DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

ILMO. SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUA BOA. MT

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico nº 021/2020,

Oi Móvel S.A (em Recuperação Judicial), sociedade anônima, com sede no Setor Comercial Norte, quadra 03, Bloco A, Ed. Estação Telefônica – Térreo – Parte 2, Brasília, inscrita no CNPJ sob o nº 05.423.963/0001-11, simplesmente denominada **"Oi"**, vem, por seu representante legal, com fulcro no Decreto n. º 10.024/2019, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Prefeitura Municipal de Água Boa instaurou procedimento licitatório, na modalidade pregão eletrônico registrado sob o n. º 021/2020, visando "Futura e Eventual contratação de empresa especializada para serviços de Telefonia Móvel, para a Prefeitura de Água Boa-MT, de acordo com os termos e especificações deste edital e seus anexos."

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.

DS

DS

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. DA NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO ENTRE AS EMPRESAS DE TELEFONIA MÓVEL E FIXA.

O Edital e seus anexos são omissos com relação a possibilidade de participação de empresas em consórcio.

No entanto, frente à exigência editalícia de VC2 e VC3 referente às chamadas recebidas, a prestação completa do objeto licitado passa a demandar imperiosa formação de consórcio, pois as chamadas recebidas pelo usuário fora da área de registro são sempre encaminhadas por empresas concessionárias ou autorizatárias de STFC, e não de SMP.

Devido à mudança de regras impostas com a migração das antigas empresas do Serviço Móvel Celular – SMC para o Serviço Móvel Pessoal – SMP, o serviço de Longa Distância Nacional hoje é realizado, na grande maioria das vezes, pelas empresas que prestam o serviço de telefonia **fixa** comutada detentoras de CSP próprio, como por exemplo, a Oi S.A. com o código CSP 14, a Telemar Norte leste S.A. – CSP 31, a Embratel – 21, a Telefônica – 15, entre outras.

Nesses termos, se é verdade que as operadoras outorgadas para prestação do serviço de telefonia móvel pessoal somente não podem realizar ligações de longa distância nacional e internacional; não menos o é que a **maioria das empresas autorizadas pela ANATEL para prestar o Serviço Móvel Pessoal (SMP) não optou por obter uma outorga para prestar o STFC nas suas diversas modalidades (local, LDN e LDI), não requerendo, por conseguinte, a obtenção de CSP próprio.**

Nesses termos, é mister invocar a dicção expressa do artigo 88, da Resolução nº 477, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a possibilitar que as prestadoras de SMP selecionem previamente quais as operadoras de STFC, que encaminharão as chamadas de longa distância originadas por Usuário Visitante Internacional:

> ***"Art. 88. A prestadora de SMP tem o direito de selecionar previamente as prestadoras que encaminharão as chamadas de longa distância originadas por Usuário Visitante Internacional.***

Com a regulamentação supracitada, parece evidente que os serviços de LDN ficaram exclusivos para as empresas que prestam o serviço telefônico fixo comutado, ficando as outorgadas de SMP impossibilitadas de fornecer os mesmos serviços diretamente.

DS

DS

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

Dessa forma, como decorrência natural da configuração regulatória do setor, para cobrança das respectivas chamadas será necessária a formação de consórcio entre a vencedora do Item 1 – VC1, empresa prestadora de SMP e uma empresa prestadora de STFC.

Afinal, é mister relembrar que as chamadas recebidas pelo usuário do SMP quando este estiver fora de sua área de registro (**VC2 e VC3**) são caracterizadas como segundas chamadas e consideradas como chamadas do SMP, conforme §2º, do artigo 87, do Regulamento do SMP, aprovado pela Resolução nº 477, transcrito a seguir:

Art. 87. A chamada dirigida a Usuário Visitante será tratada como composta por 2 (duas) chamadas distintas.

§ 1º A primeira chamada tem origem no usuário chamador e destino na Área de Registro do Usuário, cabendo seu pagamento ao chamador.

§ 2º A segunda chamada é considerada uma chamada SMP e tem origem na Área de Registro do Usuário e destino no local em que este se encontra, cabendo seu pagamento ao Usuário Visitante. (grifo nosso)

E nem se argumente pela mera divisão do objeto em itens (quais sejam, item 1 para as ligações VC1, item 2 para as ligações VC2 e o Item 3 para as ligações VC3,) ser supostamente suficiente, porque não contempla a exigência do artigo 78, da Resolução nº 477, da ANATEL.

