



ILMO. SR. PREGOEIRO DO PARQUE TECNOLÓGICO ITAIPU

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 0113/2019

Oi S.A. - em recuperação judicial, 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 76.535.764/0001-43, doravante denominada “Oi”, vêm por seus representantes legais, com fulcro no item 2.23 do Edital, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do instrumento convocatório em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

O PARQUE TECNOLÓGICO ITAIPU instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, do tipo menor preço, sob o n.º 0113/2019, visando à Contratação de empresa especializada na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), fixo-fixo e fixo-móvel, sob demanda, nas modalidades Local, Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI), na modalidade de recepção de chamadas diretamente nos ramais (DDR) na cidade de Foz do Iguaçu – Paraná, a ser executado de forma contínua.

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

Sem prejuízo das regras constantes da Norma Geral de Licitação (NGL) da ITAIPU, verifica-se que de acordo com o item 2.3 do Edital, aplicar-se-á no que couber, a legislação brasileira pertinente conforme a abrangência do certame, na forma do Tratado celebrado entre o Brasil e o Paraguai em 26 de abril de 1973.

No mesmo sentido, vale destacar a decisão do STF no REsp n.º 215988/PR (RECURSO ESPECIAL 1999/0045485-5- Relator(a) Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento 04/09/2001 - Data da Publicação/Fonte DJ 12/11/2001 p. 127 - RSTJ vol. 154 p. 99.

Em sua decisão, o Supremo defende, em resumo, que “a ITAIPU Binacional, por ser empresa sediada em Brasília e Assunção, submete-se à Lei brasileira que regula as obrigações decorrentes dos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas e residentes no Brasil, nos termos do art. XIX do Tratado que a instituiu e art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.”.

Diante disso, as regras da Norma Geral de Licitação da ITAIPU que divergirem das fixadas pela Lei 8.666/93, não devem prosperar, razão pela qual, apresenta-se a seguir impugnação de determinados itens que colidem frontalmente com a aludida lei.

1. EDITAL É SILENTE QUANTO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O Edital é silente quanto à participação de empresa que esteja reunida em consórcio de empresas.



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 licitação**¹.” (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**

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



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)

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 participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

2. POSSIBILIDADE DE CONSULTA AO SICAF PARA VERIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO



O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF é um sistema automatizado de informações por meio do qual os fornecedores se cadastram gratuitamente, com a finalidade de fornecer materiais ou prestar serviços para os órgãos da Administração Pública Federal Direta, Autarquias e Fundações. Este cadastro possui validade anual em todo o território nacional.

O registro cadastral está dividido em duas etapas, cada uma das quais habilitando o fornecedor a participar de determinadas modalidades de licitação. Essas etapas são:

Cadastramento - Habilita os fornecedores a participar de licitações nas modalidades Convite, Aquisição Direta e Pregão, aplicando-se subsidiariamente, para a modalidade Pregão, as normas da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1.993 conforme constante da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002; e

Habilitação parcial - Habilita os fornecedores a participar de licitações nas modalidades acima e ainda de Tomada de Preços, Leilão, Concorrência e Pregão, aplicando-se subsidiariamente, para a modalidade Pregão, as normas da Lei n.º 8.666/93, conforme constante da Lei n.º 10.520/2002.

Portanto, não restam dúvidas da utilização do SICAF para a verificação das condições de habilitação das licitantes.

Nesse sentido cumpre colacionar o inciso XIV do art. 4º da Lei n.º 10.520/2002:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;”



Com efeito, o parágrafo único do art. 13 do Decreto n.º 3.555/2000, que regulamenta o Pregão

“Art. 13. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação prevista na legislação geral para a Administração, relativa à:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal; e

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição e na Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999.

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III e IV deste artigo deverá ser substituída pelo registro cadastral do SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangido pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.” (grifo nosso)

Dessa forma, para o pregão presencial, é obrigatória a substituição da documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal da licitante vencedora pelo registro cadastral do SICAF, ou por outro registro cadastral que atenda aos requisitos legais.

No que diz respeito ao Pregão Eletrônico, o parágrafo único do art. 14 do Decreto Federal n.º 5.450/2005 faculta a substituição da entrega da documentação por consulta ao SICAF².

² “Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa: (...) Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.”



Ainda que a consulta ao SICAF para verificação das condições de habilitação da licitante vencedora não seja obrigatória, nesse caso, faz-se imprescindível que a Administração adote este procedimento, tendo em vista a celeridade inerente à modalidade de licitação pregão.

