



**Ilmo. Sr. Pregoeiro da UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ.**

**Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 86/2015.**

TELEMAR NORTE LESTE S.A., com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o nº 33.000.118/0001-79 vem, 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**

A UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, para registro de preços sob o n.º 86/2015, visando “registro de preços para eventual contratação de Serviços Continuados de Telefonia Celular (Serviço Móvel Pessoal – SMP) e Prestação de Serviço de Internet Móvel 3G via Modem USB.”

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. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO**

O item 6.2.5 do Edital veda a participação de entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio.

Primeiramente, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de telecomunicações. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações, verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infra-estruturais 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 pode se poderm 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.**”<sup>1</sup> (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.

Assim, que se refere 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.**”*

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;**”*

A possibilidade de a Administração permitir a participação de consórcios em licitação está prevista no art. 33 da Lei n.º. 8.666/1993, art. 17 do Decreto n.º. 3.555/2000 e art. 16 do

---

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



Decreto n.º. 5.450/2005. Tais normativos apresentam as regras que devem ser obedecidas pela Administração atinentes à participação de empresas em consórcio nos certames

Nesse sentido, cumpres observar o que determina a Lei nº 8.666/93:

*“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 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;”***

Vale lembrar que dentre os Princípios da Administração, o da Legalidade é o mais importante e do qual decorrem os demais, por ser essência ao Estado de Direito e ao Estado Democrático de Direito. **Note que na atividade administrativa permite-se a atuação do agente público, apenas se concedida ou deferida por norma legal**, ao passo que ao particular é permitido fazer tudo quanto não estiver proibido pela lei. Toda atividade administrativa vincula-se a tal princípio, que se encontra consagrado em nossa Constituição Federal (Art. 5º, II, XXXV e Art. 37).

**Assim, quanto às particularidades do mercado de telecomunicações, pode-se afirmar que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, motivadas. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.**

E, sempre em atenção à legislação que rege o setor de telecomunicações, é crime a prestação de serviço sem a competente e específica outorga.

Daí se tem:

- (i) as empresas de grupos diferentes podem deter outorgas que se complementam para a prestação do serviço ora licitado, sem qualquer risco de prejuízo para o usuário e/ou interesse público, em localidades diversas do País, por exemplo;
- (ii) a Oi associa-se à outras empresas ( sob controle comum ou não) sempre que há a demanda por serviços ou projetos de grande complexidade em regiões diversificadas, e esta associação verifica-se também em outros grupos de empresas, e é perfeitamente legal.



Ora, mantida a restrição quanto ao formato da participação das empresas em consórcio, a Impugnante estará, juntamente com outras prestadoras de serviços de telecomunicações, prejudicada de participar desta competição! O licitante, nesta licitação, pode (e deve), com segurança, eficiência e vantajosidade, admitir a participação de empresas consorciadas, sem quaisquer limitações, como sempre o fez, **porque a associação de empresas pode representar a apresentação da melhor proposta para a Administração.**

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

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

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

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 seja excluído o item 6.2.5 do Edital **para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo**, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

## **2. VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO EXIGIDO PARA FINS COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA**

O Item 10.5.4 do Edital determina que as empresas, cadastradas ou não no SICAF, que apresentarem resultado inferior ou igual a 1(um) em qualquer dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), deverão comprovar patrimônio líquido de 10%(dez por cento) do valor estimado da contratação ou item pertinente.

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

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

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa<sup>2</sup>”.

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

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

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

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

---

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.



menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger<sup>3</sup>.”

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

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

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

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito<sup>4</sup>.”

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e

---

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.



indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

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

Desta feita, como o valor do patrimônio líquido necessário corresponde ao percentual máximo permitido em Lei, o que não é razoável, requer-se a modificação do Item 10.5.4 do Edital, nos termos da fundamentação supra.

### **3. DA EXIGÊNCIA EXCESSIVA:**

O item 10.5.5 do Edital enumera uma série de exigência complementares para comprovação de qualificação econômico-financeira, a saber:

10.5.5 As licitantes deverão ainda complementar a comprovação da qualificação econômico-financeira por meio de:

10.5.5.1 Comprovação de possuir Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação ou item pertinente, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social;

10.5.5.2 Comprovação de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta.

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

10.5.5.3.1 a declaração de que trata a subcondição acima deverá estar acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, quando houver divergência percentual superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, entre a declaração aqui tratada e a receita bruta discriminada na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), deverão ser apresentadas, concomitantemente, as devidas justificativas.



