



Ilmo. Sr. Pregoeiro do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 017/2016

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 n.º 33.000.118/0001-79, simplesmente denominada “Oi”, 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

O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 017/2016, visando à *“contratação de empresa especializada para prestação de serviço de acesso ao backbone da Internet, para possibilitar maior velocidade e redundância de acesso aos serviços disponibilizados na web, para atender ao Tribunal de Justiça do Amazonas, conforme especificações e condições definidas no Termo de Referência deste edital.”*

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

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

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



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

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

O item 3.4, alínea “a” do Edital veda a participação de empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar e/ou impedidas de contratar **com qualquer órgão da Administração Pública**.

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

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, *in verbis*:

“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“**Administração Pública:** A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além



disso, as ‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

“**Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”¹

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública.”²

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)³, segundo o qual **os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou.** Nesse sentido, destaca-se:

Informativo TCU nº 147:

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

“[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que “a *jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou* (Acórdãos

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

³ Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.



3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)". E mais: "*Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal*". Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo "*Administração*" constante do item 2.2, "c", os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão "*refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal*" e que, portanto, "*o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte*". [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) "*recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal*". **Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.**

Vale mencionar que este já era o **entendimento "histórico" do Tribunal de Contas da União**, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a **Administração** é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o *órgão público*. Já a **Administração Pública** é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Portanto, requer seja alterado o item 3.4, alínea "a" do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.

2. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 3.4, alínea "f" do Edital veda a participação de empresas sob a forma de 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 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.**⁴ (grifo nosso)

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

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

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

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

“(...) 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

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 495.



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).

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”.⁵

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

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)

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

⁵ 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



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 3.4, alínea “f” 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.

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

O item 16.2, alínea “f” 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:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

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

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

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

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

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

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

(...)



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

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

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

Ante o exposto, requer a adequação do item 16.2, alínea “f” do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

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

O item 23.2, alínea “d” do Edital, o item 10.2, alínea “b” do Termo de Referência e a Cláusula Nona, alínea “cc” da Minuta do Contrato preveem, respectivamente, que:

“ser responsável pelos danos causados ao Tribunal de Justiça do Amazonas ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo quando da execução do objeto desta licitação, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade em virtude da fiscalização ou do acompanhamento pela contratante;”

“Responder por quaisquer danos, pessoais ou materiais, ocasionados em face do contrato;”



“Responsabilizar-se pelos danos causados à Administração ou a terceiros decorrentes de sua culpa ou dolo na execução dos serviços, apurados em procedimento próprio assegurada a ampla defesa, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pela CONTRATANTE;”

Insta esclarecer que as previsões contidas nos referidos itens são desproporcionais, pois preveem que a Contratada deverá arcar com **QUALQUER perda ou prejuízo** sofrido pela Contratante.

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

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

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

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

*De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.”⁶ (grifos nossos)*

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

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



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

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

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

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

Diante do exposto, requer sejam alterados o item 23.2, alínea “d” do Edital, o item 10.2, alínea “b” do Termo de Referência e a Cláusula Nona, alínea “cc” da Minuta do Contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa.

5. IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS

Os itens 29.4 e 29.5 do Edital preveem, respectivamente, que:

“29.4 - É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao do Tribunal de Justiça do Amazonas.

29.5 - É vedada, ainda a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que tenha entre seus empregados colocados à disposição do Tribunal de Justiça do Amazonas



para o exercício de funções de chefia, pessoas que incidam na vedação dos arts. 1º e 2º da Resolução nº 156/2012, de 8 de Agosto de 2012 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em atendimento ao disposto no art. 4º da resolução supracitada.”

Ocorre não é viável a promoção de investigação de “árvore genealógica” de todos os seus 13 mil funcionários da Oi para constatar eventual descumprimento à condição acima transcrita.

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

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

*“Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.”*

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

Toda atividade administrativa vincula-se ao Princípio da Legalidade, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5º, incisos II e XXXV, e 37.

A própria Lei n.º. 8.666/1993, ao elencar os princípios básicos a serem observados pela Administração 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.”

Os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93^[1] 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.**

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.

