

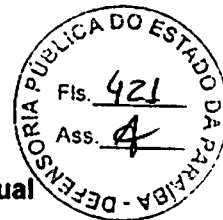
Requerente: IO MÓVEL
Assunto: REQUER IMPUGNAÇÃO
23/04/2015 13:

Destino: GEATI
00006.001569/2015-6
Doc: _____



Ilmo. Sr. Pregoeiro da Defensoria Pública do Estado da Paraíba.

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Presencial n.º 005/2015.



OI MÓVEL S.A. (incorporadora e sucessora a título universal da TNL PCS S.A. e atual denominação da 14 Brasil Telecom Celular S.A.), com sede na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Norte, Quadra 3, Bloco A, Edifício Estação Telefônica, térreo, parte 2, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.423.963/0001-11; simplesmente denominada Oi, vem, por intermédio de seu representante legal, com fulcro no art. 12, do Decreto 3.555/2000, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Defensoria Pública do Estado da Paraíba instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma presencial, registrado sob o n.º 005/2015, visando a *"formação de registro de preços para eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviço de acesso à rede mundial Internet, incluindo circuito de dados e todos os equipamentos necessários para atendimento prioritário de 94 (oitenta e quatro) unidades do órgão gerenciador, com 79 (setenta e nove) circuitos de 2Mbps, 14 (quatorze) circuitos de 10 Mbps e 01 (um) circuito de 50 Mbps, conforme especificações contidas no Termos de Referência, anexo ao Edital"*.

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

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

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

**PROTOCOLO
RECEBIDO**

EM 22/04/15
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO
Luciano Lima



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 2.2 do Edital veda a participação de empresas reunidas em consórcio.

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

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

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

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

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

“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias

do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que **apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação¹**.” (grifo nosso)

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

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

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

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

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 495.



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

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

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

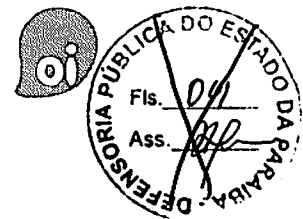
Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer a exclusão do item 2.2 do Edital, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

2. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

O item 2.3 do Edital veda a participação de empresa que esteja cumprindo suspensão temporária de participar de licitação ou contratar com a Administração Pública.

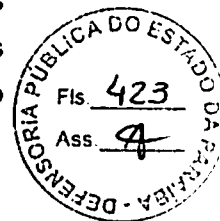
Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**.

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."²

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

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.



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 Pública.”³

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)⁴, segundo o qual os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou. Nesse sentido, destaca-se:

Informativo TCU nº 147:

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

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

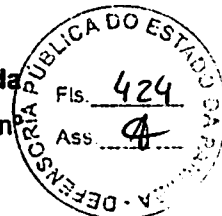
³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

⁴ Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.

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 que seja alterado o item 2.3 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 a Administração Pública em geral.

3. O IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO.

O item 2.3 do Edital veda a participação de empresas *em processo de fusão, cisão ou incorporação*.

O mesmo item também veda a participação de empresas em processo de dissolução. Neste caso, percebe-se o racional que motiva a Administração. Ora, nos casos de *liquidação e dissolução*, a pessoa jurídica está findando/extinguindo suas atividades, logo a contratação de uma licitante nesta situação poderá gerar graves prejuízos para a Administração.

Entretanto, não há razão nem embasamento legal para que a Administração inclua, em Edital de licitação, a vedação da participação de empresas *em processo de fusão, cisão ou incorporação*.



Vale mencionar, por oportuno, os conceitos legais (Lei nº 6.404/1976) de cada um destes tipos de movimentação societária:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; [...].

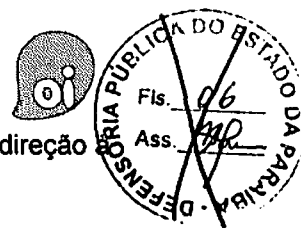
Nota-se que em todas estas movimentações societárias a Lei determina que a sociedade remanescente se responsabilize pelos deveres/obrigações assumidas pela Companhia originária. Dessa forma, não resta nenhum prejuízo para os contratantes e credores desta Companhia.

Ademais, não existe na Lei nº 8.666/93 ou em qualquer outro ato legislativo qualquer previsão que autorize a restrição ao direito de participar em licitações de empresas que estejam em movimentação societária nos tipos acima mencionados. Trata-se, assim, de previsão editalícia sem base na legalidade e na razoabilidade.

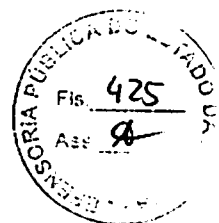
Por oportuno, vale salientar que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a "diretriz básica da conduta dos agentes da Administração" (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa,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

O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade pessoal do administrador. Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante

uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção supremacia do interesse público.



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



Vale destacar, por fim, que estas movimentações societárias são comuns na realidade do mercado mundial e brasileiro e, repita-se, a legislação salvaguarda todos os eventuais credores da Companhia.

Diante do exposto, a Oi requer a alteração no **item 2.3 do Edital**, para que seja retirada do Edital a vedação à participação de empresas *em processo de fusão, cisão ou incorporação*.

4. REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS

O Edital no item 2.5, o termo de referencia no item 12.1 e a minuta do contrato no item 7.1 preveem que os pagamentos serão efetuados, por meio de crédito em conta corrente da adjudicatária através de ordem bancária.

Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses **são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.**

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

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

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



Dentre as vantagens para o cliente estão a garantia de baixa automática das faturas no sistema das empresas Oi, em 5 (cinco) dias úteis após o pagamento. Da mesma forma, tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços garantindo a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do Edital à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 2.5 do Edital, do item 12 do termo de referencia e da minuta do contrato no item 7.1 a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

5. EXIGÊNCIA ABUSIVA

O item 5.5.3 do Edital, 12.7 do Termo de Referencia e parágrafos quinto e sexto da Clausula Sétima da Minuta do Contrato preveem que *"Na ciência de que, no preço final proposto, estão incluídos todos os tributos e demais encargos, inclusive a taxa, a ser retida na fonte, no percentual de até 1,6% (um vírgula seis por cento), nos termos do art. 13, da Lei Estadual nº 7.947, de 22 de março de 2006, com redação dada pela Lei Estadual nº 9.335, de 25 de janeiro de 2011 e leis posteriores, a crédito do Fundo de Apoio ao Empreendedorismo – FAE (vinculado ao programa EMPREENDER PB), devendo constar na Nota Fiscal/Fatura o destaque do tributo a ser retido."*

No entanto, tal previsão é abusiva, na medida em que não possui finalidade correlata à execução do objeto.

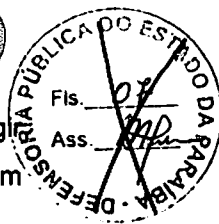
O instrumento convocatório deve se abster de incluir cláusulas e exigências desnecessárias à finalidade da contratação, bem como aquelas que frustrem o caráter competitivo do certame.

A exigência imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados.

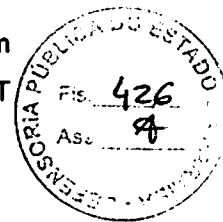
Cumprе destacar que quanto aos serviços de telecomunicações - objeto ora licitado -, estes são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

"Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras,

devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica." (grifo nosso)



Ratificando o dever do poder público de ampliar a competição entre as Operadoras, com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários, o art. 2º, inciso III, da LGT assim determina:



"Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

(...)

III - adotar medidas que **promovam a competição e a diversidade dos serviços**, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;" (grifo nosso)

Ademais, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;" (grifo nosso)



Assim, a fim de possibilitar a participação de maior número de empresas possível, faz-se necessária a exclusão da supracitada exigência.

Ademais, as causas de rescisão contratual encontram-se devidamente elencadas no art. 78, da Lei n.º 8.666/1993, a qual não prevê a "contratação de empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo contratante".

Assim, não há como a Administração instituir causa de rescisão contratual não prevista pela legislação de regência, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Neste sentido, destaca-se que a necessidade de vinculação da atuação administrativa a texto de lei se aplica à licitação no sentido de "que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais" ((CARVALHO FILHO, 2011, p. 224). Importa dizer que todo ato e procedimento adotado deverá ter embasamento legal, sob pena de não poder compor a licitação.

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

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

Desta feita, requer-se a exclusão da exigência prevista no item em comento, tendo em vista que a mesma não guarda qualquer correspondência com o objeto licitado, bem como pode ser restritiva à competitividade, além de não estar prevista em lei.

6. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA

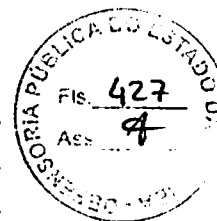
Os itens 6.3.3, 6.3.3, 6.3.5., 6.6.2 e 6.6.6 do Edital exigem a título de habilitação:

"6.3.3 Caso haja impedimento da emissão da Certidão Negativa da Filial situada neste Estado, para efeito de afastar a mora pela inadimplência, fica a Defensoria Pública do Estado da Paraíba com a faculdade de ajuizar Ação

de Consignação em Pagamento, cujo levantamento dos depósitos judiciais ficará condicionado à regular emissão de alvará judicial.”



“6.3.3 No caso do item 6.3.2, caso a empresa licitante não possua estabelecimento filial neste Estado, em sendo vencedora, e, adjudicada a licitação, deverá esta providenciar a inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS – CCICMS, como determina o art. 120, do Regulamento do ICMS – RICMS/PB, aprovado pelo Decreto Estadual nº 18.930, de 19 de junho de 1997, num prazo máximo de 30 (trinta) dias, como condição para a assinatura da ata de registro de preços, sob pena de, findo este prazo, serem chamadas as empresas, sucessivamente, na ordem de classificação das propostas de preços, e pelo preço proposto por cada uma delas, cabendo-lhes observar o disposto neste item, pelo mesmo prazo assinalado, hipótese em que, transcorrido sem a efetiva comprovação perante a Defensoria Pública do Estado de que cumpriu a exigência legal, caducará o seu direito.”



“6.3.5 O prazo de que trata o item 6.3.4 começará a contar da data da ciência formal de ato convocatório, preferencialmente encaminhado por via postal, com aviso de recebimento, e, caso frustrada a tentativa de notificação, na data da publicação de edital específico para este fim no Diário Oficial do Estado da Paraíba.”

“6.6.2 Os atestados de capacidade técnica, quando se tratar de emissão por órgão público, deverão ser emitidos por servidor público que, à época da sua emissão, efetivamente atuava como responsável pelo recebimento de materiais, obras ou serviços, ou como presidente de comissão de recebimento, nos termos do que prescreve o art. 73, da Lei de Licitações. Deverá o atestado vir acompanhado de cópia do contrato administrativo, e aditivos (se houver), e/ ou seu substitutivo, no caso, nota(s) de empenho, ou ordem(ns) de compra(s) e cópia da portaria de designação do servidor para exercer essa atribuição. A apresentação de atestado de capacidade técnica assinado pela autoridade superior do órgão emitente que constar no contrato administrativo ou na nota de empenho, na condição de ordenador de despesa, desobriga o licitante à apresentação de cópia da portaria de nomeação da referida autoridade. Em resumo, deverá a empresa licitante apresentar:

- a) Atestado(s) de Capacidade Técnica - ACT, cujo somatório represente o mínimo exigido no item 6.6.1;



- b) Contrato(s) administrativo(s) OU nota(s) de empenho relacionado(s) ao respectivo atestado;
- c) Portaria de nomeação ou de designação do servidor subscritor do Atestado de Capacidade Técnica, com atribuições de receber materiais ou serviços e atestar a execução dos objetos de aquisição ou obrigação de fazer (serviço). Fica dispensada a portaria somente no caso do ACT ser assinado pelo próprio ordenador de despesas."