No entanto, nota-se claramente que elas ultrapassam o rol dos documentos exigidos para habilitação previstos nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93, os quais, vale destacar, são normas gerais de licitação.

Especificamente com relação ao item 10.5.5.2 do Edital, este se mostra desnecessário frente a previsão do item 10.5.4 do Edital.

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

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

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal<sup>5</sup>.

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

- **Das normas gerais de licitação**

É relevante observar que a competência para legislar sobre normas gerais de licitações é privativa da União, na forma do Art. 22, XXVII da CF/1988<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> “Art. 37 (...)

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

<sup>6</sup> Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

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



Como se sabe, a norma geral é “(...) *toda disposição da Lei n° 8.666/93 que se mostre indispensável para implementar os princípios constitucionais reitores da Administração Pública e os básicos arrolados em seu art. 3° (...)*” (Jessé Torres Pereira Júnior).

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

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

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

(...)

*Por isso entendo que os artigos 27 a 31 da Lei 8.666 são efetiva, legítima e constitucionalmente, ao contrário de outro da Lei 8.666, normas gerais. Sendo normas gerais, **não podem deixar de exigir tudo o que está na Lei 8.666, nos artigos 28 a 31 e também não podem exigir mais do que está lá, porque são normas gerais** (grifos nossos).*

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



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

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

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

- **Dos compromissos assumidos**

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

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

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

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

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

- **Das garantias previstas na legislação em vigor e nos contratos administrativos para comprovação qualificação financeira das licitantes.**



Não obstante tudo até aqui discorrido, corrobora o argumento de que a exigência em comento é excessiva, o fato de existir garantias na Lei de Licitações, mais precisamente no rol taxativo contido no Art. 56 da Lei 8.666, as quais tem o condão de proteger a Administração Pública de possíveis/ eventuais riscos durante a execução do contrato a ser celebrado.

Diante do exposto, torna-se imperioso para resgatar a regularidade do processo administrativo, a exclusão dos itens em análise vez que excedem o rol de documentos exigidos pela L.8666/93.

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

Os itens 10.7.2 e 10.7.5 do Edital, determinam, acerca da exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica, o que se segue:

10.7.2 Comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por período não inferior a três anos, mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

10.7.5 O licitante disponibilizará todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços.

Porém, o art. 30 da Lei n.º 8.666/93 assim determina:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

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



da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;**

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

Dessa forma, a Lei de Licitação admite a exigência de comprovação de experiência anterior, mas proíbe que o Edital condicione a experiência anterior relativamente a dados quantitativos, geográficos, de natureza similar, ou ainda, exigência de apresentação de cópia do contrato que deu suporte à contratação.

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

“Art. 37 (...)

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

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

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



Com efeito, a doutrina nacional defende que a atuação da Administração na fase de habilitação dos licitantes **sem rigorismos inúteis e excessivos**, que só fazem afastar licitantes, sem qualquer vantagem para a Administração e comprometendo a verdadeira competição.

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari<sup>7</sup>:

“A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

Portanto, **existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade.** ... Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; **interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.”**

Como visto, a doutrina é expressa ao exigir cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentadum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Por todo o exposto, requer a adequação dos itens 10.7.2 e 10.7.5 do Edital, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, não possua o limite de quantidade mínima tampouco exigência de apresentação de cópia do contrato que deu suporte à contratação, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93.

##### **5. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI**

O item 10.11 do Edital determina que o pregoeiro, auxiliado pela equipe de apoio, consultará os sistemas de registros de sanções SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO TCU, CNJ E CEIS,

<sup>7</sup> in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição, p. 88



visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame.

Primeiramente, vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93<sup>8</sup> e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88. São, portanto, os requisitos de habilitação previstos no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 são *numerus clausus*.**

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

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

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal<sup>9</sup>.

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

Certamente não é o caso das exigências habilitatórias previstas no item em comento, 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-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do

---

<sup>8</sup> A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 (“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.

<sup>9</sup> “Art. 37 (...)

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



art. 7º da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993.” (Acórdão 2056/2008 Plenário)

Como visto, deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentadum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ademais, 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.

Ante o exposto, requer a exclusão das exigências previstas no item em comento, 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 nº 8.666/93.

Ou então, que seja adequado ou esclarecido o item em comento aos argumentos e ressalvas pontuados acima, ou seja, que não seja considerado impeditivo à participação no certame à inscrição de sanção registrada em quaisquer dos cadastros em questão, salvo se esta se operar no âmbito do órgão licitante, nos termos do art. 87, III, da L. 8666/93.