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

“No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 2056/2008 Plenário)

Deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. A prevalecer tais exigências, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ante o exposto, a Oi requer a exclusão da previsão contida nos itens 29.4 e 29.5 do Edital em atendimento ao princípio da legalidade.

6. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Os itens 6.2.2, 6.3.5 do Termo de Referência e item 25.1, alíneas “b”, “i” e “j” 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.

^[1] A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 (“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.



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

“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**”⁷ (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:

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.



“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.**”⁸ (grifo nosso)

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

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

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

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

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



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)

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 dos itens 6.2.2, 6.3.5 do Termo de Referência e do item 25.1, alíneas “b”, “i” e “j” da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

7. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 15 do Termo de Referência estabelece que o pagamento deverá ser realizado por meio 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.

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

8. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O item 13.4 da Minuta do Contrato prevê que *“Havendo erro na Nota Fiscal/Fatura ou circunstância que impeça a liquidação da despesa, aquela será devolvida pelo Fiscal à CONTRATADA e o pagamento ficará pendente até que a mesma providencie as medidas saneadoras. Nesta hipótese, o prazo para pagamento será interrompido e reiniciado a partir da regularização da situação ou reapresentação do documento fiscal, não acarretando qualquer ônus para o CONTRATANTE.”*

Ou seja, o instrumento convocatório determina que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção.



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

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

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

Diante disso, requer a adequação do item 13.4 da Minuta do Contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

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

O Edital deste certame licitatório, no item 13.7 da Minuta do Contrato exige que *“em nenhuma hipótese será efetuado pagamento de Nota Fiscal/Fatura com o número do CNPJ/MF diferente do que foi apresentado na proposta de preços, mesmo que sejam empresas consideradas matriz e filial ou vice versa, ou pertencentes ao mesmo grupo ou conglomerado.”*

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

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

Dessa forma, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 108) define com clareza que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Com isso, verifica-



se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

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

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

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

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

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

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

Diante do exposto, ao emitir a nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado pela Oi - Matriz, a Oi nada mais faz do que cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei n. 8.666/93 que, como se vê aqui, igualmente encontra-se observada em sua íntegra.



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

Diante do exposto, requer a alteração do item 13.7 da Minuta do Contrato para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato possa ser firmado pela matriz na forma do art. 29 da Lei n. 8666/93.

10. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 15.1 da Minuta do Contrato dispõe que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, o cálculo 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.

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)

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 15.1 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.

11. 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 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

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

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

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

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

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

Para Marçal Justen Filho:

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexequível ou a distorção da competição.”⁹

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



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

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

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

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 17.1 da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

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

12. DOS ITENS TÉCNICOS

a. DAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DO SERVIÇO

No item 4.1.3 e item 4.3.11 alínea f que fala da capacitação da equipe da CONTRATANTE temos que:

4.1.3 Serviços de capacitação da equipe da CONTRATANTE voltada para a gestão da infraestrutura de acesso à Internet e aos serviços contratados, ou seja, às ferramentas de gestão do serviço contratado;

4.3.11 Quanto aos serviços, a LICITANTE deverá:



f. Capacitar a equipe da CONTRATANTE para gerenciar níveis de serviços de sua infraestrutura de acesso a Internet.

Entendemos que a capacitação de equipes é um instrumento que concretiza o bom desenvolvimento da Contratante no manuseio do objeto contratado. Visando uma melhor qualidade na capacitação fazem-se necessárias informações de pessoas a serem treinadas, horas de capacitação dentre outros quesitos. Nesse caso deve existir por parte da Contratada maior investimento na contratação e preparação de colaboradores para atendimento dessa demanda diminuindo, dessa forma, a máxima competitividade possível entre os interessados na participação do certame.

Diante do exposto solicitamos a retirada dos itens supracitados a fim de não prejudicar a participação das Licitantes e, por conseguinte, trazer maior competitividade e preços mais acessíveis ao Tribunal da Justiça do Amazonas.

