



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA DE  
DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO  
PARNAÍBA**

**Ref.: Pregão Eletrônico n.º 06/2015-7ª SR**

**TELEMAR NORTE LESTE S/A**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 33.000.118/0001-79, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2.º andar, vem, tempestivamente, com fulcro no artigo 18 do Decreto 5450/05, apresentar

**IMPUGNAÇÃO**

Aos termos do Edital em referência, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

## I – DOS FATOS

A CODEVASF instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, sob o nº. 06/2015-7ª SR, visando à contratação de serviço telefônico fixo comutado (STFC), na modalidade local, longa distância nacional e longa distância internacional.

Interessada em participar da licitação, a ora Impugnante denota, no entanto, a presença de alguns vícios de legalidade no Edital, cuja prévia correção se mostra indispensável à abertura do certame e formulação de propostas.

Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, a Oi **SOLICITA URGÊNCIA** na análise do mérito desta Impugnação pelo Sr. Pregoeiro, a fim de evitar prejuízos sérios para o erário, o qual certamente será lesado caso o Edital permaneça nos termos atuais. Tal é o que se passa a demonstrar.

## II – DO DIREITO

### **1. DA SUSPENSÃO DE LICITAR**

O item 4.3 do Edital prevê a impossibilidade de participação neste certame de empresa que tenha sido suspensa de licitar ou contratar com qualquer Órgão integrante do SISG/SIASG.

Note que de fato a Administração Pública possui a faculdade de definição de penalidades existente na lei, porém ressalta-se que a discricionariedade da Administração não é absoluta, devendo guardar fidelidade aos interesses públicos.

Novamente salientamos que inexistente no mercado um amplo leque de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a

participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Salta aos olhos o enorme prejuízo ao interesse público que decorreria da eventual manutenção do item editalício acima citado – o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade – na medida em que representaria desnecessária e injustificada restrição da competitividade e, por conseguinte, do leque de opções e propostas que se poderiam pôr à escolha da requerida.

Acrescente-se que o art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 prevê dentre as modalidades de penalidades a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. No mesmo sentido, o art. 14 do decreto 3.555/2000 (aprova o regulamento para a modalidade de licitação pregão) estabelece que:

*“Art. 14. O licitante que ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito prévio da citação e da ampla defesa, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até cinco anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.”*

Assim, vale distinguir os conceitos de Administração e Administração Pública. Dessa forma, será analisado o voto do Min. Relator e a Decisão objeto do Acórdão 352/1998 – Plenário do Tribunal de Contas da União a respeito do tema.

O Min. Relator ratificou o entendimento da SECEX de que a referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou e para tanto, apresenta um comparativo entre a sanção do direito de licitar (art. 87, III, da lei 8.666/1993) e a declaração de inidoneidade (inciso IV do mesmo artigo), vejamos:

*“3. Sobre o tema, compartilho da opinião da SECEX de que a sanção de que se trata está adstrita ao órgão que a aplicou, pelas seguintes razões. (...) O inciso III prevê a ‘suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos’. Já o inciso IV possibilita a aplicação de sanção ainda mais grave, qual seja: a ‘declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade’. 3.2. De imediato, observa-se que o legislador faz distinção entre Administração e Administração Pública quando se refere à abrangência das respectivas sanções. Desta forma, segundo os referidos dispositivos, o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está adstrito à Administração, assim 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’. Por outro lado, a declaração de inidoneidade, por ser de natureza mais grave, estende-se a toda a Administração Pública, definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 6º, inciso XI)”. (grifo nosso).*

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. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Frise-se não ser razoável nem sequer admitido pelos órgãos de controle que a empresa que seja declarada suspensa de licitar por determinado órgão e encontre impedida de participar de licitações promovidas por quaisquer outros órgãos/entes da Administração Pública! Conforme acima demonstrado tal penalidade, de tamanha gravidade, deve ser limitada ao órgão ou entidade que aplicou a sanção, conforme precedente abaixo do Tribunal de Contas da União, a saber:

“Suspensão – efeitos:

TCU decidiu: “O impedimento de licitar ou contratar com alguém penalizado com a sanção do art. 87, inciso III, restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção.” (g.n.). TCU, Processo no 016.737/1999-7. Decisão no 36/2001. – Plenário.

