



**ILMO. SR. PREGOEIRO DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA**

**Ref.: Impugnação aos termos do Edital do Pregão Eletrônico nº0182014**

**Telemar Norte Leste S.A.**, sociedade anônima, 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/MF sob o nº 33.000.118/0001-79, doravante 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**

A **COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA** instaurou procedimento licitatório em conjunto na modalidade Pregão Eletrônico sob o n.º 182014, visando **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA, MÓVEL E DE ACESSO À INTERNET ATRAVÉS DA TECNOLOGIA 3G PARA ATENDER A DEMANDA DO EDIFÍCIO SEDE DA 6ª SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA CODEVASF, MUNICÍPIO DE JUAZEIRO, ESTADO DA BAHIA.**

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 - DA POSSIBILIDADE DE APRESENTAR CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA EM RELAÇÃO AOS DÉBITOS TRABALHISTAS**

A alínea “e” do **item 11.1.1 do Edital** dispõe que deve ser apresentada prova de inexistência de débito inadimplido perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação da respectiva certidão negativa, porém, nada mencionou acerca da possibilidade de apresentar certidão positiva com efeitos de negativa.

Sobre o tema da Certidão Negativa de Débitos Trabalhista, de início, vale salientar a modificação presente na Lei n. 8.666/93, trazida pela Lei n. 12.440/11, que acrescentou ao elenco dos requisitos de habilitação nas licitações a comprovação de **regularidade trabalhista** (art. 27, IV).

Também foi incluído ao artigo 29, da Lei n. 8.666/93, o inciso V prevendo que a documentação relativa à regularidade trabalhista consistirá em prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, **mediante a apresentação de certidão negativa**, nos termos do **Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1o de maio de 1943**.

É de suma importância observar que a **própria Lei n.º 12440/2011** estabelece que a Certidão Positiva com efeitos negativos de Débitos Trabalhistas, é passível de surtir os mesmos efeitos da CNDT. *In verbis*:

*“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.*

(...)



**§ 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.”**

No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional já se manifestava anteriormente através do artigo 206, senão vejamos:

### **“CAPÍTULO III**

#### *Certidões Negativas*

*Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.*

*Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.*

**Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”**

Não restam dúvidas de que a legislação acolhe a Certidão Positiva com efeitos de Negativa como instrumento válido para retratar a regularidade do seu apresentante.

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



Cabe aqui colacionar o entendimento do TCU quanto à importância do princípio em questão:

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

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

Desta forma, requer a alteração da alínea “e” do item 11.1.1 **do Edital** para que a Certidão Positiva com Efeito de Negativa também comprove a inexistência de débitos inadimplidos.

## **2 - PREVISÃO DE EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS À PARTICIPAÇÃO DAS LICITANTES**

A alínea “d” do item 11.1.2 prevê que a licitante deverá apresentar declaração *“acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo no Anexo IV deste Edital, de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada vigentes na data de apresentação da proposta não é superior ao Patrimônio Líquido.”*

Ora, esta exigência, além de ausente de previsão legal, torna-se impossível de cumprimento por parte da Oi, tendo em vista aos milhares de contratos pactuados tanto com a iniciativa privada, quanto com órgãos da Administração Pública.

Cumprido destacar que a Lei de Licitações reprovava a adoção de cláusulas discriminatórias fundadas em critérios não pertinentes ou não relevantes para o objeto da contratação, como se vê do inciso I do § 1º do art. 3º:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da



moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

Da leitura do referido dispositivo legal, verifica-se que ao invés de declarar a invalidade de determinada espécie de cláusulas, a Lei de Licitações emite proibição dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório, na tentativa de evitar a concretização do vício, antes que de reprimir, em momento posterior, a sua ocorrência.

Assim, a regra aplica-se à elaboração dos atos de convocação de licitação. Seus destinatários são os titulares da atribuição de elaborar, aprovar, ratificar ou homologar os atos convocatórios.

A Administração Pública, em qualquer licitação, tem o direito de se assegurar da idoneidade, da capacidade operacional e da regularidade relativa à constituição das pessoas jurídicas candidatas. O estabelecimento de exigências que visam à comprovação dessas condições situa-se na margem de discricionariedade deferida ao agente do Poder Público. No entanto, tais exigências não podem ultrapassar os limites legais concernentes a essa comprovação.

O Edital tem que estabelecer as regras necessárias para a seleção da proposta mais vantajosa. Respeitadas as exigências necessárias para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, deverão ser invalidadas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação.