## **6. VALOR DA GARANTIA**

O item 14.1 do Edital e Cláusula Sétima item 7.1 da Minuta do contrato determinam exigência de prestação garantia no valor correspondente a 5 (cinco por cento) do valor do Contrato.

Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.





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

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa<sup>10</sup>”.

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

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

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger<sup>11</sup>.”

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

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

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

---

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

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



(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito<sup>12</sup>.”

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

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

Desta feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação do item 14.1 do Edital e da Cláusula Sétima item 7.1 da Minuta do contrato, para que a garantia exigida corresponda ao limite máximo de 1% (um por cento) do valor do contrato.

## **7. DA EXIGÊNCIA ACERCA DA DURAÇÃO DA GARANTIA**

O item 14.2 do Edital determina que a validade da garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, deverá abranger um período de mais 3 (três) meses após o término da vigência contratual.

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.



O item 14.10.2 do Edital determina que será considerada extinta a garantia no prazo de três meses após o término da vigência, caso a Contratante não comunique a ocorrência de sinistros.

Contudo, não parece razoável, tampouco, não encontra amparo legal, a previsão em comento visto que com o término da vigência contratual, sem que haja prorrogação contratual, também são extintas as obrigações oriundas do contrato. Neste sentido, é a previsão contida no art. 56, §4º, da L. 8666/93, a saber:

Art. 56. (...)

§4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

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

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”<sup>13</sup>.

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

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

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”<sup>14</sup>

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

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



padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

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

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

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.”<sup>15</sup>

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

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

---

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.



Dessa forma, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 108) define com clareza que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Com isso, verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade pessoal do administrador. Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção à supremacia do interesse público.

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

Importante ressaltar ainda que a necessidade de vinculação da atuação administrativa a texto de lei se aplica à licitação no sentido de “que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais” (Idem, p. 224). Importa dizer que todo ato e procedimento adotado deverá ter embasamento legal, sob pena de não poder compor a licitação.

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

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

Verifica-se, portanto, que o princípio da legalidade é a pedra de toque de toda atividade administrativa, não se admitindo outra atuação por parte da Administração, exceto a estritamente legal.



Diante do exposto, requer a exclusão do Edital dos itens em comento, determinando-se a liberação da garantia tão logo haja o término da vigência contratual.

## **8. EXIGÊNCIA EXCESSIVA**

Os itens 14.3, 14.3.1, 14.3.2 e 14.3.4 do Edital determinam que:

- 14.3 A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:
  - 14.3.1 prejuízo advindo do não cumprimento do objeto do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas;
  - 14.3.2 prejuízos causados à Contratante ou a terceiro, decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;
  - 14.3.4 obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada.

No entanto, tais exigências se mostram excessivas, na medida em que não possui finalidade correlata à execução do objeto.

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

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

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

“Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no **princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la**, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.” (grifo nosso)

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



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

(...)

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

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

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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

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

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

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



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

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

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

Desta feita, requer-se a exclusão das exigências previstas nos itens em comento, tendo em vista que as mesmas não guardam qualquer correspondência com o objeto licitado, bem como podem ser restritivas à competitividade, além de não estarem previstas em lei.

#### **9. REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO**

O item 15.2 do Edital determina que, previamente à contratação, a Administração realizará consulta “on line” ao SICAF, bem como ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados – CADIN, cujos resultados serão anexados aos autos do processo.

Como se vê, o presente Edital estipula como condição para a celebração definitiva do contrato a comprovação referente ao CADIN (Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal).

De início, relativo a este tema do CADIN, vale transcrever a regra presente no art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002 (legislação que dispõe sobre o tema), que afirma:

“Art. 6º - É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

(...)





III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.”

O que se nota é que, apesar de exigir a consulta prévia no caso de contratação, o dispositivo legal não menciona, em nenhum momento, a possibilidade de que a consulta ao CADIN seja elemento impeditivo à contratação de qualquer licitante. A análise ao CADIN tem natureza consultiva.

