



PREFEITURA MUN. DE SILVA JARDIM	
Processo	4120
Rubrica	Fls 02

Ilmo. Sr. Pregoeiro da Prefeitura Municipal de Silva Jardim

Prefeitura Mun. de Silva Jardim
Protocolo nº 4120
Livro _____ Fls _____
Data 11/05/2021

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Presencial n.º 07/2021

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", vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 24 do Decreto n.º 10.024, de 20 de setembro de 2019, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Prefeitura Municipal de Silva Jardim instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma presencial, registrado sob o n.º 07/2021, visando a "contratação de empresa especializada para a instalação, configuração e conexão de acesso à internet nas Unidades Básicas de Saúde, conforme Anexo I (Modelo de Proposta Comercial) e Anexo VIII (Relação das Unidades), partes integrantes e inseparáveis deste edital independente de transcrição."

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 comprometidas 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.

DS
M

DS
RSDC



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 4.2.4 do Edital veda a participação de empresas reunidas em consórcio.

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

DS
AN

DS
RSBC

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 ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na**

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



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)

"(...) V.1 - Vedação à participação de empresas reunidas em consórcio (subitem 2.2 do edital).

13 O art. 9º da Lei que rege a licitação pública na modalidade pregão - Lei 10.520/2002 - estatui que se aplicam de forma subsidiária à modalidade pregão as normas constantes da Lei 8.666/1993. Assim, considerando que a lei específica não trata da participação de empresas reunidas em consórcio, mostra-se aplicável a norma geral de licitações.

13.1 A redação do art. 33, caput, da Lei 8.666/1993 estabelece de forma clara que a participação de empresas em consórcio poderá ser admitida ou não.

art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)

13.2 Doutrina e jurisprudência são unânimes em assentar que a permissão de empresas participarem da licitação pública reunidas em consórcio recai na discricionariedade da Administração. Nesse sentido, não resta dúvida que assiste razão ao responsável ao alegar motivos de conveniência e oportunidade para a tomada de decisão.

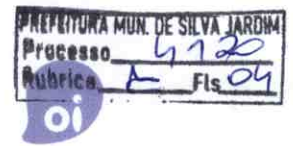
13.3 Mas, doutrina e jurisprudência também alertam em uníssono que tal permissão ou proibição deverá ser sempre justificada pelo Poder Público.

13.4 Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008), na mesma citação transcrita apenas em parte pelo responsável (fls. 89, vol. Principal), leciona da seguinte forma:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha **discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para escolhas arbitrárias ou imotivadas**". (grifou-se).

DS

DS



13.5 Este Tribunal manifestou-se em diversas oportunidades a respeito da necessidade de a Administração justificar sua decisão, a exemplo dos Acórdãos 566/2006, 1.405/2006 e 1.678/2006, todos do Plenário. Do citado Acórdão 1.678/2006 se extrai:

3. A aceitação de empresas em consórcio na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei 8.666/93, requerendo-se, porém, que a sua vedação seja sempre justificada. (Grifou-se).

13.6 Na resposta encaminhada a este Tribunal, que inclui cópia do processo licitatório, conforme referência às fls. 87 do Volume Principal, não se encontram documentos que justifiquem a decisão da Administração de proibir as empresas participarem do certame em consórcio. Mesmo o parecer jurídico que analisa a minuta de edital não menciona nada a respeito (fls. 100/101, Anexo 1).

13.7 Desta forma, procedeu de maneira incorreta e pouco transparente a Administração neste caso ao não lastrear sua decisão em justificativa técnica ao tempo da publicação do edital de licitação".²

Dessa forma, vê-se que mesmo sendo discricionária 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.

