



Ilmo. Sr. Pregoeiro do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 131/2014

Oi S.A., sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, parte, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 131/2014, visando a “contratação de 3 (três) *links* (enlaces) de acesso à Internet”.

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.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. EXIGÊNCIA EXCESSIVA

O Item 2.3 e 8.2 “c” do Edital e a Cláusula nona item 9.1.7 da Minuta do contrato vedam a participação de empresa que possua, entre seus sócios, servidor ou dirigente do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

Por outro lado, o Item 15.1 do Edital e a Cláusula Décima Primeira item 11.1 da Minuta do contrato determinam como causas de rescisão contratual, as constantes da L. 8666/93 e do art. 7º Resolução do TSE nº 23.234/2010. O inciso II do citado artigo da Resolução prescreve é vedado à Administração contratar com empresa que tenha entre seus sócios, ainda que sem função gerencial, servidor, 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 Tribunal.

Ocorre que, tal exigência mostra-se excessiva, na medida em que não possui finalidade correlata à execução do objeto.



Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como vínculo empregatício de seu quadro acionário, o que inclusive, não é informado quando da aquisição das ações pelo público em geral.

Nesse contexto, é relevante destacar que 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.

Cumprido 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 n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991;” (grifo nosso)

Inexiste no mercado uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Importante observar, por fim, que toda atividade administrativa vincula-se ao Princípio da Legalidade, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5º, incisos II e XXXV, e 37. Assim, as causas de rescisão contratual estão enumeradas no art. 78 da L. 8666/93 e não englobam, em nenhum de seus incisos, a previsão de rescisão constante no Item 15.1 do Edital e na Cláusula Décima Primeira item 11.1 da Minuta do contrato.



Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista nos itens em acima enumerados.

2. EXIGÊNCIA EXCESSIVA

O Item 15.1 do Edital e a Cláusula Décima Primeira item 11.1 da Minuta do contrato determinam como causas de rescisão contratual, as constantes da L. 8666/93 e do art. 7º Resolução do TSE nº 23.234/2010

Por sua vez, o citado artigo da resolução, no seu inciso I determina que é vedado à Administração contratar com empresa que tenha entre seus empregados 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 juizes vinculados ao respectivo Tribunal.

Ocorre que não é possível obrigar as operadoras de serviços de telecomunicações do porte da Oi a prestar declarações deste tipo, pois não é viável a promoção de investigação de "árvore genealógica" de todos os seus 13 mil funcionários para constatar eventual descumprimento à condição acima transcrita.

Imagine-se o dispêndio de dinheiro e tempo que esta pesquisa demandará e, principalmente, sem qualquer justificativa e relação com o objeto contratado, não sendo razoável a manutenção desta exigência.

Oportuno lembrar que conforme art. 9º da lei 8.666/1993 o impedimento de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou de execução do serviço restringe-se às seguintes pessoas:

"Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação."

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

Ademais, importante observar que toda atividade administrativa vincula-se ao Princípio da Legalidade, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5º, incisos II e XXXV, e 37. Assim, as causas de rescisão contratual estão enumeradas no art. 78 da L. 8666/93 e não englobam, em nenhum de seus incisos, a previsão de rescisão constante no Item 15.1 do Edital e na Cláusula Décima Primeira item 11.1 da Minuta do contrato.

Ante o exposto, a Oi requer a exclusão da exigência prevista no Item 15.1 do Edital e na Cláusula Décima Primeira item 11.1 da Minuta do contrato em atendimento ao princípio da legalidade.

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

O Item 8.3 "b" 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 n.º 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 n.º 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 do Item 8.3 “b” 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.



4. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA

O Item 8.3 "c" e "d" do Edital preveem a consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União e ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça como requisitos de habilitação.

Primeiramente, vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93¹ e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88. São, portanto, os requisitos de habilitação previstos no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 são numerus clausus.**

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

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

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal².

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 das exigências habilitatórias previstas no Item 8.3 "c" e "d" do Edital, as quais não guardam compatibilidade com o objeto licitado, razão pela qual são totalmente dispensáveis.

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

"No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, 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 argumentandum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ante o exposto, requer a exclusão das exigências previstas no Item 8.3 "c" e "d" do Edital posto que não estão relacionadas diretamente com a execução do objeto, bem como vão além do rol previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

5. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

¹ 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.

² Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (...)" (grifamos)



O Item 8.4 do Edital determina que para fins de habilitação, será exigido, ainda, do licitante cadastrado documento de outorga da Anatel informando que o licitante é autorizado a comercializar serviços de acesso à Internet.

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

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

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

Vale destacar, ainda, que é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal^[1]. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante.

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

6. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O Item 10.3 "b", "c" e "d" do Edital e a Cláusula Décima item 10.3 "b", "c" e "d" da Minuta do contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

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

"Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**"³ (grifo nosso)

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

^[1] "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)

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.



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

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

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

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de triplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.**”⁴ (grifo nosso)

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

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

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

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

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

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

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

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



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

Por todo o exposto, requer a adequação do Item 10.3 “b”, “c” e “d” do Edital e da Cláusula Décima item 10.3 “b”, “c” e “d” da Minuta do contrato para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

7. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS

O Item 12.1.8 do Edital e a Cláusula Nona item 9.1.8 da Minuta do contrato tratam acerca da figura da subcontratação.

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 do Item 12.1.8 do Edital e da Cláusula Nona item 9.1.8 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.



8. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

Os Itens 13.1, 13.3 e 13.4 do Edital e a Cláusula Quinta itens 5.1, 5.2 e 5.3 da Minuta do contrato preveem hipóteses de retenção de pagamentos.

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 de 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 consulente 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:

S



"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 13.1, 13.3 e 13.4 do Edital e da Cláusula Quinta itens 5.1, 5.2 e 5.3 da Minuta do contrato.

9. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 13.1 do Edital determina que o pagamento se dará mediante ordem de pagamento.

O procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações é o pagamento **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.**

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais



e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

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

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

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

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

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do Item 13.1 do Edital a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

10. DA GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

O Item 13.6 do Edital e a Cláusula Quinta item 5.5 da Minuta do contrato tratam acerca da hipótese de garantia em caso de atraso no pagamento.

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 conseqüências de sua inexecução total ou parcial".

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas conseqüências. 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 adequação do Item 13.6 do Edital e da Cláusula Quinta item 5.5 da Minuta do contrato referente ao ressarcimento nos casos de 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.



11. REAJUSTE DOS PREÇOS

O Item 16.1 do Edital e a Cláusula Décima Segunda item 12.1 da Minuta do contrato definem como índice de reajuste o IPCA.

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 competição⁵.”

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 16.1 do Edital e a Cláusula Décima Segunda item 12.1 da Minuta do contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.



“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. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

A Cláusula Quinta item 5.3 da Minuta do contrato exige a comprovação mensal de regularidade fiscal/trabalhista, através de certidões.

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 16.1 do Edital. 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”⁶.

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:

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.



“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.”⁷

Diante disso, requer a alteração Cláusula Quinta item 5.3 da Minuta do contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

13. DOS ITENS TÉCNICOS DO EDITAL

13.1. O item 12.1.5.3 do Edital determina que:

12.1.5.3. após a abertura do chamado, o licitante vencedor terá o prazo de 1(uma) hora para prestar o atendimento inicial, e de 4 (quatro) horas para resolução do problema;

O prazo estipulado não está de acordo com o SLA de melhores práticas de atendimento. É de nosso entendimento que o atendimento em 4 horas torna o projeto mais oneroso, prejudicando a Administração na escolha da proposta mais vantajosa, objetivo maior do processo licitatório.

Desta forma requer que seja alterado o período para que seja concluído o fornecimento de serviço em até 5 horas para capital e até 7 horas para interior, resultando em um período usual, praticado e validado pelo mercado.

13.2. O item 1.1.7 da Minuta de Contrato prescreve o que se segue:

1.1.7. a disponibilidade mínima de cada link deverá ser de 99,7% (noventa e nove vírgula sete por cento), a ser medida mensalmente, sem a aplicação de qualquer restrição de trafegabilidade em função de características ou sentido de fluxo de dados;

A necessidade da disponibilidade de 99,7% implica em uma dupla abordagem de fibra. É de nosso entendimento que esta configuração torna o projeto mais oneroso, prejudicando a Administração na escolha da proposta mais vantajosa, objetivo maior do processo licitatório.

Assim, requer seja alterada a disponibilidade para 99,4% pois é um valor já comumente utilizado e validado pelo mercado, sendo mais vantajoso para este respeitável órgão licitante.