O **Tribunal de Contas da União (TCU)**, saliente-se, apresenta posicionamento neste mesmo sentido, conforme se percebe nos julgados abaixo:

“Em seu voto, o relator destacou que o art. 6º, III, da Lei n.º 10.522/2002, “não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa inscrita no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin”. (...) Dessa forma, **não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin**. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer consequência em relação às contratações a serem realizadas.” (TCU, Acórdão nº 5.502/2008, 2ª Câmara)

“Além disso, ‘a ausência ou não de consulta ao CADIN não necessariamente levará a contratações de empresas ou entidades que constem daquele cadastro, desde que, no mínimo, tais contratações avaliem previamente a regularidade fiscal dos interessados, nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.666/93; do artigo 3º, § 2º, incisos III, alínea a, e V do Decreto nº 6.170/2007 e do artigo 18, inciso VI, da Portaria MP/MF/MCT 127/2008, dentre outros dispositivos. **Nesse contexto, embora a consulta ao CADIN possa parecer inócua é obrigatória por Lei. E mesmo considerando que o simples fato de constar do cadastro não seja, isoladamente, um fator impeditivo para a celebração de contratos ou outros ajustes com a Administração Pública**, a consulta poderá auxiliar na verificação das informações prestadas pelos administrados e pelos demais órgãos da Administração, em especial as constantes em certidões e declarações.” (TCU, Acórdão nº 7.832/2010 - 1ª Câmara)



O **Supremo Tribunal Federal (STF)** já teve a oportunidade de apreciar o tema, sendo categórico em afirmar que “**[a]s empresas inscritas no CADIN - Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não quitados, não estão impedidas, pelo só fato da inscrição, de contratarem com a Administração.**” (STF, RE n. 358.855/PE, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 12.04.2010, DJ 27.04.2010).

Ademais, julgando uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), o **STF** repetiu seu posicionamento. Segue o acórdão publicado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 1.442, DE 10.05.1996, E SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES. CRIAÇÃO DO CADASTRO INFORMATIVO DE CRÉDITOS NÃO QUITADOS DO SETOR PÚBLICO FEDERAL - CADIN. 1. **A criação de cadastro no âmbito da Administração Pública Federal e a simples obrigatoriedade de sua prévia consulta por parte dos órgãos e entidades que a integram não representam, por si só, impedimento à celebração dos atos previstos no art. 6º do ato normativo impugnado.** 2. A alteração substancial do art. 7º promovida quando da edição da Medida Provisória 1.863-52, de 26.08.1999, depois confirmada na sua conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002, tornou a presente ação direta prejudicada, nessa parte, por perda superveniente de objeto. 3. Ação direta parcialmente prejudicada cujo pedido, no que persiste, se julga improcedente. (STF, **ADI n. 1.454**, Relatora Ministra Ellen Gracie – Tribunal Pleno, j. em 20/06/2007, DJ 02.08.2007).

Ante o exposto, requer a exclusão do item 15.2 do Edital, ou ainda, que se esclareça o referido item para que a inexistência de registro no CADIN não seja considerada condição para a celebração do contrato na presente licitação, posto que tal imposição não encontra consonância com a disposição do art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002, conforme se percebe de firme posicionamento do STF e do TCU.

#### **10. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS**

O Item 19.1 do Edital determina que o pagamento se dará mediante através de ordem bancária.



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

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



## **11. GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO**

O item 19.15 do Edital trata acerca da 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 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 adequação do item 19.15 do Edital referente ao ressarcimento em caso 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, calculada pro rata die, com base na variação do IGP-DI (FGV).



## **12. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS**

O item 11.1.1 do Termo de referência determina que será admitida a subcontratação do objeto licitatório, exclusivamente para serviços de roaming internacional.

Verifica-se que a subcontratação, nesse caso, é ilegal, pois (i) se trata de subcontratação de atividade fim (objeto do contrato) e (ii) por se tratar de serviço regulado, a apresentação de proposta prescinde que o proponente possua autorização para tal e se habilitem no procedimento licitatório.

Logo, não pode uma concorrente que não possui outorga para prestar longa distância internacional, valer-se da subcontratação para prestar o serviço, pois estaria burlando flagrantemente à necessidade de outorga para prestação do aludido serviço.

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)

Diante do exposto, verifica-se que o modelo de contratação sugerido no presente caso deve ser reavaliado e readaptado às questões inerentes à prestação de Telecomunicações. Afinal de contas, para a prestação dos serviços dessa natureza é imprescindível que haja outorga da Anatel para tanto.

Por essa razão, solicita-se que o Edital permita apenas a participação em consórcio e exclua a previsão que permite a subcontratação de serviço de Telecom, a qual pelos motivos supramencionados mostra-se ilegal e afronta os preceitos regulamentares que exigem a outorga da Anatel para prestação de um determinado serviço, podendo inclusive configurar prestação clandestina dos serviços de Telecom, o que é eminentemente vedado pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

### **Pedido**

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a empresa** requer que V. Sª 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.

Teresina/PI, 16 de Novembro de 2015.