"6.6.6 No caso de obras e serviços de engenharia, o licitante deverá apresentar: (a) declaração por escrito de engenheiro responsável pela operação técnica da empresa licitante, conforme modelo do Anexo IX, ou, caso pertença ao quadro permanente da empresa licitante, cópia autenticada da Carteira de Trabalho (CTPS) em que conste a licitante como contratante, ou, ainda, contrato de prestação de serviços, assinado pelas partes, e duas testemunhas com todas as assinaturas com firmas reconhecidas; (b) apresentar Certidão de Acervo Técnico – CAT, com base nas atividades desenvolvidas e registradas na Anotação de Responsabilidade Técnica tanto da empresa como do engenheiro, emitida por órgão competente, que indique terem estes efetuado serviços relacionados com execução de serviços com características semelhantes aos serviços descritos neste edital; (c) apresentar Atestado de Visita Técnica, assinado pelo setor competente, conforme modelo do ANEXO XI."

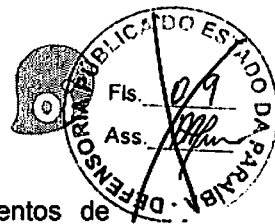
No entanto, estas exigências vão além do rol previsto nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

Vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93⁵ e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista 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*.**

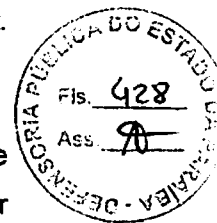
Com efeito, o elenco dos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações deve ser pautado como máximo, ou seja, o Edital não poderá exigir mais do que ali previsto.

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

⁵ 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.



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 Federal⁶.



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.

Certamente não é o caso da exigência habilitatória prevista nos itens 6.3.3, 6.3.3, 6.3.5., 6.6.2 e 6.6.6 do Edital, a qual não guarda compatibilidade com o objeto licitado, razão pela qual é totalmente dispensável.

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 das exigências previstas nos **itens 6.3.3, 6.3.3, 6.3.5., 6.6.2 e 6.6.6 do Edital**, posto que vão além do rol previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

7. INEXISTÊNCIA DE APLICAÇÃO DA ALTERNATIVIDADE ESTATUÍDA NOS INCISOS II E III DO ART. 29 DA LEI DE LICITAÇÕES

O Edital estatui no item 6.3.1 alíneas “f.2” e “f.3” que:

⁶ “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)



“f.2) Certidão Negativa de Débitos de Tributos Estaduais, emitida pela Fazenda Estadual **de onde se situar o estabelecimento da empresa licitante;**”

“f.3) Certidão Negativa de Débitos de Tributos Municipais, emitida pela Fazenda Municipal **de onde se situar o estabelecimento da empresa licitante.**”

O item 6.3.2 do Edital no mesmo sentido dispõem;

“No caso de empresa participante do processo licitatório, com matriz situada fora do Estado, mas que possua uma ou mais filiais no território do Estado da Paraíba, **e seja contribuinte do ICMS, quanto aos serviços de comunicação e de transporte**, caso disso se trate o objeto do certame, deverá apresentar, **no momento do pagamento**, também, a comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual da Paraíba dentro do prazo de validade, para cada uma delas. **O disposto neste subitem não se aplica caso o objeto da licitação não seja a prestação de serviços sujeita à incidência do ICMS.**”

Ocorre que as referidas disposições colidem frontalmente com o disposto no artigo 29 da Lei n.º 8.666/93. *In verbis*:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

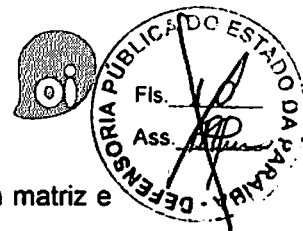
I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)”.

O dispositivo legal é claro ao determinar que os documentos de habilitação devem ser apresentados em relação ao domicílio ou sede da licitante, portanto há uma alternatividade entre um ou outro, podendo a licitante apresentar documentação da sua filial ou da matriz.



Quando o edital estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da matriz e da filial há expressa colisão com o disposto no artigo 29, incisos II e III da Lei n.º 8.666/93.

Dessa forma, quando o edital estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da matriz e da filial, para comprovação de regularidade fiscal, há incontestável colisão com o disposto no artigo 29, inciso III, da Lei n.º 8.666/93.



Vale salientar que o **Tribunal de Contas da União**, em decisão de seu Plenário (**Acórdão n. 3.056/2008**), já se posicionou no sentido de que, do ponto de vista tributário, existe diferença entre matriz e filial, mas a verificação da regularidade fiscal, para fins licitatórios, fica adstrita ao CNPJ do estabelecimento que participa do certame. Um trecho da decisão afirma:

"[...]

9. Conceitua-se matriz aquele estabelecimento chamado sede ou principal que tem a primazia na direção e ao qual estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.

10. Como filial conceitua-se aquele estabelecimento que representa a direção principal, contudo, sem alçada de poder deliberativo e/ou executivo. A filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo, porque este estabelecimento possui poder de representação ou mandato da matriz; por esta razão, a filial deve adotar a mesma firma ou denominação do estabelecimento principal. Sua criação e extinção somente são realizadas e efetivadas através de alteração contratual ou estatutária, registradas no órgão competente.

11. Deste modo, matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica, fato corroborado, inclusive, pelo art. 10, § 1º, da Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007, in verbis: [...]

12. Conclui-se que o CNPJ específico para a filial decorre somente da obrigatoriedade da citada Instrução Normativa, que impõe à todas as empresas a inscrição do CNPJ de seus estabelecimentos. O número do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ é composto de oito algarismos, separado por uma barra do número de ordem do estabelecimento e, por fim, após o hífen, dois dígitos de controle. Desta maneira, o número do CNPJ da matriz e da filial são iguais até a barra separadora. Em seguida, faz-se a diferenciação entre os estabelecimentos:



/0001 é sempre para a matriz; /0002 para a primeira filial; /0003 para a segunda filial e assim por diante. Os demais dígitos são os chamados de dígitos verificadores, específico para cada estabelecimento.