O mesmo entendimento é adotado pelo Ministério Público da União e do Distrito Federal, a saber:

*Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Amazonas Digital S/A, CNPJ nº 04.644.662/0001-55, com base no artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 058/DAA/DG/MPDFT/2000, conforme processo nº 08190.114653/03-21. Data da Publicação: 21/01/2004.*

*Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Computarelli Computadores, Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 37.978.202/0001-12, com base nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 025/DAA/DG/MPDFT/2002, conforme processo nº 08190.111840/03-62. Data da Publicação: 21/01/2004.*

*Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu*

*aplicar à empresa Computarelli Computadores, Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 37.978.202/0001-12, com base nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 059/DAA/DG/MPDFT/2000, conforme processo nº 08190.111838/03-11. Data da Publicação: 21/01/2004.*

*Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Computarelli Computadores, Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 37.978.202/0001-12, com base nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 080/DAA/DG/MPDFT/2002, conforme processo nº 08190.111839/03-83. Data da Publicação: 21/01/2004.*

Diante destes esclarecimentos, é necessário corrigir-se o item 4.3 do Edital para que somente estejam impedidas de participar deste certame as empresas que porventura estejam penalizadas com a suspensão do direito de licitar especificamente com a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba ou com o Ministério da Integração Nacional, e não com qualquer outro Ente/Órgão integrante da União.

## **2. DOS ÍNDICES FINANCEIROS EXIGIDOS PARA FINS COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA**

O subitem 11.1.2.1 do Edital determina exigência de comprovação de possuir Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação ou item pertinente, bem como os índices financeiros superiores a 1, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social.

Primeiramente, vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93<sup>1</sup> 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 Federal<sup>2</sup>.

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.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> “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)

Não obstante, ainda, verifica-se que a exigência insculpida no item em comento afronta flagrantemente o **artigo 31, § 2º, 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.” (grifos nossos)*

Com relação à alternatividade da exigência prevista no § 2º, o TCU assim se manifesta:

*“De fato, compulsando o § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93, **verifica-se que o dispositivo faz referência a capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo.** A exigência de capital social integralizado extrapola o previsto na Lei, conforme já assentado em deliberações desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 1871/2005, 170/2007 e 113/2009, todos do Plenário.” (grifo nosso) (Acórdão 1533/2011 - Plenário)*

É certo que a exigência do § 2º do artigo 37 da Lei de Licitações tem por finalidade impedir o possível fracasso da contratação da licitante vencedora do certame. No entanto, a previsão de alternatividade de comprovação da capacidade econômico-financeira se dá no sentido de que não tornar tal exigência um fator de impedimento de participação na licitação. Ademais, **observa-se ainda que tais índices não são os únicos elementos capazes de averiguar a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em acorrer ao certame.**

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 n.º 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 desproporcional e incompatível com a realidade do setor de telecomunicações

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. Com isso, fortifica-se o argumento de que a sua exigência é desnecessária e desproporcional.

Noutro giro, verifica-se que, por se impossibilitar a alternatividade na comprovação da capacidade econômico-financeira torna o procedimento licitatório desnecessariamente mais formalista, fato que não se coaduna com a celeridade do Pregão. Ademais, o próprio inciso XXI do artigo 37 da CF/88 determina que

somente devem ser toleradas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Dessa forma, pode-se afirmar que a atuação da Administração na fase de habilitação deve ser pautada de forma a não incorrer em rigorismos inúteis e excessivos, que apenas afastam os participantes e restringem a competição do certame, gerando e última análise prejuízos à oferta do melhor preço para a Administração.

Assim, o artigo 31, § 3º, da Lei 8.666/1993 estipula que o valor do patrimônio líquido não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa<sup>3</sup>”.

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

*“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa*

---

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

*possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger<sup>4</sup>.”*

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. (...)”*

*Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito<sup>5</sup>.”*

---

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.

De todo o exposto, requer a exclusão do subitem 11.1.2.1, alínea *a*, do Edital, de forma que se possibilite 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 nos termos do artigo 31, § 2º, da Lei 8666/93 e do **artigo 44 da IN/MARE n.º 2/2010** tão somente e já previsto na alínea *c*.

### **3. DA EXIGÊNCIA EXCESSIVA**

O subitem 11.1.2.1.d do Edital determina a comprovação, por meio de declaração, da relação de compromissos assumidos, de que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura deste Pregão, não é superior ao Patrimônio Líquido do licitante, podendo este ser atualizado na forma já disciplinada neste Edital.