O ato discricionário do Poder Público sobre o consórcio se limita a autorizar ou vedar a sua participação, justificando sua decisão. De modo que, uma vez autorizada, a participação do consórcio será dar dentro dos limites estabelecidos na Lei 8.666/93, sendo certo que, por ser a mencionada lei silente no sentido de apresentar a definição do que seria consórcio, aplica-se a Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.), a qual trata do referido instituto da seguinte forma:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.
(grifou-se)

² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, AC nº 0963-04/11-2, Rel. Min Augusto Sherman Cavalcanti Grupo I, Classe VI, sessão realizada no dia 15/02/11

DS
AN

DS
RSBC



Diante disso, a limitação da participação de consórcio formado por empresas que não pertençam ao mesmo grupo econômico fere o artigo 278, da Lei 6.404/1976, que prevê a sua constituição entre quaisquer companhias, sob o mesmo controle ou não.

Assim, não pode, de maneira alguma, o Poder Público criar uma limitação não prevista lei, sob pena de violar o princípio da legalidade.

Nada 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 proporcionando, desse modo, a economicidade do ajuste.

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

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

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública requer a exclusão do item 4.2.4 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. REAJUSTE DOS PREÇOS

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

DS
M

DS
RSDC

01

8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

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

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

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

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

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

Para Marçal Justen Filho:

"O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexecutável ou a distorção da competição."³

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).

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

DS
ANDS
RSDC



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

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

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.

Ante o exposto, requer a adequação do item 7.2 do Edital e da Cláusula Quarta, item X da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

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

3. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 8.3 do Edital e a Cláusula Quarta, item IV da Minuta do Contrato estabelecem que a Contratada deverá apresentar os comprovantes de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

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

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

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

DS
Aa

DS
RSDC



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 8.3 do Edital e da Cláusula Quarta, item IV 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"⁴.

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:

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

DS
M

DS
RSDC



"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."⁵

Diante disso, requer a alteração do item 8.3 do Edital e da Cláusula Quarta, item IV 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).

4. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 8.3 do Edital e a Cláusula Quarta, item IV da Minuta do Contrato estabelecem que o pagamento deverá ser realizado por de crédito em conta corrente, mediante 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.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.



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 8.3 do Edital e da Cláusula Quarta, item IV da Minuta do Contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

5. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 8.4 do Edital e a Cláusula Quarta, item V da Minuta do Contrato dispõem que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, os cálculos dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

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.

DS
RSBC

DS
AN



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.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou:

"(...) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...)".(AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

DS
AV

DS
RSDC



Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 8.4 do Edital e da Cláusula Quarta, item V da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento 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.

6. DA ILEGAL PREVISÃO QUE VISA DESCONTO POR ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO

O item 8.6 do Edital e a Cláusula Quarta, item VII da Minuta do Contrato preveem a possibilidade de desconto nas faturas mensais por antecipação do pagamento.

Ocorre que tal previsão vai de encontro à disposição da lei 8.666 de 1993, qual seja:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;*
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;*
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;*
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; (grifos nossos)*
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe,*

^{DS}
RSDC

^{DS}
AN



configurando área econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)"

Acerca do tema o Administrativista Marçal Justen Filho nos ensina, com muita propriedade, sobre a alteração das condições de pagamento:

"A regra da al. "c" tem de ser interpretada restritivamente, sob pena de inconstitucionalidade. O art. 37, XXI, da Constituição Federal determina que as contratações administrativas devem prever cláusulas que " estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta...". **Logo, não se pode cogitar de uma alteração acerca da forma de pagamento. Mesmo porque a alteração seria impedida pelos princípios da moralidade, da isonomia e da vinculação do contrato ao ato convocatório.** Se a alteração tornasse o contrato mais vantajoso, haveria vício porque outros terceiros poderiam ter manifestado interesse em participar da licitação. **Se a alteração tornasse o contrato mais desvantajoso, o próprio contratado estaria sendo prejudicado.** A interpretação é reforçada diante do disposto no art. 58, §§ 1º e 2º.