13. A diferença entre matriz e filial ganha importância quando se refere ao regime tributário, tendo em vista que uma goza de autonomia em relação à outra. Assim sendo, é que se expede uma certidão negativa ou positiva para a matriz e outra para a filial. Nesse sentido, a título de exemplo, a matriz pode apresentar débito e a filial não, e vice-versa. Deste modo, para fins licitatórios, os documentos de habilitação de licitante devem ser apresentados em nome da matriz ou da filial, não sendo permitido apresentar parte em nome da matriz e parte em nome da filial.

14. Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ."

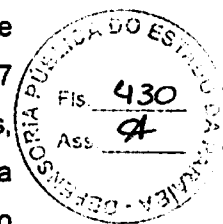
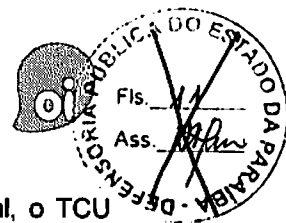
Conclui-se, assim, que, embora a diferenciação assuma relevância para fins tributários, matriz e filial, comercialmente, não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica.

Por isso, não há problema em a matriz ter sido habilitada e a filial entregar os produtos/serviços contratados. Neste sentido, tanto a matriz quanto a filial podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica.

Sobre o tema de normas gerais de licitação e contratação, Marçal Justen Filho⁷ leciona que os "*requisitos de participação em licitação*" encontram-se dentro do núcleo de certeza positiva do que seja norma geral, cuja disciplina é imposto à União e de observância obrigatória por todos os entes.

Sobre a exigência de apresentação de documentos diversos dos previstos no art. 29, da Lei n. 8.666/93, o TCU também já teve oportunidade de determinar que o órgão público licitante "abstenha-se de exigir, como condição para habilitação em licitações, documentação de regularidade fiscal além daquela estabelecida pelo art. 29 da Lei n. 8.666/1993, [...]" (Decisão n. 792/2002, Plenário).

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13ª Edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 16.



De maneira mais ampla, referindo-se não só aos documentos de regularidade fiscal, o TCU também se manifestou: "A Constituição Federal, no inciso XXI do art. 37, dispõe que o processo de licitação pública somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Neste sentido, o art. 27 da Lei n. 8.666/1993, determina que, para fins de habilitação, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e a prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Desta forma, os arts. 28 a 31, na sequência, relacionam todos documentos que poderão ser exigidos para demonstrar a regularidade nas respectivas situações" (Acórdão n. 1.729/2008, Plenário).

Dessa forma, a Oi requer a **exclusão/ adequação dos itens 6.3.1 alíneas "f.2" e "f.3" e 6.3.2** Edital para que seja obedecida a alternatividade prevista no artigo 29 da Lei n.º 8.666/93.

8 .EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

A alínea "a" do item 6.4.1 do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa válida, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452/1943.

Porém, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.

A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório.

Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente:

"Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;"



"Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943."

Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. Para sua expedição organizou-se o **Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT**, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Deste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de **execução trabalhista definitiva**.

As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas.

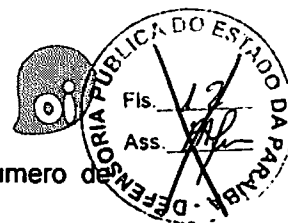
Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011:

"Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

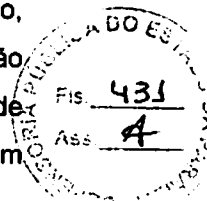
§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, **será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT**. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)" (grifo nosso)

Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta



possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

Não obstante, vê-se que a disposição do Edital fere não somente o texto legal mencionado, mas também o sentido intrínseco do dispositivo, ao não prever a possibilidade de regularização jurídica por parte das empresas licitantes por meio da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Tal determinação editalícia fere o caráter competitivo do certame no momento em que pode gerar a diminuição da participação de mais empresas na competição.



Ante o exposto, requer a adequação da alínea "a" do item 6.4.1 do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

9. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA COM LIMITAÇÕES

O item 6.6.1 do Edital exige, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação de *"O Licitante deverá apresentar atestado(s) de capacidade técnica emitido(s) em seu nome por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove(m) ter executado serviços similares ao objeto da presente licitação conforme as peculiaridades do presente Termo de Referência. Entende-se como satisfatória a apresentação de atestados de capacidade técnica, cujo somatório comprove ter executado pelo menos o quantitativo ou valor mínimo exigido a seguir"*. grifo nosso.

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, ou de natureza similar.

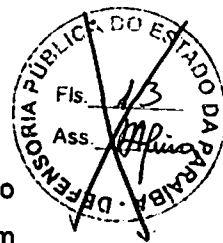
Nesse sentido, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao dispor sobre as exigências de qualificação, estabelece que:

"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)

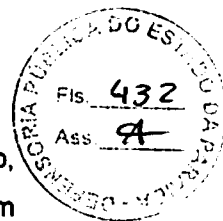
Os atos da Administração Pública, para serem válidos, devem respeitar o princípio da razoabilidade, também chamado pela doutrina de Princípio da vedação de excessos. Ou seja, as exigências perpetradas pela Administração não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

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 Dallari⁸:



“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.”**

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 argumentandum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 6.6.1 do Edital, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, não possua o limite de quantidade, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93.

10. DO EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS.

O item 9.11 do Edital prevê que recurso contra decisão do Pregoeiro não terá efeito suspensivo.

⁸ in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição, p. 88



Todavia, tal previsão não possui respaldo legal ao contrário, a Lei 8666/93 admite, em seu art. 109 §2º, a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo as alíneas "a" e "b" do inciso I da referida norma legal, a saber:

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

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

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

(...)

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

Assim, ante ao exposto, requer que seja alterado o item 9.11 do Edital garantindo-se a previsão de possibilidade de atribuição de efeitos suspensivos aos recursos, nas hipóteses elencadas pelo dispositivo legal supracitado.