Por outro lado, esse mesmo subitem do Edital determina que a declaração de que trata a subcondição acima deverá estar acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, quando houver divergência percentual superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, entre a declaração aqui tratada e a receita bruta discriminada na Demonstração do

Resultado do Exercício (DRE), deverão ser apresentadas, concomitantemente, as devidas justificativas.

No entanto, embora esta exigência encontre amparo na IN n.º 6 de 23.12.2013, nota-se claramente que ela ultrapassa o rol dos documentos exigidos para habilitação previstos nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93, os quais, vale destacar, são normas gerais de licitação.

Com efeito, a previsão existente nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações deve ser encarada como limite de exigência máximo da Administração em suas licitações, ou seja, o instrumento convocatório não poderá conter previsões que exorbitem o previsto nos dispositivos em questão.

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 Federal<sup>6</sup>.

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, senão vejamos.

- **Das normas gerais de licitação**

É relevante observar que a competência para legislar sobre normas gerais de licitações é privativa da União, na forma do Art. 22, XXVII da CF/19887.

---

<sup>6</sup> 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)

<sup>7</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

Como se sabe, a norma geral é “(...) *toda disposição da Lei nº 8.666/93 que se mostre indispensável para implementar os princípios constitucionais reitores da Administração Pública e os básicos arrolados em seu art. 3º (...)*” (Jessé Torres Pereira Júnior).

Sobre o tema, é válido mencionar o entendimento do conceituado Dr. Toshio Mukai (Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UEG/Mestre e Doutor em Direito pela USP/especialista em Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental, ex Professor de Direito Administrativo na Universidade Mackenzie, Secretário Geral da Sociedade Brasileira do Direito do Meio Ambiente, Coordenador Jurídico do BDA, BDM e BDLC), proferido no II Seminário de Direito Administrativo – TCMSP "Licitação e Contrato - Direito Aplicado", realizado em junho de 2014, ([http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18\\_06\\_04/toshio\\_mukai1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/toshio_mukai1.htm))

*“Então, todas as normas que procuram salvaguardar os princípios da licitação e os princípios, os Senhores sabem, foi aqui, eu não assisti, mas foi aqui, com certeza, brilhantemente exposta pelo meu amigo Diógenes Gasparini, tema primeiro que foi de 'Princípios e Normas Gerais'. As normas gerais são da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação, instrumentos convocatórios, julgamento objetivo que lhe são correlatos, artigo 3º da Lei 8.666.*

*Então, alguns princípios que vou citar, todos são de observância obrigatória, mas que basicamente estão salvaguardados nas normas que dizem respeito às habilitações, que são os artigos 27 a 31 e, por isso, são normas gerais.*

*(...)*

*Por isso entendo que os artigos 27 a 31 da Lei 8.666 são efetiva, legítima e constitucionalmente, ao contrário de outro da Lei 8.666, normas gerais. Sendo normas*

---

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

*gerais, não podem deixar de exigir tudo o que está na Lei 8.666, nos artigos 28 a 31 e também não podem exigir mais do que está lá, porque são normas gerais (grifos nossos).*

*É por isso mesmo que o legislador, quando fala no artigo 27 da habilitação, seção 2ª, começa falando da seguinte forma: '- Para habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados exclusivamente documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal, cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal. Daí vem a documentação toda que é exigida. (grifos nossos).*

Assim, considerando que as condições habilitatórias são normas gerais de licitação, não pode a administração fazer exigências que não estão previstas no rol elencado na Lei 8.666/93.

Ademais, por ser competência privativa da União legislar à respeito das normas gerais de licitação, qualquer inovação nesse ramo, deverá ser efetuada por Lei Federal.

Do raciocínio acima, conclui-se que a previsão contida na IN n.º 6/2013, a qual respalda a exigência que se questiona pela presente, mostra-se excessiva, ilegal e inconstitucional, uma vez que trata de previsões específicas sobre normas gerais de licitação, sem, contudo, possuir competência para tal.

- **Dos compromissos assumidos**

Observa-se aqui, que a Lei 8.666/93 em artigo 31, §4º aparentemente legitima a exigência estabelecida pelo instrumento convocatório.

No entanto, pela leitura do artigo supracitado verifica-se que o mesmo determina que “*Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.*”.