O Tribunal de Contas da União entende que quando previsto no ato convocatório, a documentação de licitantes abrangida pelo Sicafe pode ser verificada diretamente nesse sistema, conforme se depreende do trecho retirado do Acórdão n.º 2237/2006, da Primeira Câmara:

“Realize consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicafe sobre a situação das empresas no momento da realização da licitação, dispensa ou inexigibilidade, bem assim da contratação e do pagamento da despesa, nos termos dos artigos 27 a 32 da Lei no 8.666/1993 e itens 8.7 e 8.8 da IN/Mare no 5/1995.

Detalhe e anexe ao processo a consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicafe, quando esta acusar inscrição de ocorrências contra a empresa contratada, e analise o tipo de infração cometida para que sejam tomadas as providências cabíveis, nos termos do item 6 da IN/Maré no 5/1995.”

Isso porque o princípio da celeridade, consagrado como uma das diretrizes a ser observada em licitações na modalidade pregão, busca simplificar procedimentos de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias.

Assim, para permitir maior celeridade e eficiência na análise da documentação de habilitação da licitante vencedora, deve a Administração realizar consulta aos documentos constantes do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangido pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.



3. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 27.3 do Edital, o item 13.3 do Termo de Referência e a cláusula 11 da Minuta do Contrato estabelecem que será verificada a regularidade fiscal da Contratada 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 27.3 do Edital, o item 13.3 do Termo de Referência e a cláusula 11 da Minuta do Contrato. 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”³.

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.”⁴

Diante disso, requer a alteração do item 27.3 do Edital, o item 13.3 do Termo de Referência e a cláusula 11 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).

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

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



4. DA INDEVIDA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS E DO IMPOSTO DE RENDA

O item 27.9 do Edital, o item 13.9 do Termo de Referência e a cláusula 16 da Minuta do Contrato preveem a incidência de ISS:

“III. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), na forma da Lei Complementar n° 116, de 31 de julho de 2003, combinada com a legislação municipal e/ou distrital;.”

Assim, verifica-se que o Edital estabelece a incidência e a retenção de Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza. Contudo, a aplicação deste tributo aos serviços de Telecomunicações é proibida.

Como é cediço, o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza é disciplinado pela Lei Complementar n.º 116/2003 e incide sobre fatos geradores definidos em lista anexa a lei⁵. **Cumprе ressaltar que a lista é taxativa.**

Como o serviço de telecomunicações não está incluído naquela lista, o ISS não incide sobre esta atividade.

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que, em decisão suficientemente motivada, decidiu pela não incidência do ISS sobre ligações telefônicas realizadas no âmbito municipal, em consonância com a jurisprudência do STF (v.g. RE 83.600, Pleno, Moreira Alves,

⁵ “Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.”



DJ 10.08.79): ausência de negativa de prestação jurisdicional.”

6

O requisito para a tributabilidade e incidência do ISS sobre o serviço de telefonia é de que o serviço se perfaça dentro do mesmo Município. Nesse sentido, e diante da inseparabilidade entre as ligações que se perfazem dentro do Município daquelas que ultrapassam as fronteiras municipais é de onde surge a impossibilidade de incidência do ISS sobre os serviços de telefonia, conforme entendimento consolidado pela Suprema Corte.

Do mesmo modo o subitem I do itens em comento preveem a incidência de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, entretanto não é razoável supor que uma empresa de capital aberto realize a apuração da incidência de imposto de renda em cada negócio jurídico que participar.

Ademais por possuir receita bruta anual superior a R\$78.000.000,00 (setenta e oito milhões) a Oi é obrigada a adotar o lucro real como base de cálculo do imposto de renda. Desta forma, o período de apuração da incidência de imposto de renda ocorre anualmente, nos termos da lei.

Por todo o exposto, as previsões de incidência de ISS e IR ao serviço de telecomunicação devem ser retiradas do Edital.

5. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO TERMO DE AUTORIZAÇÃO EMITIDO PELA ANATEL

O Item 3.2 do ANEXO III, do Edital, o item 10.4 do Termo de Referência e o parágrafo terceiro da cláusula segunda, da minuta do contrato exigem a comprovação da Anatel para prestar o serviço licitado.

Neste sentido, cumpre esclarecer que a apresentação dos Extratos do Termo de Autorização celebrados com a Anatel devidamente publicado no Diário Oficial da União é documento hábil para comprovar referida exigência editalícia.

