



Ilmo. Sr. Pregoeiro da 7ª Superintendência Regional - Codevasf

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 03/2015-7ªSR

TELEMAR S.A., sociedade anônima, 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/MF sob o nº 33.000.118/0001-79, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, vem, por seu representante legal, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A 7ª Superintendência Regional – instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, sob o n.º 03/2015-7ªSR, visando contratação de empresa especializada na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC de acordo com as especificações e condições deste edital e seus Anexos.

Contudo, a TELEMAR 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 motivo pelo qual a TELEMAR 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 – DOS ASPECTOS TÉCNICOS

1.1 - SINALIZAÇÃO PABX

Para um dimensionamento mais detalhado do projeto é importante atermos informação do tipo de sinalização que é utilizada no PABX do cliente.

Assim solicitamos que o tipo de sinalização utilizada no PABX R2-CAS ou ISDN.

1.2 - RAMAIS DDR LOTE 1

O item 2.1.1 alíneas a e a1 do edital preveem - Pôr à disposição da CODEVASF sistema DDR (Discagem Direta a Ramal) com capacidade/numeração para 100 (cem) ramais em um único prefixo, sendo 64 (sessenta e quatro) ramais para uso imediato e os demais deverão permanecer reservados, para utilização futura, sem que isso implique acréscimo nos preços contratados;

Para operação do recurso de DDR, deverá ser designada uma faixa de numeração para os ramais, contendo números distintos e sequenciais.

Devido a problemas sistêmicos a contratada irá habilitar os 100 ramais DDR em uma única vez e deixara disponível de imediato os 64 ramais DDR conforme solicitado pela contratante e os demais ficarão bloqueados até que o cliente solicite sob demanda seu desbloqueio para utilização. Caso o cliente não aceite essa solicitação, informamos que fica inviável garantir no futuro que os demais números que serão instalados conforme necessidade do cliente venha de forma sequencial.

Assim solicitamos que a seja possível a habilitação dos 100 Ramais DDR, deixando os demais que não forem utilizados de imediatos fique bloqueados até que o cliente solicite o seu desbloqueio.

1.3 - HABILITAÇÃO DAS LINHAS DIRETAS

O item 2.1.1 aliena d – lote 1 prevê - serviço de instalação, ativação e operação do link deverá ser isenta de cobrança, caso as instalações atuais dispense a contratação de tais serviços.



O Edital em questão, não deixa espaço reservado na planilha de formação de preços para instalação dos serviços do lote 2. Por se tratarem de linhas diretas e estas serem reguladas pela Anatel, é necessário que conste o valor da assinatura e habilitação dos serviços na planilha de formação de preços. Vale ressaltar que caso a linha direta já esteja instalada a empresa não deve cobrar este serviço, preenchendo o valor como R\$ 0 (zero).

Por se tratar de um serviço que precisa da concessão do Estado, caso não seja preenchido o valor na tabela, a Anatel, pelo princípio da isonomia obrigará que não se cobre mais este item nos assinantes desta operadora, prejudicando o equilíbrio econômico do serviço.

Assim solicitamos que o cliente insira campos para habilitação dos serviços na tabela de preços deste certame.

1.4 - FEIXES E1

O item 2.1.1 e 5.1.1 alíneas b2 prevê - Em caso de necessidade a contratada deverá instalar outro feixe E1 com as mesmas características e condições contratuais vigentes à época da atualização.

Esta solicitação será mediante a cláusula de contratação dos 25%. Assim solicitamos confirmação desse entendimento.

1.5 - PRAZO DE INSTALAÇÃO – FEIXES E1

O item 2.1.1 alíneas c1 e c2 do edital e seus anexos prevê - A interceptação das chamadas dos números antigos para os números novos deverá ser realizada pela empresa anteriormente contratada, pelo prazo de 90 dias.

As novas instalações ocorrerão concomitantemente à desativação do equipamento atualmente em operação, de forma a evitar a interrupção dos serviços, mantendo a continuidade do sistema.

O prazo de instalação de todo o serviço poderá ocorrer em um período de 90 dias, visto que o meio de acesso carece preliminarmente de diagnóstico o qual avalia a estrutura de rede próxima ao local onde será implantado o objeto, posteriormente se necessário é refeita toda a estrutura básica de modo que esta atividade exigirá de um



período superior ao concedido. Como a rede visa atender as demandas da 7ª Superintendência Regional da CODEVASF, No Estado do Piauí.

Assim solicitamos que o prazo de instalação de todo o serviço seja de 90 dias.

1.6 - LINHAS DIRETAS

O item 2.1.2 aliena b – lote 2 prevê - Entendemos que a linhas diretas serão instalações novas.

Assim solicitamos confirmação do nosso entendimento.

1.7 - PRAZO DE INSTALAÇÃO – LINHAS DIRETAS

O item 2.4 lote 2 do Edital e seus anexos prevê - A execução dos serviços objeto desta licitação deverá seguir, além das normas atinentes às licitações e contratações públicas, aquelas dispostas pela ANATEL, cujo conteúdo disciplinam os serviços de telecomunicação.