Destaca-se aqui que o artigo sobredito dá uma conotação aparentemente legal, pois, muito embora haja efetivamente previsão quanto à “*relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira*”, **não há na letra da Lei nada que legitime a exigência de PATRIMÔNIO LÍQUIDO superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e com a iniciativa privada, restando o respectivo critério sem qualquer justificativa legal.**

Ora, observa-se aqui, que ao estabelecer a exigência de 1/12 (um doze avos), a administração estabelece um parâmetro não previsto em Lei, pois não há nada que legitime 1/12 (um doze avos) como índice legal e não restritivo.

Ademais, considerando que o Poder Discrecionário da Administração Pública encontra seus limites nos Princípios Razoabilidade e Proporcionalidade, conclui-se não ser razoável a manutenção de tal exigência a qual só se prestará para reduzir a competitividade no certame.

#### **4. DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA COM LIMITAÇÕES**

O subitem 11.1.2.2 do Edital determina exigência de comprovação de experiência através de contrato, ou documento similar, na prestação de serviço de telefonía por pelo menos 3 anos, que tenha sido expedido após o término da sua vigência ou no mínimo um ano depois do início, bem como seja compatível em características, quantidades e prazos contratado neste Edital.

Por sua vez, o mesmo item do Edital determina que 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.

E ainda determina que somente serão aceitos atestados de capacidade técnica expedidos após a conclusão do respectivo contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior.

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 admite a exigência de comprovação de experiência anterior, mas proíbe que o Edital condicione a experiência anterior relativamente a dados quantitativos, geográficos, de natureza similar e qualquer outra exigência não prevista no artigo acima citado, como a apresentação de cópia do contrato que deu suporte à contratação.

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>8</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

---

<sup>8</sup> in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição, p. 88

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.”**

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 dos itens em comento, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, não possua o limite de quantidade ou de tempo, tampouco a exigência de apresentação de cópia do contrato que deu suporte à contratação, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93.

## **5. DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO**

O subitem 11.1.2.5 do Edital determina exigência de Comprovação de: Concessão, Permissão ou Outorga, assinados pela Anatel, para prestação do STFC nas modalidades contratadas.



Porém, a apresentação dos Extratos dos Contratos de Concessão e Termos de Autorização celebrados com a Anatel devidamente publicados no Diário Oficial da União são documentos hábeis para comprovar referida exigência editalícia.

Ademais, deve-se levar em consideração que a íntegra desses documentos está disponível na página oficial da Anatel na rede mundial de computadores.

Tal solicitação tem o intuito de dar celeridade ao processo licitatório, em função da diminuição significativa de documentos, bem como economicidade para as licitantes, tendo em vista o elevado número de páginas desses documentos e o alto custo das autenticações.

Vale destacar, ainda, que 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 Federal<sup>[1]</sup>. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante.

Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista no item do Edital, para que as licitantes possam apresentar os extratos do Contrato de Concessão ou do Termo de Autorização, ambos outorgados pela ANATEL, os quais são devidamente publicados no Diário Oficial da União.

## **6. DA INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE**

---

<sup>[1]</sup> “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)

O subitem 18.2.1 do Edital estabelece que a Contratante deverá apresentar os comprovante de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal.

Não obstante tal fato é importante observar que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explica-se: as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias).

Assim, a apresentação mensal das referidas certidões foge dos padrões lógicos, visto que o prazo de validade das mesmas ultrapassa o período de trinta dias.

É de suma importância observar que não está se discutindo aqui a necessidade da manutenção dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Tal fato é inquestionável! O que se discute nesta análise é a desproporcionalidade e ilegalidade em exigir a apresentação mensal desses requisitos, principalmente, pelos mesmos possuírem período de vigência superior à 30 (trinta) dias.

Vale corroborar, que a Administração Pública possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Se a certidão informa que seu prazo de validade é de 120 dias, porque a contratada deverá apresentar a certidão mensalmente?

Verifica-se a incongruência na aplicação da exegese do parágrafo em comento. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Carlos Ari Sundfeld, na obra “Fundamentos de Direito Público” afirma o seguinte acerca da proporcionalidade (fls. 165):

*“A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir.”*

Ora, o administrador está jungido ao Princípio da Legalidade, portanto, ao determinar obrigações que não possuem previsão legal, atua de forma desproporcional e irrazoável.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”<sup>9</sup>.

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”<sup>10</sup>

Diante disso, requer a alteração do subitem 18.2.1 do Edital para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais juntamente à fatura, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

## **7. DA GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO**

O ato convocatório prevê nos itens 18.29 do Edital e 9.22 do Termo de Referência as garantias da contratada para o caso de inadimplemento da Administração, ocorre que tal previsão está diferente do usualmente utilizado em telecomunicações.