No item **4.1.7** e item **4.18.3** que tratam da latência máxima admitida por link contratado, tem-se que:

4.1.7. A latência máxima admitida para o link contratado é de 100 ms

4.18.3 Para a porta de comunicação de infraestrutura de acesso a Internet do TJA, as médias dos tempos de retardo de ida e volta, calculadas conforme mencionado no item 4.18.2, não poderão ultrapassar o limite de 100 ms (quatrocentos milissegundos).

Sabemos que Latência é a diferença de tempo para um pacote de dados ir de um ponto para outro. Sabemos também que a inclusão da internet nesse tipo de mensuração gera interferências e atenuações próprias da própria rede Internet, que fogem ao controle da CONTRATADA, produzidos entre o pacote enviado e o de retorno.

Se considerarmos o teste de conectividade entre os equipamentos devem ser contabilizados a quantidade de saltos realizados até servidor de destino. Nesse caso, portanto, não há como mapear a quantidade de saltos na nuvem de Internet, fato que eleva a latência mensurada. Nesse caso o limite máximo de latência de 100ms não representa a realidade dos cálculos de tempo de retardo de ida e volta de acessos que incluem a internet.



Diante do exposto entende-se que, qualquer empresa contratada para atendimento deste objeto, só pode garantir a latência se o calculo realizado estiver levando em consideração até o equipamento de borda do backbone da Contratada.

Considerando tal métrica e sabendo que é de interesse da Contratante trazer maior concorrência ao certame solicitamos a readequação dos itens supracitados para latência máxima estar em 180ms levando em consideração até o equipamento de borda do backbone da contratada.

b. DAS CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS DA SOLUÇÃO A SER OFERECIDA PELA LICITANTE

No item **4.3.9** que fala das características e requisitos da solução a ser oferecida pela Licitante:

4.3.9 A LICITANTE disponibilizará a tecnologia DNSSEC e DNS para resolução de nomes para os endereços externos disponibilizados pela CONTRATANTE.

Entendemos que a principal finalidade da disponibilização dessa tecnologia seja tornar o uso da Internet mais simples permitindo a tradução de nomes para endereços IP's e vice-versa. Com a adição de segurança à resolução de nomes é iminente o aumento dos custos envolvidos para prestação do serviço descrito nesse certame.

Saliente-se que o objetivo do Tribunal de Justiça do Amazonas ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação do objeto desse edital. Entretanto, com tal restrição é visível a diminuição da competitividade e a melhor contratação almejada.

Assim sendo é deve ser retirado da necessidade da Contratada disponibilizar a tecnologia DNSSEC do certame.

c. DA DISPONIBILIDADE MENSAL:

No item **4.6** que fala do índice de disponibilidade mensal temos:

4.6 O índice de disponibilidade mensal deverá ser de no mínimo 99,5%;



E de conhecimento das empresas que trabalham com telecomunicações que os canais de transmissão estão sujeitos a diversos fenômenos que podem degradar o sinal transmitido como a distorção de retardo, de atenuação, distorção harmônica, distorção característica, ruídos, diafonia, eco, phase jitter e drop-out.

Essas problemáticas podem limitar o desempenho dos sistemas de comunicação. Um dos causadores desses fenômenos supracitados é a distancia visto que a chegada do sinal se dá através de cabos e/ou fibras e é sabido por todos de que a extensão territorial de Manaus é vasta sendo a maior capital estadual no Brasil em área territorial.

Nesse caso, a fim de contornar essas perdas é necessário o acréscimo de rotas redundantes com implantação de fibras e repetidores, instalação de backbones com sistemas internos de elevadíssimo desempenho para comutar diferentes tipos de fluxo de dados.

Haja vista as informações evidenciadas, entendemos que o investimento dessa infraestrutura pode onerar na precificação do objeto deste certame dirimindo, portanto, a principal finalidade da criação desse processo licitatório. Assim, requeremos a readequação da disponibilidade mensal para 98,6% no backbone da contratada.

d. DO ACORDO DE NÍVEIS DE SERVIÇO

No item 4.21.7 que fala do que fala do acordo de níveis de serviço da gerencia de rede proativa e central de atendimento, temos:

4.21.7 Na ocorrência de qualquer falha no backbone, na rede de acesso ou em ECDs instalados no TJAM, caberá à LICITANTE iniciar de forma pró-ativa o processo de recuperação de falhas. Para tal, a LICITANTE deverá registrar histórico de todos os eventos até a completa resolução do problema, utilizando para isso o aplicativo para registro de chamadas, que deverá contemplar as seguintes informações:

(...)

h. "Histórico de ações" (data/ hora e descrição).