A modificação das "circunstâncias", a que alude o texto legal, não significa a simples conveniência da Administração. Não pode invocar ausência de liberação de recursos ou eventos semelhantes para pleitear a alteração. **A alteração da forma de pagamento deve ser acompanhada de soluções para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.** As circunstâncias, a que alude o texto legal, devem ser eventos que alterem as condições de execução ou de pagamento. A mutação na forma de pagamento corresponderá a essas outras alterações." **(grifos nossos)**

Destacamos ainda a regra contida nos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64:

"Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;



II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.”

Neste sentido, o Princípio da Legalidade deve ser atentamente observado pela Administração Pública, que não pode praticar qualquer ato ou exercer qualquer atividade, salvo se houver lei expressamente autorizando a prática de ato ou o desempenho de atividade. Assim, a Administração poderá apenas praticar aqueles atos devidamente autorizados por lei.

No procedimento licitatório desenvolve-se atividade vinculada, ou seja, atividade na qual inexiste liberdade, em regra, para a autoridade administrativa responsável pela condução da licitação. A lei define as condições de atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a sequência dos atos a serem praticados e impondo soluções excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas.

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

Ainda segundo Marçal Justen Filho, reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento, etc., mas uma vez realizadas tais escolhas, exaure-se a discricionariedade e caso a Administração pretenda renovar o exercício dessa faculdade, sujeitar-se-á a refazer toda a licitação.

Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele.

Deve-se destacar que o Princípio da Legalidade é o mais importante a ser observado pela Administração e do qual decorrem todos os demais, sendo essencial aos Estados de Direito e Democrático de Direito.

É notório o conhecimento de que o Princípio da Legalidade, corolário máximo da Administração Pública, tem interpretação distinta quando se refere à Administração ou ao Particular.

DS
RSDC

DS
AV



Conforme exposto anteriormente, 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.

Marcos Juruena⁶ ao comentar tal princípio esclarece que:

*"A licitação deve atender ao Princípio da Legalidade, traçando-se, na lei, o procedimento a ser adotado, as hipóteses de sua obrigatoriedade e dispensa, os direitos dos Licitantes, as modalidades de licitação e os princípios para contratação. Esclareça-se que a legalidade administrativa mencionada no art. 37 da Constituição federal difere daquela numerada no art. 5º da Lei Maior; **enquanto este garante ao particular agir sempre que a lei não proíba, aquela impõe à Administração só agir quando a lei assim o permitir.**"*

Toda atividade administrativa vincula-se a tal princípio, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5º, incisos II e XXXV, e 37. A própria Lei n.º. 8.666/1993, ao elencar os princípios básicos aos quais a Administração deverá observar quando de sua atuação, indicou inicialmente o referido princípio, vejamos:

"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."

Celso Ribeiro Bastos assim leciona sobre o princípio:

*"Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. **É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer.**"⁷*

⁶ SOUTO, Marco Juruena Vilela. *Licitações & contratos administrativos*. Editora Esplanada, 3ª Edição. 1999, Rio de Janeiro, páginas

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.



O Superior Tribunal de Justiça, assim já decidiu, observando a necessidade de atuação pela Administração Pública limitada ao referido princípio:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO, NA ATPF, DO NÚMERO DA NOTA FISCAL RELATIVA AO PRODUTO TRANSPORTADO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.

1. Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da legalidade. Por esse princípio, todo e qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade com a lei e dentro dos limites por ela traçados.”⁸
(grifo nosso).

Daí porque, mediante a republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame, a Oi solicita a V. S^a., a exclusão do item 8.6 do Edital e da Cláusula Quarta, item VII da Minuta do Contrato.

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

O item 15.1.3, alínea “i” do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa de débitos trabalhistas - CNDT.

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

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

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

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

⁸ Superior Tribunal de Justiça, REsp 9985174 Recurso Especial 2007/0211094-8, Relator (a) Denise Arruda.



(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;"

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

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

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

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

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

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

(...)