O prazo de instalação de todo o serviço poderá ocorrer em um período de 90 dias, visto que o meio de acesso carece preliminarmente de diagnostico o qual avalia a estrutura de rede próxima ao local onde será implantado o objeto, posteriormente se necessário é refeito toda a estrutura básica de modo que esta atividade exigirá de um período superior ao concedido. Como a rede visa atender as demandas da 7ª Superintendência Regional da CODEVASF, No Estado do Piauí.

Assim solicitamos que o prazo de instalação de todo o serviço seja de 90 dias.

1.8 - EQUIPAMENTOS

O item 2.5 do edital e seus anexos preveem - A Contratada deverá fornecer todos os equipamentos necessários à interligação da CODEVASF com a rede da operadora, sem ônus para a Contratante.

O item citado refere-se exclusivamente aos equipamentos efetivamente relacionados ao objeto da licitação, ou seja, a interligação dos pontos remotos da CONTRATANTE e transporte das informações entre estes pontos. E não de aparelhos em comodato.

1.9 - HABILITAÇÃO TÉCNICA

O item 11.1.2.2 Alínea a do edital e seus anexos preveem - O licitante deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que



deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços.

A obrigatoriedade referente aos dados do declarante do serviço prestado em cada empresa é excessivo e desnecessário, uma vez que o documento que atesta a capacidade técnica de uma empresa em nada impacta diretamente à pessoa declarante. Reforço que os atestados de capacidade técnica são emitidos pela contratante à empresa contratada e a menção ao Responsável (declarante) é um mero complemento ao atestado emitido pela empresa. Assim, não há a possibilidade de garantir que o endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços esteja explícito no documento.

Uma forma interessante de garantir o serviço prestado para uma empresa qualificada pode ser por meio da solicitação de um atestado averbado no CREA, sendo esta uma prática comum e aceitável entre contratadas e contratantes.

Assim, solicitamos que este item possa ser atendido de modo que seja retirada a obrigatoriedade referente ao endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços.

1.10 - TARIFICAÇÃO POR RAMAL

O item 18.5 aliena b do edital e seus anexos prevê - O detalhamento dos serviços deverá ser:

Discriminado por ramal, ou seja, cada ramal deverá ser iniciado em nova página com subtotal para cada serviço prestado.

Informamos que a CONTRATANTE, a própria central telefônica privativa (PABX) do cliente, pode ser configurado no seu próprio PABX com um software de bilhetagem/tarificação. Tal sistema é utilizado justamente para que o órgão possa analisar detalhadamente a utilização dos serviços por linha, ou ramal DDR, emitindo os relatórios necessários para tal análise.

Fazer tal exigência das operadoras, além de ser redundante, onera os custos da contratação, tendo-se em vista que as mesmas devem fazer elevados investimentos em infraestrutura para atender tal solicitação. Depende também do tipo de sinalização



do PABX do cliente. Portanto solicitamos confirmação que o tipo de sinalização do PABX conforme já solicitado em esclarecimento anterior.

Informamos ainda que todos os meses serão encaminhados à nota fiscal/fatura na qual constará inclusive o demonstrativo do faturamento. Assim entendemos que essa demanda atende a necessidade do cliente.

1.11 - CONTAS TELEFÔNICAS

O item 18.7 alínea b do edital e seus anexos preveem - Todas as contas telefônicas do mês deverão ser encaminhadas juntas em um único dia. Contas apresentadas em separado somente serão enviadas para pagamento no mês subsequente.

Solicitamos confirmação se todas as contas serão entregues no mesmo endereço. Caso contrario não há como garantirmos a entrega de todas as contas telefônicas no mesmo dia, devido a problemas diversos incluindo a particularidade dos correios de cada localidade.

Solicitamos que essa exigência seja retirada do edital e seus anexos.

2 – DOS ASPECTOS JURÍDICOS

2.1 - IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

O item 4.3 prevê que não será admitida nesta licitação a participação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar suspenso com qualquer órgão integrante do SISG/SIASG.

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:

“**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.”¹

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

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.”²

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)³, 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 penalizadas 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,

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

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



“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 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.

Cabe salientar que o Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a **Instrução Normativa nº 02/2010** definindo que a aplicação da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção (art. 40, §1º, da IN nº 2/2010 SLTI-MPOG).

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 4.3 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com qualquer órgão inscrito no SISG/SIASG.

2.2 - EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA

Conforme se verifica o item 11.1.2.1 do Edital estabelece diversas exigências para comprovação da capacidade econômico-financeira.

Contudo, vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93⁴ e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88. São, portanto, os requisitos de habilitação previstos no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 são *numerus clausus*.**

Com efeito, o elenco dos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações deve ser pautado como máximo, ou seja, o Edital não poderá exigir mais do que ali previsto.

Ora, a atividade licitatória deve necessariamente sujeitar-se ao disposto na ordem jurídica, em observância ao princípio da legalidade.

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁵.

Logo, as exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

⁴ A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 ("Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.