Portanto, a previsão de exigência no Edital que não tenha pertinência e relevância para a seleção da proposta mais vantajosa é discriminatória e deve ser excluída.



Esse também é o entendimento do Tribunal de Contas da União, manifestado no Acórdão n.º 1312/2008 (Plenário):

“Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 30, § 1o, inciso I, o art. 30, § 1o, inciso I, e § 5o, da Lei no 8.666/1993.”

Os serviços de telecomunicações, objeto ora licitado, são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

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

Especialmente quanto ao setor de telecomunicações, não há uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

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

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

(...)

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

No presente caso, as exigências impostas pelo Edital são medidas extremamente restritivas à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a



participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados.

A prevalecer tais exigências, restará frustrada a contratação pretendida e, conseqüentemente, não será garantida a contratação mais vantajosa para a Administração, razão pela qual requer seja excluída.

### **3 - DA RETENÇÃO DE PAGAMENTO POR FALTA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL**

O item 17.7.2 do Edital condiciona a realização do pagamento à apresentação de documentos junto à nota fiscal/fatura comprobatórios da regularidade fiscal da Contratada. A Oi não discute a obrigação legal da Contratada de manter as condições de habilitação durante a execução do contrato, dentre as quais a regularidade fiscal.

Ocorre que, a hipótese de retenção de pagamento por eventual irregularidade fiscal (descumprimento contratual) da Contratada e/ou falta de apresentação destes documentos não está listada no artigo 87 da Lei nº 8.666/93 dentre as penalidades aplicáveis à Contratada.

Assim, em respeito ao Princípio da Legalidade, não é possível ao agente público condicionar a realização do pagamento à comprovação prévia da regularidade fiscal da Contratada, pois esta não foi da vontade do legislador pátrio.

Ratificando a ilegalidade de retenção de pagamento por falta de previsão no art. 87 da Lei, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

*“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE “QUENTINHAS”. SERVIÇOS PRESTADOS AO DISTRITO FEDERAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA NÃO-COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGALIDADE. Não se afigura legítima a retenção do pagamento do serviço prestado, após a efetivação do contrato e a prestação dos serviços contratados, pelo fato de a empresa contratada não comprovar sua regularidade fiscal. Como bem asseverou a Corte de origem, “se a Administração, no momento da habilitação dos concorrentes, não*



*exige certidão de regularidade fiscal (Lei 8.666/93, art. 29, III), não pode, após contratar e receber os serviços, deixar de pagá-los, invocando, para tanto, decreto regulamentar" (fl. 107). Recebida a prestação executada pelo contratado, não pode a Administração se locupletar indevidamente, e, ao argumento da não-comprovação da quitação dos débitos perante a Fazenda Pública, reter os valores devidos por serviços já prestados, o que configura violação ao princípio da moralidade administrativa. Precedentes. Na lição de Marçal Justen Filho, a Administração não está autorizada a "reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou com outras instituições" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed. São Paulo: 2002, Dialética, p. 549). Recurso especial improvido. (grifo nosso).<sup>1</sup>*

Assim não há possibilidade de suspensão de pagamento por serviços prestados na hipótese de falta de comprovação da regularidade fiscal, sendo, portanto necessário o ajuste do Edital e seu Anexo neste sentido.

#### **4 - PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DA FATURA**

O item 17.7.14 do Edital afirma que havendo erro na Fatura ou descumprimento das condições pactuadas, a tramitação será suspensa, para que a CONTRATADA tome as providências necessárias à devida correção.

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

---

<sup>1</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 730800 / DF; RECURSO ESPECIAL; 2005/0037193-2, Ministro Franciullo Netto.



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 17.7.6 do Edital, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização da fatura.

## **5 - DA PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO**

Da análise do item 17.7.14 do instrumento convocatório, notou-se no caso de atraso de pagamento sem culpa da contratada, haverá aplicação de encargos de acordo com fórmula prevista no Edital.

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas conseqüências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.



Pelo exposto, faz-se necessária a modificação dos itens, 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 - REGULARIDADE JUNTO AO CADIN**

O item 20.2 do Edital dispõe que a “Fiscalização deverá verificar, periodicamente, no decorrer da execução do contrato, se a Contratada mantém, em compatibilidade com as obrigações assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, comprovada mediante consulta ao SICAF, CADIN ou certidões comprobatórias”.