É padrão das empresas que fornecem serviços de telecomunicações que, em caso de falhas de circuitos, de rede de acesso ou mesmo de backbones, tratem com o máximo de brevidade e sempre fornecendo a seus clientes a descrição do problema e o tempo médio para reestabelecimento dos serviços.



Entendendo que o principal interesse da Contratante é a descrição do problema e o reestabelecimento do serviço fica implícito as ações tomadas pela equipe de operações. Diante do exposto e, com o intuito de trazer maior competitividade ao certame solicitamos a retirada de tal alínea.

Nos itens **4.21.9** e **4.21.10** que também falam do acordo de níveis de serviço da gerencia de rede proativa e central de atendimento, temos:

4.21.9 A CONTRATANTE poderá fazer registros referentes a ocorrências e à qualidade dos serviços prestados, não só através de ligações telefônicas como também através do envio de mensagens textuais para a Central de Atendimento da LICITANTE.

4.21.10 As mensagens mencionadas no item 4.21.9, enviadas durante todo o período de vigência do contrato, deverão estar disponíveis para consulta. Para tal, a LICITANTE deverá prover uma forma de acesso a estas mensagens em relatórios consolidados por mês. Estes relatórios deverão conter o “horário” – hora e minutos, a “data” – dia, mês e ano, o “nome do representante da CONTRATANTE” responsável pela abertura e o “conteúdo da mensagem” enviada, permitindo inclusive a impressão pela gerência de rede da CONTRATANTE. A necessidade dos relatórios descritos nos itens 4.21.9 e 4.21.10 pode ser suprida pela disponibilidade dos mesmos via sistema de gestão.

Entendemos que os registros de ocorrência no que diz respeito à qualidade dos serviços prestados pela Contratada devem ser evidenciados à Contratante com periodicidade ou sempre que solicitado pela Contratante. Essas informações são passadas por diversos canais como através de ligações telefônica ou disponível em portal autenticado através do fornecimento de senhas disponíveis apenas para usuários autorizados zelando, portanto, pela confidencialidade das informações repassadas. Já as informações advindas de mensagens textuais possuem limitações no que diz respeito a privacidade.

Assim sendo, sabendo que é de interesse da Contratante que as informações repassadas sejam sigilosas, é necessário estabelecer a readequação dos itens aludidos acima retirando a necessidade de envio de mensagens textuais com informações referente a qualidade do serviço prestado.



e. **DAS CONDIÇÕES DE ENTREGA E RECEBIMENTO**

No item **8.1** que fala das condições de entrega e recebimento do objeto contratado, temos:

8.1. O prazo a ser fixado para a entrega deverá ser de 30 (trinta) dias corridos, a partir da assinatura do contrato.

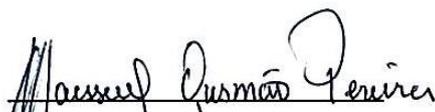
A fim de obter maior qualidade no serviço conforme é descrito neste certame faz-se necessário a instalação das melhores tecnologias presentes no mercado brasileiro. Para instalação de infraestrutura que apresente grande banda passante, baixa atenuação, imunidade a interferências eletromagnéticas e ruídos, isolamento elétrico, segurança e com possibilidade de rápida ampliação de banda sem necessidade de troca de infraestrutura, é essencial um maior prazo de entrega do serviço.

Assim sendo é vital a readequação de tal item para um prazo de entrega de 90 dias corridos preservando, conseqüentemente, a máxima competitividade no certame.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Telemar Norte Leste S.A** 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 conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Manaus/AM, 15 de junho de 2016.


Maçsuel Gusmão Pereira
Executivo de Negócio
ID 2487692-5


Perla Vanessa Silva Pereira
Gerente de Vendas
ID MG 6343289