13.4. O item 12.1.2 do Edital determina que:

12.1.2. concluir os serviços de instalação do(s) enlace(s) em até 30 (trinta) dias, contados do recebimento, pela Contratada, do contrato devidamente assinado pelos representantes do TRESA;

No entanto, tendo em vista a complexidade do objeto licitado, por razões de ordem técnica e operacional, entende-se que o prazo acima citado não é suficiente para que a Contratada providencie a implantação do serviço. Isso porque a necessidade de fibra de contingência requisitada impacta no prazo de instalação; assim, necessário se faz um prazo mínimo de 60 (sessenta) dias corridos para a disponibilização bem como para as configurações que se façam necessárias.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.



Desta forma solicitamos que seja alterado o prazo para que seja concluído o fornecimento de serviço para até 60 dias corridos.

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.

Florianópolis/SC, 15 de setembro de 2014.

PAULO SERGIO ALVES DE MORAES
EXECUTIVO DE NEGÓCIOS

RG nº 17061796-8 SSP/SP

CPF nº 097.323.788-08

PROCURADOR

TEREZA ELIZABETH BATISTA M. MACHADO
ESPECIALISTA EM LICITAÇÃO

CPF nº 426.580.713-53

RG nº 97026003832 SSP-CE

PROCURADOR



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

PREGÃO N. 131/2014

PAE N. 44.344/2014

A empresa **OI S.A.** apresentou, tempestivamente, impugnação ao edital do Pregão Eletrônico n. 131/2014, cujo objeto consiste na contratação de 3 (três) *links* (enlaces) de acesso à Internet.

Em síntese, requer essa empresa o acolhimento da impugnação para que seja retificado o instrumento convocatório a fim de: **a)** exclusão do subitem 15.1 do edital e da subcláusula 11.1 da minuta de Termo de Contrato (Itens 1 e 2 da Impugnação); **b)** adequação do subitem 8.3-“b” do edital, para que a comprovação da regularidade trabalhista possa ser feita alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas (Item 3 da Impugnação); **c)** exclusão das exigências de habilitação previstas no subitem 8.3-“c”-“d” do edital (Item 4 da Impugnação); **d)** adequação da exigência de habilitação prevista no subitem 8.4 do edital, para que a comprovação possa ser efetuada por meio de Contrato de Concessão ou do Termo de Autorização (Item 5 da Impugnação); **e)** adequação do subitem 10.3, alíneas “b”, “c” e “d”, do edital e da subcláusula 10.3, alíneas “b”, “c” e “d”, da minuta de Termo de Contrato, a fim de que as penalidades previstas observem o limite de 10% sobre o valor contratado (Item 6 da Impugnação); **f)** alteração do subitem 12.1.8 do edital e da subcláusula 9.1.8 da minuta de Termo de Contrato, para que prevejam expressamente a vedação à subcontratação de serviços telefônicos (Item 7 da Impugnação); **g)** modificação dos subitens 13.1, 13.3 e 13.4 do edital das subcláusulas 5.1, 5.2 e 5.3 da minuta de Termo de Contrato (Item 8 da Impugnação); **h)** adequação do subitem 13.1 do edital, a fim de permitir o pagamento de faturas por meio de autenticação de código de barras telefônicos (Item 9 da Impugnação); **i)** adequação do subitem 13.6 do edital e da subcláusula 5.5 da minuta de Termo de Contrato, a fim de prever a incidência de multa, juros de mora e correção monetária (Item 10 da Impugnação); **j)** alteração do subitem 16.1 do edital e da subcláusula 12.1 da minuta de Termo de Contrato, para prever o IGP-DI como índice de reajustamento de preço (Item 11 da Impugnação); **k)** alteração da subcláusula 5.3 da minuta de Termo de Contrato, para que não se exija mensalmente a apresentação de certidões de regularidade fiscal/trabalhista (Item 12 da Impugnação); e **l)** alteração das condições de execução do objeto contratado, previstas nos subitens 12.1.5.3 e 12.1.2 do edital e na subcláusula 1.1.7 do Termo de Contrato (Item 13 da Impugnação).

As questões foram submetidas à manifestação das unidades técnicas responsáveis (Coordenadoria de Contratações e Materiais, Assessoria da Direção-Geral, Coordenadoria do Orçamento, Finanças e Contabilidade e Coordenadoria de Suporte e Infraestrutura Tecnológica), que responderam no sentido de desprover a Impugnação apresentada.