Contudo, não consta dentre os requisitos da habilitação a consulta ao SICAF. Observe-se que, ainda que constasse, tal obrigação não poderia prevalecer.

Nesta senda, cumpre destacar regra prevista no art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002 (legislação que dispõe sobre o tema), que afirma:

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

(...)

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

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

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

“Em seu voto, o relator destacou que o art. 6º, III, da Lei n.º 10.522/2002, “não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa inscrita no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin”. (...) Dessa forma, **não há vedação legal para a contratação de empresas**



**inscritas no Cadin.** Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer consequência em relação às contratações a serem realizadas." (TCU, Acórdão nº 5.502/2008, 2ª Câmara)

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

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

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

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 1.442, DE 10.05.1996, E SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES. CRIAÇÃO DO CADASTRO INFORMATIVO DE



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

Ante o exposto, requer a exclusão da consulta ao CADIN no item 20.2 do Edital, posto que tal imposição não encontra consonância com a disposição do art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002, conforme se percebe de firme posicionamento do STF e do TCU.

#### **7 - IMPOSSIBILIDADE DE REPASSE DE DESCONTOS**

A alínea “g” do item 25.6 prevê o repasse, para o contratante, de todos os descontos de tarifa promocional ou qualquer outra combinação que implique redução de preços, praticados no mercado pela operadora.

Entretanto, tal previsão é de cumprimento inviável, não apenas pelas características do mercado, como também pelo fato de que os preços de uma licitação já serem diferenciados, reduzidos em relação àquele ofertado na relação comercial comum.

Onerar a operadora com o repasse de preços mais vantajosos oferecidos em qualquer outra situação de mercado específica - sem a verificação da condição específica que eventualmente tenha gerado o benefício - significa inviabilizar a lucratividade, situação esta contrária aos princípios constitucionais da ordem econômica.

**Ainda que a Administração Pública tenha o interesse de pagar o menor valor pelo serviço prestado, não é possível que o preço seja também imposto a qualquer custo ao prestador de serviço que, como agente econômico, possui o direito de obter “lucro”, conceito este essencial à existência da livre iniciativa e da atividade empresarial.**



Tal situação é ainda mais clara no caso concreto, em que os preços da licitação já são preços diferenciados em relação àquele do mercado - justamente em função da disputa pelo menor preço - de modo que a imposição contratual de uma vantagem oferecida a terceiros (independentemente da relação jurídica que tenha gerado tal benefício) repercute decisivamente no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, equilíbrio este alçado a garantia constitucional, conforme se verifica do artigo 37, inciso XXI da Constituição da República.

Isto posto, requer a exclusão do item em comento.

## **8 – DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O Edital traz as seguintes obrigações para as licitantes:

25.8. A CONTRATADA será responsável, também, pelas despesas de viagem, alimentação e estadia que a CODEVASF tiver que realizar para sua defesa para sua defesa em eventuais processos trabalhistas ajuizados por empregados da CONTRATADA, na forma acima, assim como pelos honorários advocatícios, estes à razão de 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

25.8.1. A CONTRATADA se obriga a, no caso de demissão de qualquer empregado vinculado ao presente contrato, comprovar a quitação do termo de rescisão contratual no prazo de 15 (quinze) dias do desligamento, sob pena de retenção de faturamento até a efetiva comprovação.

Contudo, a Administração Pública não possui subsídio legal para tais imposições. Observe-se que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

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



administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

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

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

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

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

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

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

Isto posto, requer a exclusão dos itens acima referidos.

## **9 - LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE**



Da análise do item 27.16, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a bens do Contratante, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo.

Insta esclarecer que a previsão contida no referido item é desproporcional, pois prevê que a Contratada deverá arcar com **QUALQUER perda ou prejuízo** sofrido pela Contratante.

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

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

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

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

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.”<sup>2</sup> (grifos nossos)

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

---

<sup>2</sup> 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 seja alterado o item 27.16, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

## **10 - BASE DE CÁLCULO DA MULTA EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO**

O item III da Cláusula Oitava da minuta do contrato estabelece multa de mora sobre o valor do contrato, sem estabelecer diferença quanto à inexecução total ou parcial do acordado.

Decerto que não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade. Ora, não é justa nem razoável tal determinação, posto que uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do contrato celebrado, é razoável que o cálculo da penalidade incida apenas sobre aquela parcela e não sobre o valor integral da contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade.