11. REAJUSTE DOS PREÇOS

O item 11.1 do Edital prevê que: *"É permitida a repactuação dos preços ajustados, como forma de preservar o equilíbrio econômico-financeiro, e tem amparo especialmente no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei de Licitações, devendo ter, nesse caso, como fundamento, um fato imprevisível, ou previsível com consequências incalculáveis, que comprometa tal equilíbrio."*
Grifo nosso,

No mesmo sentido o item 4.2 da Minuta do Contrato prevê que:

4.2 - É permitida a repactuação dos preços ajustados, como forma de preservar o equilíbrio econômico-financeiro, e tem amparo especialmente no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei de Licitações, devendo ter, nesse caso, como fundamento, um fato imprevisível, ou previsível com consequências incalculáveis, que comprometa tal equilíbrio.

Tendo em vista a redação dos itens acima expostos cumpre esclarecer que, o REAJUSTE, representa uma cautela prévia para impedir o rompimento do referido equilíbrio, materializado na aplicação periódica e automática, sobre os preços contratados, de um Índice de preços

setorial ou geral (art. 55, inciso III, Lei de Licitações) que reflita as variações dos custos de produção.

Amparando-se, diferentemente, no artigo 65, inciso II, alínea "d", a REPACTUAÇÃO pressupõe que o equilíbrio econômico-financeiro (para cuja manutenção concorre o reajuste) foi rompido por fato superveniente e imprevisível, ou previsível, mas de consequências incalculáveis.

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

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

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

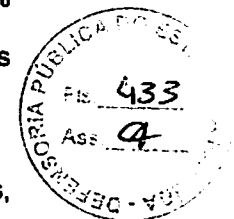
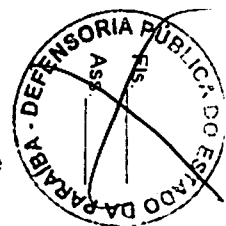
A Lei n.º 8.666/93, em seu inciso XI do art. 40, determina a obrigatoriedade do Edital conter, dentre outros, "o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de Índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta,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

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

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

Para Marçal Justen Filho:

"O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que





produziria ou a seleção de proposta inexecutável ou a distorção da competição⁹."

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

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

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

Ocorre que considerando o objeto do edital tratar-se de SCM, e sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o Índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI

Ante o exposto, requer a adequação do **item 11.1 do Edital** e do **item 4.2 da Minuta do Contrato**, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

"A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como Índice de reajuste o IGP-DI".

12. PRAZO PARA REPARO

O item 3.16.3 alínea "a" do Termo de referência estipula que o prazo máximo para reparo deverá ser de 6 horas.

No mesmo sentido o item 10.1.1 alínea "c" da Minuta do contrato prevê que é obrigação da contratada:

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

"executar, imediatamente, os reparos que se fizerem necessários quanto ao objeto contratado ou pagar em dobro o custo desses reparos, se a Contratante os fizer, independentemente das penalidades cabíveis;"

Nesse diapasão, é mister trazer à baila a Resolução n.º 574/2011 da Anatel, que estabelece o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM), *in verbis*:

"Art. 25. As solicitações de reparos por falhas ou defeitos na prestação do serviço devem ser atendidas em até vinte e quatro horas, contadas do recebimento da solicitação, [...]" (grifo nosso)

Portanto, é patente que o período de reparo previsto no instrumento convocatório está em desacordo com o período estabelecido na Resolução n.º 574/2011 da Anatel, posto que essa determina que o atendimento de reparo deve se dar em até 24 (vinte e quatro) horas para o SCM, contadas da solicitação do usuário.

Ante o exposto, requer a alteração do item 3.16.3 alínea "a" do Termo de Referência e do item 10.1.1 alínea "c" da Minuta do contrato, de forma que o período de reparo seja de até 24 (vinte e quatro), contadas da solicitação, nos termos das determinações da Agência Reguladora do Setor de Telecomunicações.

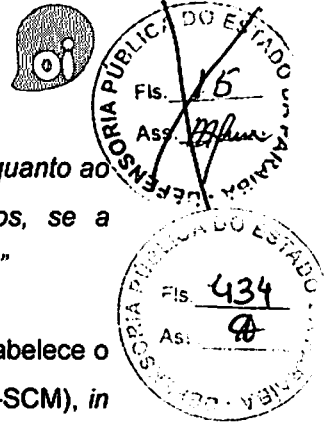
13. DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA

O Termo de Referencial, no item 12.2, *exige, para efeitos de pagamento, a apresentação de nota fiscal emitida no CNPJ da empresa contratada.*

A mencionada exigência, no entanto, não encontra previsão legal e, além disso, se mostra ofensora a prescrições licitatórias e tributárias. Vejamos.

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

Dessa forma, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. CELSO ANTÔNIO





BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 108) define com clareza que "o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina". Com isso, verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

Do ponto de vista licitatório, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93 possibilita, ao participante da licitação, que comprove sua regularidade fiscal com documentação **do domicílio ou da sede**. Portanto, cabe à proponente a alternativa na apresentação de um ou outro, ou seja, tem a licitante a prerrogativa, autorizada em lei, de apresentar **documentação da sua filial ou da matriz**.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já se manifestou afirmando "[...] que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ." (Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário).

Vale salientar que **matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas**. A matriz e a filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica (TCU, Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário). Por isso, não há óbice em o estabelecimento matriz ter sido habilitado e a filial entregar os produtos/serviços contratados.

Entretanto, *no que concerne à questão tributária*, a diferenciação matriz/filial assume relevância. Isto porque, sendo os serviços de telecomunicação tributados por ICMS (art. 155, II, da CF/88), imposto estadual, **cada filial é contribuinte no Estado em que domiciliada**.

Melhor explicando: não obstante o CNPJ da matriz conste da Fatura apresentada, mensalmente, à Administração Pública, as notas fiscais, em atendimento à legislação que regula o recolhimento dos tributos incidentes sobre os serviços prestados (telecomunicação), são emitidas em cada local da prestação do serviço.

