato, *in litteris*:

**“Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.” (grifamos)**

Deve-se frisar que, ainda que não conste na Lei n.º 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem os elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 de supracitado diploma legal; não pode o Governo do Distrito Federal, por meio da Subsecretaria de Compras e Licitações, assim, desconsiderar regulação específica que veda o locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas.

De igual sorte, a ilegalidade do item e da cláusula editalícia em apreço pode ser ainda revelada pelo fato de que, para serem válidos, os atos da Administração Pública devem respeitar o Princípio da Razoabilidade. Com efeito, as exigências constantes no Edital não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

Logo, pelos motivos ora expostos, é evidente que as penalidades constantes no Edital não estão de acordo com a sua finalidade, vez que não guardam correspondência lógica com a mesma.

Destarte, não resta a menor dúvida de que tais penalidades não são razoáveis e que não correspondem à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, em total afronta aos Princípios norteadores do procedimento licitatório - artigo 3º da Lei n.º 8.666/93.

De todo o exposto, é irrefutável que as penalidades constantes nos itens 13.1, "b" do Edital e 6.13, "b" da Minuta do Contrato estão em desacordo com a realidade fática e com a legislação vigente, motivo pelo qual requer-se que as mesmas sejam adequadas de modo a enquadrar-se à realidade do setor, reduzindo o percentual de multa a ser aplicado para 2% sobre o valor total do contrato.

#### **10. BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO**

Os itens 13.1, "b" do Edital e 6.13, "b" da Minuta do Contrato não preveem a diferença entre inexecução total e inexecução parcial.

No entanto, não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

Ora, não é justa nem razoável tal determinação, posto que uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do contrato celebrado, é razoável que o cálculo da penalidade incida apenas sobre aquela parcela e não sobre o valor integral da contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade.

**Desta forma, em caso de descumprimento parcial das obrigações a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.**

O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

“Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidade da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)

Este princípio (proporcionalidade) enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos

cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobretudo quando a Administração restringe a situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público." (em "Curso de Direito Administrativo", 12ª edição, páginas 79 a 81)

A ilustríssima Prof. Lúcia Valle Figueiredo classifica ambos os princípios (proporcionalidade e razoabilidade) da seguinte forma:

"Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contratar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito... não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus standards pessoais, a lume de sua ideologia, a lume do que entende ser bom, certo, adequado no momento, mas a lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade, do que em Direito Civil se denomina valores do homem médio.

Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência.

Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também como princípio importantíssimo, o da proporcionalidade. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas.



Traduz o princípio da razoabilidade a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração." (grifamos) (em Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, página 47 e 48)

Extrai-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Vale dizer, as consequências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.

Assim, a eventual manutenção dos percentuais de multa atacados constitui afronta aos princípios basilares que devem conduzir os atos deste órgão, quais sejam, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação nos itens 13.1, "b" do Edital e 6.13, "b" da Minuta do Contrato para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato.

#### **11. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS**

Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

Assim, para a recomposição da equação econômico-financeira, surgiram diversas figuras, dentre elas o reajuste.

O reajuste nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. É alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

A Lei n.º 8.666/93, em seu inciso XI do art. 40, determina a obrigatoriedade do Edital conter, dentre outros, "o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela".

Da mesma forma, o inciso III do art. 55 da referida Lei elenca como cláusula necessária em todo contrato a que estabeleça "o preço e as condições de pagamento, os critérios, **data-base e periodicidade do reajustamento de preços**, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento".

É obrigatória, portanto, a inclusão de cláusula de reajuste, não sendo uma mera faculdade da Administração.

Para Marçal Justen Filho:

"O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexecutável ou a distorção da competição."<sup>11</sup>

A presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência "*controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.*"

Os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços. A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços.

Ressalte-se que apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC poderá ser prestado em regime público, por meio de Concessão do Poder Concedente. Assim, as concessionárias são remuneradas pela cobrança de tarifas, conforme acima explicado.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

RESISTE  
20

Acerca das tarifas do STFC, o art. 42 da Resolução n.º 426/2005, que aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, assim determina:

**"Art. 42. Visando a preservação da justa equivalência entre a prestação do serviço e sua remuneração, as tarifas ou preços de planos de serviço ou PUC podem ser reajustados ou revisados.**

**Parágrafo único. Os reajustes dos valores das tarifas ou preços podem ser realizados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, limitados estes à variação do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) ou qualquer outro índice que venha a substituí-lo, correspondente ao período de reajuste, observadas as disposições dos contratos de concessão ou termos de permissão ou autorização." (grifo nosso).**

Com base no acima exposto, o reajuste tarifário deverá ser aplicado a partir do Contrato de Concessão, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato.