Desta forma, **em caso de descumprimento parcial das obrigações a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.**

O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.

Por todo o exposto, requer a adequação do item III da Cláusula Oitava da minuta do contrato, para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total da fatura mensal.

### **Itens Técnicos**

#### **1. DA COMPROVAÇÃO DE VISITA TÉCNICA**

No item 3.10.2 do Edital o cliente preconiza que: “Como comprovação de visita ao local da execução dos serviços, a licitante deverá apresentar declaração de visita, conforme Anexo IV deste Edital.”.

Ocorre que o Anexo IV informado não há nenhuma declaração referente a comprovação de visita.

Além disso, entendemos que a obrigatoriedade de tal visita pode ser substituída por uma declaração informando que “a Contratada possui toda a competência técnica para a execução dos serviços, competência esta provada pelo(s) atestado(s) de capacidade técnica fornecido(s) para participação na licitação. E em nenhuma hipótese a licitante, quer realize ou não a vistoria, poderá alegar desconhecimento de informações e de condições para o cumprimento das obrigações como justificativa para inexecução ou execução irregular do objeto a ser contratado.”. Logo, tornando a vistoria facultativa.



Portanto, a “Oi” requer a adequação do item mencionados na forma acima solicitada.

## **2. DA EFETIVAÇÃO DO PAGAMENTO**

Nos itens 17.7.5.2 do Edital e 8.11 do Termo de Referência (Anexo I) o cliente preconiza que: “A CODEVASF fica reservada o direito de não efetivar o pagamento se o serviço não for executado em perfeitas condições e de acordo com as especificações estipuladas;”.

Entendemos que caso o serviço não seja prestado nas condições acordadas e houver alguma contestação de pagamento, as notas fiscais contendo as incorreções serão contestadas pagas, e as devidas retificações serão apresentadas no mês subsequente.

Desta forma, solicitamos a readequação dos itens supracitados conforme nosso entendimento. Nossa solicitação será aceita?

## **3. DO TREINAMENTO SOLICITADO**

O item 25.6 alínea “I” dispõe sobre o fornecimento de treinamento operacional sem ônus a esse respeitoso órgão.

Ocorre que o serviço licitado, fornecimento de linhas telefônicas e ligações de Longa Distância Nacional para ser utilizado por este respeitoso órgão não requer nenhum treinamento específico.

Logo, solicitamos a retirada deste item do Edital Nossa solicitação será aceita?

## **4. SOBRE O PRAZO DE FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS RECEBIDOS**

No item 26.2 do Edital o cliente preconiza que: “A CODEVASF terá até 90 (noventa) dias para, através da Fiscalização, verificar a adequação dos serviços recebidos com as condições Contratadas, emitir parecer conclusivo e, no caso de projeto, aprovação da autoridade competente.”.



Diante do serviço ora licitado, entendemos que tal prazo poderá ser reduzido para até 10 (dez) dias para verificação dos serviços. E as ligações realizadas neste período poderão ser cobradas assim como definido na proposta final de preços ajustada aos valores ganhos na disputa deste certame. Favor confirmar nosso entendimento.

#### **5. SOBRE CAMPOS ESPECÍFICOS NA PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS**

Nas planilhas de formação de preços apresentadas no Anexo III o cliente informa gastos de ligações de Longa Distância Nacional do tipo fixo-móvel.

Porém, para Longa Distância Nacional para destinos móveis existem 2 modalidades (modalidade VC2 para destinos cujo DDD se inicia com o mesmo algarismo da área de origem das chamadas, neste caso o 7. Ex.: 71, 72, 73; e a modalidade VC3 para destinos cujo DDD se inicia com o algarismo DIFERENTE da área de origem das chamadas, neste caso o algarismo 7. Ex.: 11, 33, 85), e tais modalidades não constam nas planilhas do Anexo III.

Como tais modalidades podem possuir valores distintos, para assegurar a transparência na precificação solicitamos que seja informada a quantidade de tráfego destinada a chamadas do tipo VC2 e VC3 em campos distintos na planilha de formação de preços. Nossa solicitação será aceita?

### Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi requer que V. S<sup>a</sup> 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.

Porto Alegre, 17 de outubro de 2014.



**Henrique de Albergaria B. Favarelli**  
Executivo de Negócio  
Diretoria Clientes Corporativos - DF



*Raquel Ribeiro Campos*  
Brasil Telecom S/A - Filial RS  
Matricula BT 024659