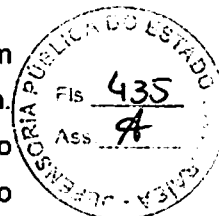
Assim, uma vez que o ICMS é incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicações e sendo esse um tributo de competência estadual, em cada Estado onde o serviço de telecomunicações é prestado pela Oi, se dá a emissão da nota fiscal correspondente, razão pela qual as notas fiscais são emitidas pelas filiais.

Diante do exposto, ao emitir a nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado pela Oi - Matriz, a Oi nada mais faz do que cumprir os pressupostos legais que regem

a matéria tributária, sem prejuízo da Lei n. 8.666/93 que, como se vê aqui, igualmente encontra-se observada em sua íntegra.



Assim, frise-se, não obstante a participação da proponente no certame licitatório se dê com apresentação de seus documentos da matriz OU da Filial, na forma do artigo 29 da Lei n. 8.666/93, as notas fiscais devem ser emitidas no CNPJ da filial do local onde é prestado o serviço, pois é este estabelecimento, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, o contribuinte de ICMS para o Estado.



Diante do exposto, requer a alteração do item 12.2 do Termo de Referência para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato possa ser firmado pela matriz na forma do art. 29 da Lei n. 8.666/93.

14. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 12.3 do Termo de Referência e o parágrafo segundo da cláusula sétima da minuta do contrato estabelecem que a Contratante deverá apresentar os comprovantes 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 item 12.3 do Termo de Referência. 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"¹⁰.

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.

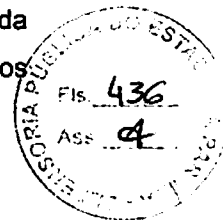
Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

*"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."*¹¹

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

Diante disso, requer a alteração do item 12.3 do Termo de Referência e do parágrafo segundo da cláusula sétima da minuta do contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).



15. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

O item 12.6 do Termo de Referência prevê que:

“Nenhum pagamento será efetuado à CONTRATADA, enquanto pendente de liquidação de qualquer obrigação financeira que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência.”.

No mesmo sentido os itens 12.9 e o parágrafo nono da cláusula sétima da minuta do contrato preveem que

“12.9 A CONTRATANTE reserva-se o direito de não efetuar o pagamento se, no ato da atestação, os bens entregues não estiverem em perfeitas condições ou de acordo com as especificações apresentadas e aceitas pela CONTRATADA.”

Nesta linha o item 12.10 do Termo de Referência e o parágrafo decimo da cláusula sétima da minuta do contrato estabelecem:

“12.10 Nenhum pagamento será efetuado à CONTRATADA enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira que lhe tenha sido imposta, em virtude de penalidade por inadimplemento, até que o total de seus créditos possa compensar seus débitos, podendo a CONTRATANTE deduzir da importância a pagar os valores correspondentes a multas ou indenizações devidas pela CONTRATADA nos termos do presente ajuste”.

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.**

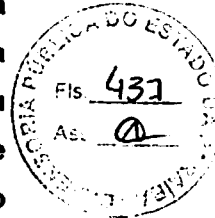


Nesse sentido, deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos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

Esse é entendimento recentemente esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que a perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à Contratada, mas **não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados:**

“Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, **relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf)**. A consulente registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no SicaF”. Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as 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 da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, **ressaltou a necessidade de os órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluírem, “nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”, além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais “podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento”.** Caso contrário estaria a Administração incorrendo em

enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consultante que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) "... 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) "... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral 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 já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93)". (Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012) (grifo nosso)



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 pelos 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)

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 dos itens 12.6, 12.9 e 12.10 do Termo de Referência e dos parágrafos nono e decimo da cláusula sétima da minuta do contrato.

16. SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

Da análise do item 12.11 do Termo de Referência e do parágrafo decimo primeiro da minuta do contrato verificasse que:

"Nos casos onde ocorram eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação das seguintes fórmulas."

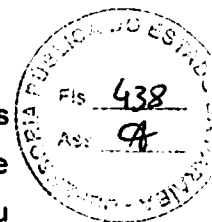
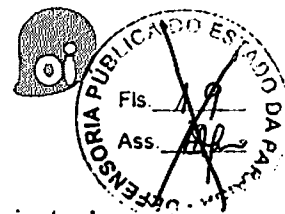
Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que "o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

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

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

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

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 12.11 do Termo de Referência e do parágrafo decimo primeiro da minuta do contrato referente ao ressarcimento por 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.

17. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O item 12.12 do Termo de Referência e parágrafo decimo terceiro da minuta do contrato estipulam que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção.

Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa.

Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

Diante disso, requer a adequação do item 12.12 do Termo de Referência e do parágrafo decimo terceiro da minuta do contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

18. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

Da análise das alíneas "h" e "j" da cláusula decima da minuta do contrato, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a terceiros, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo.

Insta esclarecer que a previsão contida no referido item é desproporcional, pois prevê que a Contratada deverá arcar com **QUALQUER perda ou prejuízo** sofrido pela Contratante.

Contudo, importante destacar que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrente diretamente de sua culpa ou dolo, o que evidencia a ilegalidade dos itens em exame, nos termos do art. 70 da Lei n.º 8.666/93:

"Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado." (grifo nosso)

Nesse sentido, cumpre colacionar o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do tema:

"O particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros. O regime jurídico aplicável, porém, exige esclarecimento.

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorressem dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração."¹² (grifos nossos)

Diante disso, cumpre trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União:

"Detectadas falhas em procedimento licitatório no qual não se apurou dano ao Erário, tampouco se vislumbrou dolo ou má-fé na atuação dos responsáveis, cumpre expedir determinações corretivas a entidade. (Acórdão n.º 2664/2007, Plenário)

Portanto, é evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



Ressalte-se que o dano direto é aquele que produz no bem imediatamente em consequência do evento determinante, enquanto que no dano indireto, o prejuízo só se verifica como consequência posterior.