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

No tocante aos Itens 1 e 2 da Impugnação, a empresa alega que os subitens 2.3 e 8.2, "c", do Edital e a subcláusula 9.1.7 da minuta de Contrato trazem exigências excessivas e restritivas à participação e que a previsão de rescisão constante no subitem 15.1 do Edital e na subcláusula 11.1 da minuta de contrato não encontram guarida no art. 78 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Prescrevem os aludidos dispositivos:

1) Do edital licitatório:

2.3. Fica vedada a participação, na presente licitação, de empresa que possua, entre seus sócios, servidor ou dirigente do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, em observância ao disposto no art. 9º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

[....]

8.2. No SICAF, serão observados:

[....]

c) o Quadro de Participação Societária, para aferição do disposto no subitem 2.3; e

[....]

9.1. A Contratada ficará obrigada a:

[....]

9.1.7. não ter, entre seus sócios, servidor ou dirigente do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, em observância ao disposto no art. 9º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993;

2) Da minuta de Contrato anexa do edital:

11.1. Este Contrato poderá ser rescindido nos termos da Lei n. 8.666/1993 e do art. 7º da Resolução TSE 23.234/2010.

[....]

15.1. O contrato poderá ser rescindido nos termos da Lei n. 8.666/1993 e do art. 7º da Resolução TSE n. 23.234/2010.

Tais vedações têm como fundamento o art. 9º , III, da Lei n. 8.666/1993, o art. 7º da Resolução TSE n. 23.234, de 15.4.2010 e o art. 3º da Resolução CNJ n. 7, de 18 de outubro de 2004, a saber:

1) Lei n. 8.666/1993:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

[....]

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

2) Resolução TSE n. 23.234/2010:

Art. 7º É vedado à Administração contratar com:



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

I - empresa que tenha entre seus empregados 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 Tribunal; e

II - empresa que tenha entre seus sócios, ainda que sem função gerencial, servidor, 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 Tribunal.

3) Resolução CNJ n. 7/ 2005:

Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar 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 Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação. (Redação dada pela Resolução nº 9, de 06.12.05)

Sendo assim, tais vedações estão em total consonância com a legislação a que se submete este Tribunal.

No que se refere à previsão de rescisão contratual quando houver violação do art. 7º da Resolução TSE n. 23.234/2010, registra-se que o art. 78, I, da Lei n. 8.666/1993 estabelece que "o **não cumprimento de cláusulas contratuais**, especificações, projetos ou prazos" constitui motivo para rescisão contratual. Não há que se falar, portanto, em cláusulas excessivas ou restritivas ou em inobservância ao princípio da legalidade.

Relativamente ao Item 3, Insurge-se a Impugnante contra a seguinte exigência editalícia:

8.3. Para fins de habilitação, serão verificados:

[....]

b) a Certidão de Inexistência de Débitos Trabalhistas (CNDT), nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, por meio de consulta ao site www.tst.jus.br;

Aduz que comprovação da regularidade trabalhista dá-se tanto pela Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas quanto pela Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas.

Está correta a afirmação, já que a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também é aceita para comprovar a inexistência de débitos trabalhistas para efeitos de habilitação nas licitações promovidas pelo TRESA, com fundamento no § 2º do art. 642-A do Decreto-Lei n. 5.452/1943, consoante citado no subitem 8.3, "b", do edital:



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

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.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 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.

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.

Nesse ponto, não há necessidade de alteração do instrumento convocatório, porque será aceita a Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa, em observância ao dispositivo legal anteriormente citado.

No que concerne ao Item 4, aduz a empresa impugnante que o subitem 8.3, alíneas “c” e “d”, do Edital preveem a consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União e ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça como requisitos de habilitação e que tais exigências não estão previstas nos arts. 27 a 31 da Lei n. 8.666/1993 e por isso não poderiam ser exigidos no edital.

O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) é um banco de informações mantido pela Controladoria-Geral da União (CGU) que tem como objetivo consolidar a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções das quais decorra como efeito restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública.

A Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) trouxe a obrigatoriedade dos entes públicos, de todos os Poderes e Esferas de Governo, manterem este cadastro atualizado. Para atender a esta exigência, a CGU desenvolveu o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, que é alimentado diretamente pelos entes e é a fonte de dados publicados no CEIS.