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

DS
AV

DS
RSDC



Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

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

Ante o exposto, requer a adequação do item 15.1.3, alínea "i" do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

6. Das penalidades excessivas

O item 21.1, alínea "c" do Edital e a Cláusula Décima Primeira, item I, alínea "c" da Minuta do Contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

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

"Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade**

DS
AN

DS
RSDC



da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente⁹ (grifo nosso)

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

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

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

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

"Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.**"¹⁰ (grifo nosso)

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



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

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

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

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

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

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

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

DS
AV

DS
RSDC



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

Por todo o exposto, requer a adequação do item 21.1, alínea "c" do Edital e da Cláusula Décima Primeira, item I, alínea "c" da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

7. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

O item 21.1, alínea "c" do Edital e a Cláusula Décima Primeira, item I, alínea "c" da Minuta do Contrato não fazem distinção quanto as penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato.

É importante ressaltar que a multa aplicada tem como base de cálculo o valor total do contrato.

De plano já se observa uma aplicação desproporcional e irrazoável, pois nos casos de inexecução parcial, a multa deve ter como base de cálculo o valor mensal ou o percentual inadimplido.

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*"¹¹.

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:

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.



“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”¹²

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 libito, 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.”¹³

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.



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

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

Desta forma, requer a alteração do item 21.1, alínea "c" do Edital e da Cláusula Décima Primeira, item I, alínea "c" da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

DA PARTE TÉCNICA

1. DA SUBCONTRATAÇÃO:

Solicitamos que seja incluída a possibilidade de subcontratação, desde que isso não implique transferência da prestação do serviço contratado, em perda de economicidade ou em detrimento de sua qualidade, com o objetivo de 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, que seja permitida a participação em consórcio de empresas.

Nossa solicitação será acatada?

2. DA LISTA DE LOCALIDADES

Anexo VIII (Relação das Unidades)

Para que possa ser realizado um estudo de viabilidade técnica de forma que possa ser elaborado um proposta técnica comercial de forma a atender as especificações solicitadas no

DS
AN

DS
RSDC 24



Edital, é necessário que as informações referente ao local de instalação sejam os mais precisos possível de forma que a CONTRATADA possa verificar o real investimento e a real viabilidade técnica no local para que seja elaborada a proposta de forma mais vantajosa para a administração pública, de forma que não sejam levantados custos desnecessários para o atendimento.

Desta forma solicitamos que seja incluído as coordenadas geográficas do ponto solicitados uma vez que muitos endereços se encontram em estradas e rodovias sem numeração, sendo assim a informação do edital não está precisa quanta a localidade onde serão instalados os links.

Para que possamos realizar um proposta assertiva solicitamos que esse item seja incluído no Edital.

Nossa solicitação será acatada?

UNIDADE	ENDEREÇO
Centro Municipal de Saúde de Bananeiras	Est. de Bananeiras, s/nº – Bananeiras
Centro Municipal de Saúde de Caxito	Caxito 1, Distrito s/nº – Caxito
Centro Municipal de Saúde de Coqueiro	Rua Euclides da Rosa, s/nº – Coqueiro
Unidade Municipal de Saúde da Família de Aldeia Velha	Rua Macharet, s/nº – Aldeia Velha
Unidade Municipal de Saúde da Família de Boqueirão	Rua I, Lt s/nº – Lucilândia – Boqueirão
Unidade Municipal de Saúde da Família de Cidade Nova	Rua São Jorge, 37 – Cidade Nova
Unidade Municipal de Saúde da Família de Fazenda Brasil	Rua Jataí, 185 – Fazenda Brasil
Unidade Municipal de Saúde da Família de Gaviões	Est. de Gaviões, s/nº – Gaviões
Unidade Municipal de Saúde da Família de Imbaú	Rua Zenita de Oliveira Souza, s/nº – Imbaú
Unidade Municipal de Saúde da Família de Juturnaíba	Est. de Juturnaíba, s/nº – Lagoa de Juturnaíba
Unidade Municipal de Saúde da Família de Mato Alto	Est. de Mato Alto, s/nº – Mato Alto
Unidade Municipal de Saúde da Família de Pirineus	Est. de Pirineus, s/nº – Pirineus
Unidade Municipal de Saúde da Família de Vargem Grande	Est. de Vargem Grande, s/nº – Vargem Grande
Unidade Municipal de Saúde da Família de Varginha	Rua Pulchério Machado, s/nº – Varginha
Unidade Municipal de Saúde de Biquinha	Est. da Biquinha, s/nº – Biquinha
Unidade Municipal de Saúde da Família de Cambucaes	Est. de Cambucaes, s/nº – Cambucaes
Residência Terapêutica	Rua Santo Expedito, 115 – Santo Expedito