Assim, caso tenha sido causado dano diretamente à Administração ou a terceiros, sem restar comprovada a culpa ou dolo da Contratada, a Contratante não poderá exigir indenização dos eventuais prejuízos causados, mas apenas determinar à Contratante a adoção de medidas corretivas.

Diante do exposto, requer sejam alteradas as alíneas "h" e "j" da cláusula decima da minuta do contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

19. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS

O item 10.10 alínea "b" Termo de Referência determina que a contratara:

"Não subcontratar, ceder ou transferir, total ou parcialmente, o compromisso a ser assumido, exceto se autorizado pela Administração."

No mesmo sentido a alínea "h" da cláusula decima terceira da minuta do contrato estipula que:

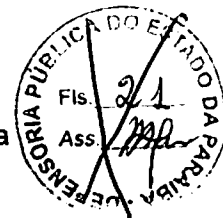
"h) subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação da CONTRATADA com outrem, a cessão ou transferência parcial ou total, bem como a fusão, cisão ou incorporação, sem a anuência expressa da CONTRATANTE;"

A seu turno, o item 7.1.5 do Termo de Referência prevê como responsabilidade da Contratada "não transferir a outrem, no todo ou em parte, o objeto do presente termo, salvo mediante prévia e expressa autorização do DNIT", disposição esta também contida no item 2.1.8 da Cláusula Segunda da Minuta de Contrato.

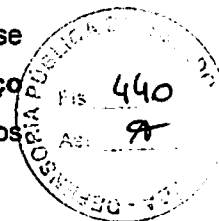
Nesse sentido, cumpre trazer à colação a redação do artigo 72 da Lei n.º 8.666/93:

"Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra,

serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração." (grifo nosso)



Ora, além da Lei prever que a Administração permita ao ente privado, que queira contratar consigo, subcontratar apenas partes dos serviços, tem-se que essas fases ou etapas devem se remeter à atividade meio do serviço licitado, **sendo vedada a subcontratação do serviço todo ou a atividade fim que a Administração está a licitar**, tendo em vista a análise dos critérios de habilitação para que a Administração contrate um ente privado realmente idôneo.



Nesse sentido é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca da subcontratação:

"A hipótese torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de 'terceirização', que deriva dos princípios da especialização e da concentração das atividades. Em vez de **desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores**". [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª edição, p.757] (grifamos)

Assim, está ratificada a impossibilidade da subcontratação, pela Contratada, de serviço ou atividade fim.

Neste diapasão, cumpre colacionar jurisprudência do TCU com o mesmo entendimento:

"É ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência." (Acórdão nº 3.475/2006, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer)

"(...) firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/96." (Acórdão nº 909/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)



Todavia, deve-se solicitar a alteração dos itens 10.10 alínea "b" Termo de Referencia e da alínea "h" da clausula decima terceira da minuta do contrato, para que fique expressa a vedação à subcontratação total ou parcial de serviços telefônicos, nos termos do art. 72 da Lei n.º 8.666/93.

IMPUGNAÇÃO ITENS TÉCNICOS

20.DO LOCAL, PRAZO E CONDIÇÕES DE ENTREGA DOS PONTOS

O prazo de instalação exigido no subitem abaixo é exíguo para implantação do circuito de Internet. Dessa forma, cabe impugnação:

"Página 31, subitem - 7.2 - Prazo para instalação inicial dos acessos será de no máximo de 45 (quarenta e cinco) dias corridos, contados a partir da assinatura do contrato."

Em análise ao subitem acima especificado, constatamos exíguo prazo de instalação para o objeto ora licitado. Considerando as demais exigências complementares à composição do serviço de Internet, principalmente no que diz respeito à velocidade do site em João Pessoa - SEDE, a qual demandará execução de obra de implantação de meio de acesso por fibra ótica, devido à velocidade de 50Mbps, a proponente não tem, nesse exíguo lapso de tempo, condições de implantar toda essa infraestrutura e os recursos necessários à sua implementação.

Diante disso, a Oi requer a alteração do prazo de instalação para até 90(noventa) dias da emissão da nota de empenho, e a republicação do edital.

21.DA DISPONIBILIDADE DA REDE (ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS)

O item 3 e em seus subitens, iniciados na página 26 do edital prevê as seguintes especificações:

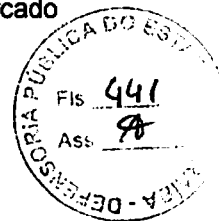
Página	Subitem / Alínea	Especificações	Condições	Valores
26	3.16.1 / a	Latência	Deverá ser menor que	100 (Cem) milissegundos
26	3.16.2 / c	Taxa de Erros de bits (BER)	Não poderá ser igual ou superior a	10 ⁻⁶
27	3.16.3 / a	Do tempo de reparo	Deverá ser de no máximo	6 Horas



Na leitura das especificações acima, identificamos índices de níveis de serviços extremamente exigentes, considerando o tipo de serviço a ser prestado, bem como os praticados no mercado e compatíveis às normas técnicas vigentes para o setor.

Os serviços deverão atender aos seguintes:

1. Latência deverá ser menor que 100ms;
2. Taxa de Erros de bits (BER) não poderá ser igual ou superior a 10^{-6} ;
3. O tempo de reparo deverá ser de no máximo 6 horas.



Os serviços, objeto do certame nesta especificado, são atendidos mediante uma série de recursos, a saber:

- a. Distância do cliente ao Backbone da rede Internet da Operadora;
- b. Meio de acesso para interligação do ponto cliente ao backbone da Operadora;
- c. Distância entre municípios relacionados ao quantitativo operacional para cobrir todos os endereços indicados neste edital.

Os recursos acima possuem níveis de serviços proporcionais as suas condições de atendimento, dentre as quais, o da alínea "a", relacionado ao tempo de latência, constatamos ser tal exigência fora do padrão praticado para o tipo de solução solicitada, tendo como princípio básico à distância, equipamentos e possíveis interferências naturais referentes às características geográficas e das condições climáticas que afetam a qualquer meio de acesso disponível a este tipo de solução, sendo praticamente impossível que qualquer operadora garanta este nível de SLA especificado a todos os endereços a serem atendidos. Solicitamos que o tempo máximo de latência indicado no Termo de Referência deste edital seja alterado para 180 ms.