De outro lado, o reajuste dos preços, ao contrário das tarifas, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

Diante disso, enquanto o reajuste das tarifas deverá acontecer de acordo com as determinações do Poder Concedente, o reajuste dos preços será aplicado automaticamente, decorridos 12 (doze) meses da Contratação.

No âmbito dos serviços telefônicos, objeto da presente licitação, o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste dos valores contratados é aquele expresso na Resolução n.º 420, de 25/11/05, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST.

Ante o exposto, requer a adequação do item 3.16 da Minuta Contratual, de modo que o reajuste dos preços e das tarifas referentes ao STFC, seja realizado da seguinte forma:

Para STFC:

*"As tarifas serão reajustadas conforme homologação do Poder Concedente, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações".*

#### **12 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – ITEM 6.4.1**

Solicitamos que as exigências em relação aos Atestados Técnicos sejam alterados os seguintes itens:

- a) Em relação aos dados da pessoa jurídica emitente do Atestado, solicitamos que seja alterado, sendo fac-símile e e-mail itens adicionais de contato.
- b) Em relação à descrição dos serviços realizados pela licitante, solicitamos que retirado do texto "declarando que o responsável técnico forneceu", mantendo simplesmente a informação que a Licitante forneceu os de forma satisfatória cumprindo de maneira satisfatória o fornecido, pois normalmente os Atestados citam a Licitante tendo prestado os serviços de forma satisfatória e não o responsável técnico.

Esclarecemos que os Atestados são fornecidos pelas Empresas e Órgão Públicos cuja a Licitante tenha ou esteja prestando serviços e sua redação depende muito de cada empresa ou Órgão Público. -

Face ao exposto solicitamos que sejam atendidas as nossas solicitações, entendendo que o objetivo primordial da administração pública é o atestado da capacidade da empresa em prestar o serviço com qualidade e de forma satisfatória ao objeto do edital.

#### **13 AO PRAZOS DE ENTREGA E INSTALAÇÃO – ITENS 5.2 E 5.3**

Em relação aos prazos descritos nestes itens convém citar as seguintes considerações:

a) Em relação ao item 5.2, para as linhas individuais analógicas onde a Licitante possuir condições de infraestrutura solicitamos o prazo de 7 dias conforme norma da Anatel. ✓

Para o entroncamento digital para interligação ao PABX, mesmo que se tenha infraestrutura para atendimento, com o endereço já sendo abordado com fibra ótica solicitamos o prazo de 20 dias, pois é possível que seja necessário realizar a terminação fibra, instalação modems e etc.

b) Em relação ao item 5.3, para os entroncamentos digitais para interligação ao PABX solicitamos o prazo de até 60 dias. ✓

#### 14 PROPOSTA DE PREÇOS – ANEXO V

Em relação à Proposta de Preços do Anexo V, tecemos as seguintes considerações e solicitamos a sua alteração e republicação pelos motivos expostos abaixo:

a) Não encontramos nas Tabelas de Precificação os referentes aos valores de Assinatura das linhas analógicas, como também dos entroncamentos digitais. Itens fundamentais para precificação correta por parte das Licitantes, conforme exemplo abaixo. ✓

b) Outros itens que foram solicitados no "Item 5 – Da Proposta de Preços" do Edital, como o da validade da proposta também não encontramos no modelo apresentado.

Itens	Qtde	Unidade	Valor Unitário Mês	Valor Mensal Tota	Valor Total 12 meses
Assinatura Linhas Analógica	38	Mês			
Minutos Fixo Local	11400	Mês			
Minutos Fixo Longa Distância	11400	Mês			
Minutos Fixo-Móvel Local	7600	Mês			
Minutos Fixo-Móvel Longa Distância	7600	Mês			
Valor Total					

403  
 404  
 405

*[Handwritten signature]*

**PEDIDO**


Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a OI, requer que V. S<sup>a</sup> julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Búzios/RJ, 02 de Julho de 2018.

**33.000.118/0001-79**

**TELEMAR NORTE LESTE S/A  
Em Recuperação Judicial**

**RUA DO LAVRADIO, 71, 2º ANDAR  
CENTRO CEP 20230-070  
RIO DE JANEIRO RJ**

  
**Manuel Vanda**  
Executivo de Negócio  
ID: 277538  
CPF: 011.111.111-50