3. DA TABELA DE PREÇO

DS
M

DS
RSDC



Planilha de Formação de Preços apresenta a tabelas nas quais a PROPONENTE deve ofertar os preços mensais dos serviços objeto deste Edital. No entanto, em nosso entendimento, na fatura a ser enviada a CONTRATANTE poderá ter mais de um item de cobrança pelos serviços desde que a soma dos itens seja equivalente ao valor proposto na tabela

Nosso entendimento está correto?

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.

Silva Jardim/RJ, 10 de maio de 2021.

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.

Silva Jardim - RJ, 11 de maio de 2021.

DocuSigned by:

RENATO SOUZA DA CONCEICAO

FCC99AC11FDB4E6...

Renato Souza Da Conceicao

E-mail: renato.conceicao@oi.net.br

Oi: (21) 98763-5188

Executivo de Negócios Oi Soluções

DocuSigned by:

MANUEL VANDA

71E32BBB2C38457...

Manuel Vanda

E-mail: manuel.vanda@oi.net.br

Oi: (21) 8595-4800

Executivo de Negócios Oi Soluções



RESPOSTA DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL Pregão Presencial nº 07/2021 – FMS

Valho-me do presente para apresentar resposta à impugnação de edital impetrada através do processo administrativo nº 4120/2021, pela empresa OI S.A. - em Recuperação Judicial, sociedade anônima, com sede na Rua do Lavradio, 71 – 2º Andar – Parte – Centro – Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ 76.535.764/0001-43.

DO ALVO

A presente impugnação é direcionada à licitação na modalidade PREGÃO PRESENCIAL nº 07/2021-FMS cujo objeto é **contratação de empresa especializada para a instalação, configuração e conexão de acesso à internet nas Unidades Básicas de Saúde**, a ser realizado no dia 13/05/2021 às 09:00, no Setor de Licitação, sito à Pça. Amaral Peixoto, 46 - Centro, Silva Jardim-RJ

DOS PROTOCOLOS

Manifestou-se a impugnante pela abertura do processo administrativo nº 4120/2021, na data de 11/05/2021 através de seu representante devidamente investido, de acordo com a documentação acostada ao presente.

Considerando a data de realização do certame e a modalidade adotada, atesta-se a tempestividade do pleito, o que conduz o presente ao exame de seus argumentos com o zelo requerido.

DO MÉRITO

ITEM 1 – Vedação à Participação de Licitantes em Regime de Consórcio

A Lei Federal 6.404/76 que dispõe sobre as Sociedades por Ações, em seu art. 278 estabelece que consórcio entre empresas tem por objeto a execução de determinado empreendimento.

O TCU possui jurisprudência pacífica que a aceitação de participação de consórcios faz parte do Poder Discricionário da Administração Pública.

O consórcio é recomendável, ou até mesmo imprescindível, nas situações em que as empresas não possuem condições de participar isoladamente do certame devido ao objeto apresentar grande vulto ou complexidade técnica.

A licitação que tem por objeto disponibilizar links de internet tem o valor estimado de R\$ 236.481,81, para o período de doze meses.

A regra tem sido que a Administração privilegie a participação de licitantes com propostas individuais.

Ressalta-se que a vedação de consórcios não impede a participação de empresa isolada, visto que não se trata de objeto de grande vulto ou complexidade técnica.

Pelo exposto, o questionamento **não será acatado**.