Vale ressaltar previsão expressa da Lei de Licitações de 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 literis*:

*“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)

Portanto, ante o arcabouço legal e doutrinário apresentado, não resta dúvida de que a Contratante deverá arcar com os encargos legais devidos, na hipótese de inadimplemento e de mora, sob pena de, não o fazendo, criar um notável desequilíbrio na relação entre as partes.

Na senda destas razões, pertinente aqui recordar a lição do renomado Administrativista Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, *in verbis*:

“O sujeito (inclusive o Estado) tem o dever de cumprir a prestação assumida, no prazo e condições determinadas. Ao infringir esse dever, sujeita-se à obrigação de indenizar a parte inocente por perdas e danos. Entre os danos emergentes encontra-se, no mínimo, a perda do valor da moeda proveniente da inflação. Portanto, se o Estado atrasar o pagamento, deverá pagar com correção monetária.

Os Tribunais não têm hesitado em seguir esse caminho, na vigência do Plano Real. Adota-se, geralmente, a variação do IGP-M da FGV como índice para apuração da correção.” [Dialética, 7ª edição, p.412]

Outrossim, a Decisão n.º 686/99, Plenário, do Tribunal de Contas da União também se manifesta em sentido similar quanto à aplicação de multa contra a Administração pública, onde são defendidas sanções moratórias impostas à Administração no caso de inadimplência, *in litteris*:

*“[...] a cobrança de multa moratória, pela concessionárias de serviços públicos, sejam elas privadas ou integrantes da Administração Pública, em desfavor dos órgãos e entidades públicos, por atraso no pagamento.*

*[...] quando a Administração age na qualidade de usuária de serviço público, em uma relação de consumo, a eventual multa moratória decorrente de atraso no pagamento tem natureza contratual, prescindindo de previsão legal, porquanto, nessa condições, a Administração figura como parte de um contrato da natureza privada e, como tal, despida dos privilégios que caracterizam os contratos administrativos.”* [Decisão n.º 686/99, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin. D.O.U. de 08.11.1999, pg. 35-38]

Resta evidente, assim, que o Edital merece reparo neste aspecto, a fim de que sejam estabelecidos expressamente os ônus legalmente devidos pela Administração em casos de inadimplência e de mora em relação ao cumprimento da obrigação.

Acrescente-se ainda que, de acordo com o Parecer da Advocacia Geral da União n.º GQ-170, devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso em 13 de outubro de 1998, resta cristalina a legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.

Nesse passo, entendemos que deveria constar da futura minuta do contrato o seguinte:

*“O não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento sujeitará o Contratante, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, às seguintes sanções:*

- a) Multa de 2% sobre o valor devido;*
- b) Juros de mora de 1% a.m.; e*
- c) correção monetária pelo IGP-DI.”*

## **8. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS**

O item 23.2 do Edital 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**”<sup>11</sup> (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 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

---

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.

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.**”<sup>12</sup> (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

---

<sup>12</sup> 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 dos itens em comento, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato para qualquer das hipóteses.

## **9. DO CONTEÚDO DAS FATURAS**

Os itens 9.22 do Termo de Referência e 7.19 da Minuta do Contrato determinam que a nota fiscal/fatura seja emitida com número do Contrato, bem como número e data da nota de empenho.

A licitante adverte, no entanto, que as notas fiscais/faturas de telefonia obedecem a um padrão estabelecido pela Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN. Tal padronização, ressalte-se, é aprovada pelo IMETRO e certificada pelo BVQI. De acordo com o referido padrão, há um número máximo de caracteres, não havendo possibilidade técnica de se inserir mais caracteres do que o permitido.

Como é sabido, a Administração Pública tem o direito de acrescentar cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, contanto que as mesmas não ultrapassem o real objetivo que é o interesse público.

As características do contrato administrativo derivam da supremacia do interesse público sobre o particular, porém, de forma alguma, pode ocorrer a concepção autoritária do Estado. No entanto, reza a regra que a Administração Pública tem que ter cautela ao estipular cláusulas exorbitantes, para que não cause prejuízo a ela mesma. Neste caso em testilha, constatou-se no edital, exigência que compromete todo o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato.