Portanto, tal verificação realizada pela Pregoeira visa a impedir que empresas impedidas de licitar e contratar com a União sejam contratadas por meio da licitação.



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

A empresa que não pode participar de licitação ou contratar com a União não poderá, por consequência, ser habilitada em licitação pública realizada pelo TRES.

O Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa (CNIA) é uma ferramenta eletrônica que permite o controle jurídico dos atos da Administração que causem danos patrimoniais ou morais ao Estado. As informações de todo o Brasil são concentradas em um único banco de dados, sendo possível imprimir às decisões judiciais maior eficácia, principalmente no que tange ao cadastro de processos e condenação/requerido, ressarcimento de valores ao erário, ao cumprimento de multas civis e à proibição de contratação com a Administração Pública.

O CNIA atende ao disposto na Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e **proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário**, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e **proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário**, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e **proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário**, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

como o proveito patrimonial obtido pelo agente. [grifou-se]

A empresa que não pode contratar com a União não poderá, por consequência, ser habilitada em licitação pública realizada pelo TRES. E a fase onde se analisam as condições subjetivas é a habilitação, já que na aceitação são examinadas as questões relativas ao objeto. Dessa forma, não procedem as razões para exclusão de tais exigências.

Com relação à questão apresentada no Item 5, o subitem 8.4 do edital exige que o licitante apresente, para fins de habilitação:

8.4. Para fins de habilitação, será exigido, ainda, do licitante cadastrado, documento de outorga da ANATEL informando que o licitante é autorizado a comercializar serviços de acesso à Internet.

Nesse sentido, para atender à exigência do edital, a licitante deverá apresentar documento que comprove que detém a autorização da Anatel para comercializar serviços de acesso à internet, o que não exclui, por exemplo, os Extratos dos Contratos de Concessão e Termos de Autorização celebrados com a Anatel publicados no Diário Oficial da União, desde que mencionem serviços de acesso à Internet.

No que tange ao Item 6 da impugnação, cumpre destacar que a contratação que se pretende realizar mediante o presente certame configura um contrato administrativo, que é regido pela Lei n. 8.666/1993, a cujos estritos termos está submetida a Administração, em cumprimento ao princípio da legalidade, que, em sede de Direito Administrativo, consiste em fazer somente o que a legislação autoriza.

O referido diploma legal prevê a aplicação de penalidades ao contratado, pela inexecução total ou parcial do contrato, não prevendo qualquer penalidade à Administração, na condição de contratante, não estando a mesma, dessa forma, autorizada a estabelecer tais penalidades.

Ainda, é importante ressaltar que a Administração Pública é regida, entre outros, pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que autoriza o Estado, enquanto representante da vontade geral, a estabelecer condições que assegurem o atendimento de seus objetivos, e da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração não pode renunciar aos poderes que lhe foram conferidos, pois seu titular é o Estado. Como ensina o ilustre Professor Hely Lopes Meirelles, o contrato administrativo possui peculiaridades, que são as chamadas "cláusulas exorbitantes", assim definidas:

"Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares."¹

Com a previsão de penalidades, a Administração tem por bem garantir a execução do contrato, sendo que a aplicação da penalidade de multa visa recompor os prejuízos advindos das inexecuções ou rescisões contratuais. Cumpre sublinhar que os percentuais de 20% (vinte por cento) fazem parte de todas as minutas de edital e contrato firmados por este Tribunal, constando, inclusive, das minutas-padrão utilizadas por este órgão.

Assim sendo, a definição do vulto da penalidade é poder deferido à Administração, visando resguardá-la de prejuízos advindos de eventuais inadimplementos, em obediência ao já citado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Acerca da questão apresentada no Item 7, possibilidade de subcontratação dos serviços, o subitem 12.1.8 do edital e a subcláusula 9.1.8 do contrato preveem a hipótese de transferência do objeto contratado apenas quando previamente autorizado pelo TRESA.

Trata-se de previsão editalícia/contratual genérica em que, caso a caso, seria verificada a possibilidade de se autorizar tal transferência, como no caso de obrigações acessórias ao objeto (preparação de infraestrutura, por exemplo), em que a unidade técnica deste Tribunal entendeu ser possível eventual subcontratação.