⁵ "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)



Certamente não é o caso das exigências habilitatórias previstas no item 11.1.2.1 do Edital, os quais não guardam compatibilidade com o objeto licitado, razão pela qual são totalmente dispensáveis.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993.”
(Acórdão 2056/2008 Plenário)

Como visto, deve-se agir com 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.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista nos itens 11.1.2.1, para que exclua as exigências habilitatórias que excedem a previsão contida em Lei (índices acima de 1, ou Capital Social acima de 10% do valor estimado), posto que não estão relacionadas diretamente com a execução do objeto, indo além do rol previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

2.3 - DO REQUISITO DE EXPERIÊNCIA

A alínea “b” do item 1, que trata acerca da habilitação técnica, dispõe que os atestados ou declarações de capacidade técnica, em nome da licitante, expedido por pessoa jurídica, de direito público ou privado, comprovando aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, pelo período não inferior a 3 (três) anos.

Porém, o art. 30 da Lei nº 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 admite a exigência de comprovação de experiência anterior, mas proíbe que o Edital condicione a experiência anterior relativamente a dados quantitativos, geográficos, ou de natureza similar.

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 Dallari⁶:

“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.

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.”

⁶ (in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição, p. 88)



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 9.6.2.1 do Edital, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, não possua o limite temporal de 3 (três) anos, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93

2.4. - SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

O item 18.26 do Edital, bem como o item 9.2.6 do Termo de Referência e 7.1 da Minuta do Contrato, preveem a incidência de encargos por atraso de pagamento, sem culpa da Contratada.

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.

Contudo, de acordo com a prática de mercado, 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.

Pelo exposto, faz-se necessária a modificação dos itens em comento Edital 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.

2.5. - DAS PENALIDADES EXCESSIVAS



A alínea “e” do item 23.1.2 determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**”⁷ (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o *quantum* a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.



proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.**”⁸
(grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, **aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério**. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.**” (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o *quantum* referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item do Edital, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.



2.6 - DA SUSPENSÃO OU RETENÇÃO DO PAGAMENTO POR FALTA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL

O item 9.13 do Termo de Referência, bem como o item 7.2.1 da Minuta do Contrato, estabelecem que o pagamento somente será efetuado se a licitante vencedora mantiver sua regularidade fiscal (consultada através do SICAF).

Entretanto, o art. 87 da Lei de Licitações define rol taxativo de sanções aplicáveis à Contratada, prevendo a hipótese de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Não obstante, não consta em nenhum momento a previsão de retenção dos pagamentos.

Nesse sentido, deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos como sanção ao não cumprimento da regularidade fiscal.

É nesse sentido o entendimento do TCU:

“O [STJ] entende ser ilegal a retenção de pagamento por serviços prestados quando se constata a irregularidade fiscal, pois tal hipótese não consta do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, ofendendo, portanto, o princípio constitucional da legalidade [...]. O parecer PGFN/CJU nº 401/2000, e a STN e SLTI, por meio da mensagem citada no parágrafo anterior, seguem esse entendimento. Resta ao órgão público a opção de rescindir o contrato e aplicar penalidade por descumprimento de cláusula contratual, caso a contratada, após aviso do órgão, não regularize sua situação fiscal no prazo definido pela administração.” (Acórdão 3382/2010 - Plenário) (grifo nosso)

Assunto: SERVIÇO CONTÍNUO. DOU de 07.05.2012, S. 1, p. 101.

Ementa: resposta a um consultante nos seguintes termos: a) os órgãos e entidades da **Administração Pública Federal devem**



exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal; b) os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, **prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades previstas em lei (arts. 55, inc. XIII, 78, inc. I, 80, inc. III, e 87, da Lei nº 8.666/1993); c) verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração (itens 9.2.1 a 9.2.3, TC-017.371/2011-2, Acórdão nº 964/2012-Plenário).**

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência do STJ:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.



3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional 'não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.' (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 633.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141)

Ademais, cabe citar a Instrução Normativa n.º 2/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que determina no artigo 34-A (incluído pela Instrução Normativa MP n.º 3, de 15/11/2009) que o Governo Federal não pode reter pagamento mesmo quando houver descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação, condicionando apenas a necessidade dos serviços estarem sendo prestados. In verbis:

“Art. 34-A: O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer



em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou incapacidade da empresa de corrigir a situação.”

Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, poderá a Administração, atendendo ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações, não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do dispositivo legal citado. Frise-se que o princípio da legalidade, sendo o elemento basilar do regime jurídico-administrativo, 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, impor sanção que extrapola a lei importa em desrespeito inexorável ao princípio da legalidade.

Diante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação do item do Edital, para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a TELEMAR** requer que V. S^a 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.

Brasília/DF, 13 de Maio de 2015.



Henrique de Albergaria B. Favarelli
Executivo de Negócios
Diretoria Clientes Corporativos - DF



Raquel Ribeiro Campos
Brasil Telecom S/A - Filial RS
Matricula BT 024659

Raquel Ribeiro Campos
Especialista em Licitações