49



ITEM 2 – Reajuste dos Preços

Como já demonstrado pela Impugnante, a Lei Federal 8.666/93, art 40, inciso XI, determina que o edital conterà, obrigatoriamente, critério de reajuste. E a Resolução da ANATEL 614/2013 que aprova o regulamento do SCM, determina que no contrato de prestação dos serviços deverá constar critério de reajuste, sem especificar qual seria o índice mais adequado ou proibir a utilização de algum índice específico.

Visto que o edital já prevê qual será o critério de reajuste no item 7 (IPCA), entendo que o edital atende à Lei e Resolução acima citadas, logo o questionamento **não será acatado.**

ITEM 3 – Indevida Apresentação de Certidões de Regularidade Mensalmente

A Lei Federal 8.666/93 estabelece que a Administração deve exigir apresentação pelos licitantes de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, e ainda que a regularidade deve ser mantida durante todo o contrato.

É dever da Administração verificar tal regularidade antes da liquidação das despesas, logo é natural que a Contratada, quando inicia processo administrativo solicitando a quitação da despesa apresente novamente tal documentação comprovando a regularidade, não estando impedida, inclusive, de utilizar as mesmas certidões utilizadas em procedimentos dos meses anteriores, contanto que ainda encontrem-se dentro de seus prazos de validade.

Pelo exposto, o questionamento **não será acatado.**

ITEM 4 – Pagamento via Nota Fiscal com Código de Barras

Em relação à forma de pagamento a Impugnante solicita que deveriam ser efetuados via fatura (nota fiscal com código de barra) ou SIAFI.

Quanto ao SIAFI, esta Administração não está vinculada ao sistema, não sendo possível aceitar tal forma de pagamento.

No entanto, não existem motivos para que o pagamento não possa ser realizado via nota fiscal com código de barras, logo a forma de pagamento pode ser aceita.

Pelo exposto, o questionamento **será acatado**, mas por entender que tal informação sobre o pagamento não interfere na elaboração de propostas, não existe a necessidade de republicação do edital, pois a medida seria tão somente protelatória.

Portanto nos itens do edital que se referem ao pagamento, onde se lê “Nota Fiscal” e “crédito em conta-corrente” proponho que as licitantes leiam como “Nota Fiscal ou Fatura com código de barras”.

ITEM 5 – Garantias à Contratada em Caso de Inadimplência da Contratante

Tratando-se da multa a ser paga à Contratada por atraso da Contratante, cabe informar que o edital já prevê em seu item 8.4 quais serão os percentuais considerados,



em atendimento ao art. 40, inciso XIV, alínea "d" da Lei Federal 8.666/93, e os mesmos têm-se demonstrado eficaz e eficiente nas demais contratações realizadas por esta Administração nos últimos anos.

Por entender que o edital atende à Lei acima citada, o questionamento **não será acatado**.

ITEM 6 – Da Ilegal Previsão que Visa Desconto por Antecipação de Pagamento

Quanto ao previsto no item 8.6 do edital, cabe entendimento similar ao item anterior, que o mesmo têm-se demonstrado eficaz e eficiente nas demais contratações realizadas por esta Administração nos últimos anos, complementando que foi verificado a utilização do mesmo item por alguns órgãos públicos no Estado do Rio de Janeiro, entre Prefeituras e o TCE/RJ.

Em sua defesa a Impugnante informa sobre alterações das condições de pagamento, no entanto, não há que se falar em alterações que firam a isonomia ou vinculação ao ato convocatório visto que o item já deixa claro para os participantes as condições de pagamento, e o mero desconto previamente estipulado não pode ser considerado alteração pois é condição exposta a todos.

E ainda, no que concerne às disposições legais, o edital foi observado pelo órgão Jurídico desta Administração e não foi observado que tal cláusula prejudicaria o certame e futuro contrato.

Pelo exposto, o questionamento **não será acatado**.

ITEM 7 – Exigência de Regularidade Trabalhista como Requisito de Habilitação Aplicável às Contratações Empreendidas pelo Poder Público

A partir deste item seguirei numeração distinta da documentação acostada, por entender que houve erro material quanto à continuidade da numeração.