Com referência à questão tratada no Item 8, cabe ressaltar que as disposições contidas nos subitens do edital e nas subcláusulas do Termo de Contrato mencionadas na Impugnação não constituem retenções de pagamento, mas, tão-somente dos prazos para sua efetivação, transcorridos os procedimentos de recebimento do objeto, previstos no art. 73 da Lei n. 8.666/1993, e de liquidação da despesa (art. 63 da Lei n. 4.320/1964), condições estas estipuladas em atenção ao disposto nos incisos III e XIII do art. 55 da Lei n. 8.666/1993.

No tocante à questão referida no Item 9, realização do pagamento mediante fatura com código de barras, verifica-se que não há necessidade de alteração do edital para inclusão dessa forma de quitação, porque a Coordenadoria de Orçamento, Finanças e Contabilidade – COFIC do TRESA esclareceu que o *“termo usado é uma forma genérica de informar o meio de pagamento utilizado por este Tribunal nos editais, mas nada impede que se utilize o código de barras da nota fiscal/fatura emitida pela contratada se assim ela requerer”*, sendo que aquela Coordenadoria *“utiliza sempre que possível o documento fiscal apresentado pela contratada, ou seja, a nota fiscal/fatura emitida com código de barras no faturamento dos serviços”*, não gerando nenhum prejuízo à Contratada.

Em relação à questão apresentada no Item 10, registra-se que os termos constantes do edital referentes a atraso de pagamento provocado exclusivamente pela Administração do TRESA decorrem da Resolução TSE n.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 203.



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

23.234/2010, que regulamenta a contratação de serviços no âmbito da Justiça Eleitoral, de observância obrigatória por este Tribunal Eleitoral.

Em relação ao Item 11 da Impugnação, não há norma impondo a aplicação do IGP-DI como índice de reajuste anual do valor contratado. O art. 69 da Resolução Anatel n. 614/2013 assim trata do assunto:

"Art. 69. Visando a preservação da justa equivalência entre a prestação do serviço e sua remuneração, os preços dos serviços podem ser reajustados, observados os índices e periodicidade previstos no contrato de Prestação do SCM."

De acordo com essa norma, as partes elegerão o índice de reajuste do valor contratado. Dessa forma, como o IPCA é o adotado por este TRESA nos contratos administrativos, o subitem 16.1 do edital e respectiva subcláusula 12.1 da minuta de Termo de Contrato não violaram o art. 55-III da Lei n. 8.666/1993.

Acerca da documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista para fins de pagamento dos serviços/produtos fornecidos pela Contratada (Item 12 da impugnação apresentada), conforme resposta obtida da Seção de Contabilidade da Coordenadoria de Orçamento, Finanças e Contabilidade deste TRESA, uma vez emitida a respectiva certidão negativa (ou positiva com efeitos de negativa), servirá ela para os pagamentos a serem efetuados durante o seu prazo de validade.

Com referência às questões tratadas no Item 13 da Impugnação, a unidade técnica assim manifestou-se:

"Item 13.1 - Prazo de reparo: Entendemos que o prazo estipulado no edital para solução de problemas - 4 (quatro) horas - deve ser mantido, pois os enlaces serão utilizados para prover serviço de missão crítica neste Tribunal.

Item 13.2 - Disponibilidade: Considerando que estes enlaces serão utilizados para prover serviço de missão crítica neste Tribunal, manteremos o requisito de disponibilidade mensal dos enlaces em 99,7%.

Item 13.3 - Prazo de instalação: Entendemos como razoável o prazo de instalação de 30 dias, contados após assinatura do contrato, uma vez que a empresa contratada deverá tão somente levar seu sinal de internet até os locais solicitados (02 locais), não sendo necessários procedimentos outros (formação de redes privadas ou outras implantações que notadamente demandam maior esforço para sua conclusão). Assim, deve ser mantido prazo originalmente solicitado.

Cabe ressaltar que as condições solicitadas foram submetidas ao mercado, tendo sido obtida resposta positiva de algumas empresas, conforme pode ser visto nos orçamentos aprovados no próprio processo."



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

Assim, diante do exposto, entende esta Pregoeira ser totalmente improcedente a Impugnação apresentada pela **OI S.A.** contra o edital do Pregão Eletrônico n. 131/2014.

Florianópolis, 16 de setembro de 2014.

Heloísa Helena Bastos Silva Lübke
Pregoeira