⁶ Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 269.531, julgado em 14.06.05, DJ 05.08.05.



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 nos itens em comento, para que as licitantes possam apresentar o extrato do Termo de Autorização, outorgado pela ANATEL e devidamente publicado no Diário Oficial da União.

6. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

O item 3.1, alínea “c”, do ANEXO III, do Edital exige, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação de atestado de prestação de serviço, com manifestação acerca da qualidade do serviço prestado.

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

^[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)



serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

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

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

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

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

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



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

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

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

“Art. 37 (...)

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

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

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

Com efeito, a doutrina nacional defende que a atuação da Administração na fase de habilitação dos licitantes **sem rigorismos inúteis e excessivos**, que só fazem afastar



licitantes, sem qualquer vantagem para a Administração e comprometendo a verdadeira competição.

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari⁷:

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

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

⁷ in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição, p. 88



7. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

O item 4.3 e alíneas do ANEXO III do Edital dispõem que:

“4.3. Em atendimento ao item 10.1.3 do edital será verificada na fase de habilitação, a existência dos registros impeditivos à contratação nas fontes abaixo indicadas:

a) Prova de que não faz parte do Cadastro Nacional das Empresas Inidôneas e

Suspensas – CEIS, no endereço eletrônico: www.portaldatransparencia.gov.br.

b) Certidão Negativa de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, emitida pelo

Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no endereço eletrônico: www.cnj.jus.br.

c) Cadastro de fornecedores da ITAIPU BINACIONAL

d) Cadastro de fornecedores da FUNDAÇÃO PTI-BR.”

Da leitura do dispositivo em comento, tem-se a impressão de que uma vez consultado o referido cadastro, na hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a empresa com uma penalidade supostamente existente, impedida de participar do certame.

Ocorre que, não se pode admitir este tipo de entendimento extensivo, pois seria o mesmo que admitir que empresas suspensas de licitar com a administração pública, estrariam impedidas de participar.

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.”⁸

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública.”⁹

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)¹⁰, 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.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

¹⁰ Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.



[...] 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 apenas 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 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, feita as distinções necessárias e reforçado o posicionamento do plenário do TCU sobre o tema, não se pode admitir que empresas que apresentem algum tipo de penalidade sejam impedidas de participar do certame, a menos que a penalidade seja em face do órgão licitante. Caso contrário, não há o que se falar em impedimento.

Nesse contexto, o mesmo racional se aplica ao disposto no item que se impugna. Não se pode admitir que o resultado da consulta aos cadastros em questão, caso aponte para algum tipo de penalidade, estenda seus efeitos de modo a impedir a empresa penalizada de licitar com outros órgãos, que não o penalizante.

É necessário que seja expressamente previsto que haverá proibição de participar a empresa que, após consulta aos referidos cadastros, verifique-se que exista penalidade com o órgão licitante e não com qualquer órgão.

Como já dito anteriormente, na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93. Ou seja, para que se possa associar o resultado da consulta como impeditivo de participação, a sanção ali registrada deve ser restritiva de participação somente com o presente órgão licitante.



Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

8. NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

Da leitura do instrumento convocatório, é possível perceber que não há previsão sobre penalidades à Contratante na hipótese desta, por sua culpa, ter dado atraso ao pagamento pelos serviços prestados pela Contratada.

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 inclusão de previsão no Edital referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

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

Da análise do item 5.2 do Termo de Referência e a cláusula 25, XX, da Minuta do Contrato verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a bens do Contratante, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração DIRETA 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.”^[1] (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.

^[1] 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 seja alterado os itens em comento, 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.

10. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONTRATADA DE ACORDO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Da análise do Termo de Referência em seu item 6.3, bem como, do item III, da Cláusula 25, da Minuta do Contrato verifica-se a previsão de que a contratada deverá Responsabilizar-se pelos vícios e danos decorrentes da execução do objeto, de acordo com os artigos 14 e 17 a 27, do Código de Defesa do Consumidor, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo.

Insta esclarecer que a previsão contida nos sobreditos itens é desproporcional, pois prevê que a Contratada deverá arcar, segundo os artigos mencionados do Código de Defesa do Consumidor, com a reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Contudo, importante destacar que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro a Contratante somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, **caso o prejuízo ou dano seja decorrente de sua culpa ou dolo**, evidenciando a ilegalidade das cláusulas em exame.