Assim, ao fazer constar obrigação editalícia que não poderá ser cumprida por nenhuma empresa, a Contratante está afrontando a Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993, norma máxima reguladora de todo de qualquer procedimento licitatório.

Assim, requer-se a alteração dos itens 9.22 do Termo de Referência e 7.19 da Minuta do Contrato, de forma que a fatura de serviços a ser emitida obedeça, tão somente, o padrão FEBRABAN.

## **10. DAS QUESTÕES TÉCNICAS**

A empresa Oi na análise criteriosa das especificações e condições gerais do objeto a ser contratado pelo CODEVASP entende que algumas exigências técnicas devem ser revistas e readequadas. Diante de tal situação, passamos a expor as nossas razões.

### **10.1 DAS CONDIÇÕES DE ENTREGA E RECEBIMENTO DO OBJETO**

No Edital e em seus Anexos não foi localizado o prazo destinado para instalação do acesso digital e ativação dos serviços objeto deste certame.

Sobre a ausência de prazo de instalação do acesso digital, devido aos ritos de instalação, esta empresa verifica a necessidade de informar algumas peculiaridades do processo, visto que o fornecimento por meio de Fibra Ótica ou Cabeamento Par Metálico carece preliminarmente de diagnóstico 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 prazo de instalação.

Além disso, a entrega dos acessos pode prever uma ampliação do Backbone da operadora, quando necessário. Como o acesso digital visa atender as demandas da CODEVASF no Piauí, julgamos como adequado uma equivalência nos prazos de instalação.



Vale ressaltar que a ausência de prazo para instalação do serviço pode estar beneficiando um possível concorrente que já possui sua rede de infraestrutura instalada nos locais de entrega e atendendo a licitante, aferindo assim o princípio da competitividade nos termos do art. 3º, § 1, Incisos I e II da lei 8666/93.

Desta forma, solicitamos que o prazo de instalação e ativação do acesso digital e demais serviços possa ser de 70 dias após a assinatura do contrato, prazo este considerado real e possível para implantação deste circuito.

## **10.2 DA COBRANÇA DA HABILITAÇÃO E DOS VALORES DO PLANO BÁSICO DAS LINHAS DIRETAS**

Informamos que por questões de isonomia a Contratada não pode oferecer descontos no PLANO BÁSICO DE SERVIÇOS para Linhas Analógicas Não Residenciais e nem pode isentar o serviço de habilitação para novas linhas, pois o ATO N° 3.430, DE 9 DE JUNHO DE 2015\_STFC Local e o ATO N° 1.082, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2015\_Revisao-VCs estabelecem os valores a serem cobrados para esse tipo de serviço. Assim, para garantir o princípio da isonomia, a Oi, entre seus clientes, não pode ofertar descontos para este tipo de serviço.

Referente ao serviço de habilitação, cabe-nos lembrar que este não será cobrado para as linhas que já se encontrarem instaladas pela Contratada, porém o campo deve existir e com o valor unitário orçado em **R\$ 47,20** para o caso de novas instalações.

Referente ao serviço de assinatura, o valor unitário bruto informado na Planilha de Formação de Preço, refletido a partir do valor líquido informado no Plano Básico, deve ser orçado em **R\$ 67,10**.

Referente ao serviço STFC Fixo-Móvel, o valor bruto informado na Planilha de Formação de Preço, refletido a partir do valor líquido informado no Plano Básico, deve ser orçado em **R\$ 0,71997**.



Portanto solicitamos que seja acrescentado no Termo de Proposta e na Planilha de Formação de Preços o campo destinado à cobrança da habilitação das linhas diretas e que todos os valores estimados sejam baseados nos valores líquidos do Plano Básico de Serviços.

### **10.3 DA COBRANÇA DO SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DO LINK**

O item 5.1.1, alínea d, do Termo de Referência prevê:

*“O serviço de instalação, ativação e operação do link deverá ser isenta de cobrança.”*

Com relação à instalação do feixe E1, por questões de isonomia, a Contratante não pode obrigar a Contratada a isentar tal serviço, mas sim, a última, poderá ou não, isentá-lo durante a disputa por lances, contanto que isso não seja mandatório.

Portanto, solicitamos a exclusão desse item do Edital e de seus Anexos.

### III. PEDIDO

Com o objetivo de que seja garantido o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi** solicita que V. S<sup>a</sup>. julgue a presente Impugnação motivadamente e no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias no Edital e demais documentos indigitados, e sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Teresina/PI, 09 de setembro 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