A Impugnante solicita que seja readequado o item 15.1.3, alínea "i" do edital para que esta Administração aceite Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, no entanto, além do Código Tributário Nacional já indicar no art. 206 que tais certidões cumprem o mesmo propósito das Negativas, o próprio edital no item 15.1.5.2 já prevê "Serão aceitas certidões positivas com efeito de negativa e certidões positivas, que noticiem que os débitos certificados estão garantidos ou com sua exigibilidade suspensa".

Pelo exposto, o questionamento **não será acatado**, quanto à modificação do edital, esclarecendo que as empresas poderão apresentar certidões positivas com efeito de negativa.

ITEM 8 – Das Penalidades Excessivas

A Lei Federal 8.666/93 determina que a Administração poderá aplicar sanções à contratada pelo não cumprimento do contrato. É o que trata o item 21 do edital, que tem o



objetivo de, no exercício do Poder Punitivo da Administração e com base na Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Particular, aplicar penalidades no intuito de reprimir os infratores de cometer novamente práticas passíveis de apenamento e promover a boa execução do contrato.

Tais multas têm caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos causados à Contratante.

A penalidade específica questionada (alínea "c") indica o limite da multa, e cada caso será analisado pela Administração, levando em consideração o dano causado para dosar a porcentagem da multa, se utilizando da proporcionalidade e razoabilidade.

Cabe ressaltar que as multas previstas obedecem ao limite do valor do contrato.

Pelo exposto, o questionamento **não será acatado.**

ITEM 9 – Da Razoabilidade na Aplicação da Multa

Por entender que a resposta do item 8 cabe ao item 9, o questionamento **não será acatado.**

ITEM 10 – Da Subcontratação

Há orientação do TCU (Acórdão nº 1.748/2009, Plenário) para que a permissão de subcontratação seja utilizada em caráter excepcional, quando estritamente necessária, o que não é o caso, conforme já explicitado no Item 1 sobre o vulto e complexidade da contratação.

Pelo exposto, o questionamento **não será acatado.**

ITEM 11 – Da Lista de Localidades

A Impugnante solicita as coordenadas geográficas para o estudo de viabilidade técnica e elaboração da proposta comercial pois os endereços encontram-se sem numeração. Mas cabe informar que a empresa Oi S.A. é conhecedora da região por disponibilizar linha de telefonia fixa nos bairros deste Município, e portanto pelos próprios bairros saberia identificar a viabilidade. No entanto, como nem todas as empresas possuem tal conhecimento a Administração já havia decidido por complementar o Anexo VIII com as coordenadas, e tal complemento já constava no site oficial desta Prefeitura antes mesmo da impugnação.

Pelo exposto, não há o que se falar em incluir o que já está incluso e o questionamento **não será acatado.**

ITEM 12 – Da Tabela de Preço

Trata-se de item de esclarecimento, para o qual esclareço que o entendimento da empresa **está correto**, podendo aglutinar em uma só fatura os itens de cobrança,



Estado do Rio de Janeiro
PREFEITURA MUNICIPAL DE SILVA JARDIM
SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO
Comissão Permanente de Licitação
Pç. Amaral Peixoto, 46 - Centro - Silva Jardim - RJ - CEP. 28.820-000
Telefax.: (22) 2668-1118 - CNPJ. Nº 28.741.098/0001-57
Home page <http://www.silvajardim.rj.gov.br> E-mail pmsj.licitacao@gmail.com

Prefeitura Municipal de Silva Jardim

Processo nº 4120

Rubrica _____ Fls: _____

contanto que atenda os valores ofertados.

DO POSICIONAMENTO

Conforme citado em cada item, **acato parcialmente** as alegações do particular, não vislumbrando oportunidade ou razão para republicação do edital e/ou suspensão da data do certame.

Atenciosamente,

VINÍCIUS VALVIESSA DE MOURA SOUZA
Pregoeiro