



Ilmo. Sr. Pregoeiro da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico nº. 01/2015

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 - CODEVASF instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 01/2015, visando à contratação de empresa de telecomunicações para prestar “*serviço de telefonia fixa, móvel e de acesso à internet através de 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 comprometidas o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. Da ausência de previsão de participação de licitantes em regime 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 infra-estruturais e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Traçadas as linhas gerais referentes ao mercado de telecomunicações, pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas pode se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

Nesse sentido, não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:

“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. **Há hipóteses em que as**



circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. **Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes.** É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que **apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação.**¹ (grifo nosso)

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

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

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

“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. **A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a 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)

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



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

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

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

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer seja incluído no edital um item com a previsão da participação de empresas do mesmo grupo em consórcio, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

2. EXIGÊNCIA ABUSIVA - SÓCIOS

O item 3.7, “c” do Edital dispõe que não poderão participar desta licitação os interessados:

*“3.7. c) Cujos empregados, diretores, responsáveis técnicos ou **sócios** figurem como funcionários ou ocupantes de função gratificada na CODEVASF”.*

Ocorre que, tal exigência mostra-se excessiva, na medida em que não possui finalidade correlata à execução do objeto.

Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão



específicas, como o grau de parentesco e vínculo empregatício de seu quadro acionário, as quais inclusive, não são informadas quando da aquisição das ações pelo público em geral.

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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



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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

Inexiste no mercado 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.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item em comento.

3. GARANTIA DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO DEVIDO PELA CONTRATANTE

O item 17.8.12 do Edital e 7.6 da Minuta do Contrato determinam que “*Será considerado em atraso, o pagamento efetuado após o prazo estabelecido no subitem 17.1.1, caso em que a CODEVASF efetuará atualização financeira, aplicando-se a seguinte fórmula (...)*”.

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 conseqüências de sua inexecução total ou parcial*”.

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 alteração do item 17.8.12 do Edital e 7.6 da Minuta do Contrato, referente ao ressarcimento decorrente do atraso no pagamento da parcela contratada por parte da 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.

4. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO ABUSIVA

O Edital, quando trata acerca da habilitação, na qualificação econômico-financeira, determina o que se segue:

11.1.2. c) Comprovação de Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social;

No entanto, embora tal exigência encontre amparo na IN n.º 6 de 23.12.2013, nota-se claramente que ela ultrapassa o rol dos documentos exigidos para habilitação previstos nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93, os quais, vale destacar, são normas gerais de licitação.

Com efeito, a previsão existente nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações deve ser encarada como limite de exigência máximo da Administração em suas licitações, ou seja, o instrumento



convocatório não poderá conter previsões que exorbitem o previsto nos dispositivos em questão.

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

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

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

- **Das normas gerais de licitação**

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

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

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

“Então, todas as normas que procuram salvaguardar os princípios da licitação e os princípios, os Senhores sabem, foi aqui, eu não assisti, mas foi aqui, com certeza, brilhantemente exposta pelo meu amigo Diógenes Gasparini, tema primeiro que foi de 'Princípios e Normas Gerais'. As normas gerais são da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade,



publicidade, probidade administrativa, vinculação, instrumentos convocatórios, julgamento objetivo que lhe são correlatos, artigo 3º da Lei 8.666.

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

(...)

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

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

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

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

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

Não obstante tudo até aqui discorrido, corrobora o argumento de que a exigência em comento é excessiva, o fato de existir garantias na Lei de Licitações, mais precisamente no rol taxativo contido nos Arts. 27 a 31 da Lei 8.666, as quais tem o condão de proteger a Administração Pública de possíveis/ eventuais riscos durante a execução do contrato a ser celebrado.



Diante do exposto, torna-se imperioso para resgatar a regularidade do processo administrativo, a exclusão do item ora impugnado.

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 consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Juazeiro/BA, 30 de janeiro de 2015.

Henrique de Albergaria B. Favarelli
Executivo de Negócios
Licitações
Diretoria Clientes Corporativos - DF

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

Raquel Ribeiro Campos
Especialista em