Da mesma forma, trata-se a Taxa de Erro de bits (BER), que relacionado às mesmas condições, também é fato garantir que é praticado no mercado a não superioridade do valor de 10^{-6} , porém podendo chegar a igualar a este valor, sem ser considerado como indisponibilidade do serviço.

Já referente a alínea C, relacionada ao tempo de reparo, deva ser considerado a distância entre municípios, que na maioria das localidades especificadas no LOTE 2, torna este prazo curto para atendimento, sendo uma indicação de prazos, ou seja, a manutenção do prazo de 6 horas para o LOTE 1 e de no máximo 12 horas para o LOTE 2.

Nesse sentido, espera-se que o entendimento dessa estimada comissão, para o pleno atendimento dos serviços ora licitados, seja de que os índices nesta questionados, estão além do tecnicamente praticados no mercado de telecomunicações.



Desta forma, requer esta postulante, adequar os referidos índices conforme descrito a baixo e a republicação do edital.

1. Latência deverá ser menor que 180ms;
2. Taxa de Erros de bits (BER) não poderá ser superior a 10^{-6} ;
3. O tempo de reparo deverá ser de no máximo 6 horas para os endereços do LOTE 1 e de no máximo 12 horas para os endereços do LOTE 2.

22.DA DISPONIBILIDADE DA REDE (INFRAESTRUTURA)

De acordo com o subitem 3.20, na página 29, do Termo de Referência, a Contratada deverá ser responsável pela infraestrutura de instalação de equipamentos nas unidades da Contratante, onde parte desta infraestrutura é colocada como "andar térreo e outros e outros itens não discriminados neste documento".

Contudo, a expressão "andar térreo e outros e outros itens não discriminados neste documento", tratam-se de termos genéricos, tendo em vista que não existe em nenhuma parte do edital e de seus anexos, a discriminação técnica sobre que tipo de itens deva ser atendidos, dificultando o estudo de viabilidade econômica que será a base para proposta de preços, a ser apresentada neste certame.

Com efeito, é necessário destacar que é dever da Contratante inserir no Termo de Referência todos os elementos necessários e suficientes para caracterizar o objeto licitado, nos termos do art. 6, inciso IX, da Lei n.º 8.666/93, sem os quais nem a Administração define como deve ser o objeto que atenderá ao interesse público, nem oferece aos licitantes todas as informações indispensáveis para a elaboração de suas propostas, seja do ponto de vista técnico ou comercial.

Assim, resta claro que o procedimento licitatório em voga não poderá prosseguir nos presentes termos, em razão da ausência de informações indispensáveis acerca do objeto licitado.

O art. 40, I da Lei n.º 8.666/1993 determina que o objeto da licitação deva esta constar do Edital em descrição sucinta e clara. É elemento vital do Edital, onde se define o fim da licitação, como se pode observar da leitura do art. 14 da Lei de Licitações:

"Art. 14 Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa."

No mesmo sentido encontra-se o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho acerca do objeto da licitação:

*"Importa, pois, salientar que o procedimento da licitação tem caráter instrumental, porquanto espelha um meio para que a Administração alcance fim por ela colimado. Em virtude desse fato é que o objeto da licitação deve ser bem definido no instrumento convocatório (art. 40, I, do Estatuto), o que serve também para que as propostas sejam objetivamente julgadas."*¹³

Hely Lopes Meirelles também alinhava que:

*"A definição do objeto é, pois, condição de legitimidade da licitação, sem a qual não pode prosperar o procedimento licitatório, qualquer que seja a modalidade de licitação. É assim porque sem ela torna-se inviável a formulação das ofertas, bem como seu julgamento, e irrealizável o contrato subsequente."*¹⁴

Não obstante, verifica-se da análise do objeto da presente licitação que este não foi suficientemente claro. Como se observou dos trechos acima colacionados, o objeto necessita ser estritamente definido, com detalhes suficientes para garantir a correta formulação de propostas e seu correto cumprimento.

Cumpre ainda ressaltar que a indefinição do objeto da licitação pode implicar na formação de contrato deficitário, dificultando ou, até mesmo, impedindo sua execução. Por isso urge a necessidade de que o objeto seja claro e permita a franca participação das empresas interessadas, garantindo assim a competitividade do certame.

Deste modo a definição clara do objeto é obrigação que decorre da aplicação dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. A ausência de objeto bem definido na licitação pode ser considerado vilipêndio direto a tais princípios, além de comprometer o procedimento licitatório e a própria execução do contrato.

Nesse sentido, vale trazer o entendimento do TCU sobre a necessidade de clareza na definição do objeto:

"Com essas informações o que se conclui é que a definição do objeto não atendeu às disposições legais pertinentes, haja vista que careceu de precisão, suficiência e clareza, o que interfere diretamente na transparência do certame e na observância dos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo." (Acórdão 531/2007 - Plenário)"

Por fim, diante de todo o exposto, requer a adequação do subitem 3.20, do referido Edital e Termo de Referência, para tanto, sugerimos o texto descrito abaixo, em substituição ao atual:

"A infraestrutura de instalação de equipamentos até o quadro de entrada nas unidades é de responsabilidade da CONTRATADA como, por exemplo: rede de cabos metálicos específicos ou de fibras ópticas (quando necessário), elos metálico-ópticos, braçadeiras, conectores, parafusos de

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 223-224.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 14ª Ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 51.



fixação, tubulações, planilhas de identificação, lançamento de cabos, a fim de viabilizar a implantação e correta instalação/identificação dos equipamentos necessários ao circuito de comunicação."

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi 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.

João Pessoa/PB, 22 de Abril de 2015.

Ana Kelly F. Lemos

Ana Kelly F. Lemos
Diretora da Cí-
Gerência de Neg-
Mat. 44-1
Operários
Tribos - NE