Neste sentido vale trazer a baila o art. 70 da Lei de Licitações, *in litteris*:

“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 ou o acompanhamento pelo órgão interessado.” (grifamos)

Diante do exposto, requer seja alterado no Termo de Referência seu item 6.3, bem como, do item III, da Cláusula 25, da Minuta do Contrato de modo que passe a constar a previsão de que a Contratada só deverá arcar com as perdas e danos sofridos pela Contratante, caso tenha agido com dolo ou culpa, desde que garantida a ampla defesa da contratada.

11. DA APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM PRAZO DIVERSO DO ARTIGO 87, INCISO III DA LEI N.º 8.666/93

Os itens 30.2, IV e 30.11 do Edital, os itens 11.2, IV e 11.12 do Termo de Referência e as cláusulas 31, IV, e 39 da Minuta do Contrato estabelecem que a empresa contratada poderá ser suspensa temporariamente de participar em licitação e de contratar com a Administração pelo prazo de até 5 anos.

Deve-se observar que o item anteriormente mencionado colide frontalmente com o disposto no artigo 87, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

A lei de licitações estatui que a aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração será de até 02 (DOIS) anos. Assim, tal item está em total desacordo com o disposto no artigo 87, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

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 por até 2 (dois) anos.**



Bem como está totalmente em desacordo com o que explicita a lei 10.520/02 em seu artigo 7º, que prevê descredenciamento no SICAF somente nos casos considerados como prática de fraude ou quando o licitante age de modo inidôneo conforme visto a seguir :

“Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, **ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios** e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Portanto, requer sejam alterados os itens em comento para que seja adotado o período legal de suspensão de até 02 (dois) anos.

12. ADOÇÃO DE ÍNDICE DE REAJUSTE ANUAL DOS VALORES CONTRATADOS DIVERSO DO ESTIPULADO PELA ANATEL

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 inexequível ou a distorção da competição.”¹¹

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

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



de Telecomunicações), que compete à Agência “*controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como **homologar reajustes.***”

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

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

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

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

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

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

De outro lado, o reajuste dos preços, ao contrário das tarifas, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto



contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

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

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

Ante o exposto, requer a adequação do item 31 do Edital, e a cláusula 20 da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos das tarifas referentes ao STFC seja realizado da seguinte forma:

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

13. INCLUSÃO DE CLÁUSULA A RESPEITO DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O referido Edital mostra-se silente quanto a forma que deve ser adotado o pagamento devido à contratante.

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



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 inclusão de cláusula a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

14. DO EXÍGUO PRAZO PARA REPAROS

O Item 3.12 do Termo de Referência determina que o atendimento das solicitações de reparo pelo licitante contratado deverá ser em até 2 (duas) horas contadas a partir da



solicitação, em contradição ao disposto no art. 11 do PGMQ-STFC, Resolução n.º 341/2003 da ANATEL.

Assim:

Art.11. O atendimento das solicitações de reparo, de usuários não residenciais, deverá se dar em até 8 horas, contadas a partir de sua solicitação, em:

- a) 95% dos casos, a partir de 31/12/1999;
- b) 96% dos casos, a partir de 31/12/2001;
- c) 97% dos casos, a partir de 31/12/2003;
- d) 98% dos casos, a partir de 31/12/2005.

Parágrafo único. Em nenhum caso, o atendimento deverá se dar em mais de 24 horas, contadas a partir de sua solicitação.

Portanto, é patente que o período de reparo previsto no instrumento convocatório está em desacordo com os períodos estabelecidos art. 11 do PGMQ-STFC, Resolução n.º 341/2003 da ANATEL, já que esse determina que o atendimento de reparo deve se dar em até 8 horas, enquanto as exigências editalícias rezam que o reparo deverá ser realizado em até 02 (duas) horas.

Não é dada à Administração a prerrogativa de estabelecer disposições editalícias ou cláusulas contratuais em manifesta contradição ao disposto em ato normativo emanado de ente competente, em respeito ao Princípio da Legalidade, corolário máximo da Administração Pública. No melhor entendimento a respeito do princípio supra, apenas é dado ao Administrador da coisa pública proceder da forma prevista em lei, ou seja, está apenas autorizado a fazer aquilo que a lei autoriza expressamente.

Assim, requer-se a alteração do Item 3.13 do Termo de Referência de forma a constar o prazo de 8 (oito) horas para reparo.

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.

Foz do Iguaçu/PR, 31 de janeiro de 2020.


ALESSANDRA ROCHA ARAUJO
Especialista em Licitações


MARCO ANTONIO DA SILVA
Gerente Engenharia Comercial