A divisão por itens garantirá, tão somente, que a vencedora dos itens 2 e 3 será a mesma empresa vencedora do item 1 na condição descrita no §2º, do artigo 87, do regulamento do SMP, aprovado pela Resolução nº 477.

Logo, para o adequado cumprimento das exigências constantes do item 1 do Edital faz-se necessária a possibilidade de participação da empresa prestadora de SMP em consórcio com a empresa prestadora de STFC, sob a pena de haver evidente afronta ao artigo 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93, aplicável à modalidade licitatória em tela, conforme se depreende do artigo 9º, da Lei nº 10.520/2002, *in verbis*:

> *"§1º É vedado aos agentes públicos:*
>
> *I – **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções** em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio das licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"* (grifamos)

DS

DS

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

A PROPÓSITO, MESMO FRENTE A ATOS DE COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA, CABE PONDERAR QUE A LEI DE LICITAÇÕES VEDA A EXISTÊNCIA, AINDA QUE POR OMISSÃO DE CLÁUSULA ESSENCIAL, DE CONDIÇÕES NO EDITAL QUE PREJUDIQUEM A COMPETIÇÃO, FRUSTRANDO A FINALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO QUE É A CONTRATAÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA O PODER PÚBLICO, COM PLENA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

No mesmo contexto, veja-se a lição da mais abalizada doutrina brasileira sobre o assunto[1]:

> *"O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada.* ***Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse público concretamente identificável na hipótese****. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de:*
>
> *a)* ***exigência incompatível com o sistema jurídico;***
>
> ***b) desnecessidade da exigência;***
>
> *c)* ***inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.***
>
> *O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais.* ***Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar****, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o "fim" a ser atingido.* ***Todas as exigências se caracterizam como "meios" de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do 'fim'."***
>
> *O antigo Tribunal Federal de Recursos igualmente entendia que '****não cabem prevalecer cláusulas contidas em edital de processo licitatório que visem a limitar o número de concorrentes, por força de exigências não autorizadas no ordenamento específico, cuja a inspiração é de***

[1] **MARÇAL JUSTEN FILHO**, *In* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 416.

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

> ***permitir ampla oportunidade a todos os que estejam capacitados à execução do trabalho**."* [grifamos]

Da mesma forma, inclusive, já decidiu o E. Tribunal de Contas da União[2]:

> *"Considerando que restou comprovada, na gestão do Sr. Inaro Fontan Pereira, Diretor Geral do DNER no período de 20.4 a 27.12.92, **a inclusão de dispositivos no Edital 22/92 (item 1 da parte IV e item 3.10 do Anexo 2), que restringiu a participação de consórcios de empresas** e a exigir comprovação de atividades e aptidões com limitação de tempo, em desacordo com o artigo 3º, § 1º, inciso I, do Decreto-lei 2.300/86, então vigente; ...De fato a participação de firmas consorciadas não era obrigatória. Entretanto, o art. 3º e seu inciso I do então vigente Decreto-lei 2.300/86 estabelecia objetivamente que "é vedado aos agentes públicos admitir, prever, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que: I – comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório."*
>
> ***Esse dispositivo cristalizava um dos princípios mais fundamentais do processo licitatório, que consiste na busca da proposta mais vantajosa para a Administração...Assim sendo, embora não existisse dispositivo legal que impusesse explicitamente a admissão de consórcios de empresas nas licitações, o administrador não deveria ter estabelecido essa proibição. Isso porque está obrigado, por princípio, a buscar e a prosseguir a proposta mais vantajosa para a administração**." (grifamos)*

Por todo o exposto, para possibilitar a participação da ora Impugnante neste certame requer a alteração/ inclusão de item para que possibilite a formação de consórcio de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, salvaguardando o princípio da competitividade e, por consequência, o princípio da busca da proposta mais vantajosa.

2. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA

O item 10.1, alínea "a" do Edital exige a título de habilitação:

> **"10.1 – SICAF:**
> **a) Declaração da Situação do Fornecedor emitido pelo SICAF,** do Nível I ao Nível IV."

[2] Ata 13/2001, DOU 11.05.2001

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

No entanto, esta exigência vai além do rol previsto nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

Vale destacar que 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 trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88. São, portanto, os requisitos de habilitação previstos no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 são *numerus clausus*.**

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

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

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal[2].

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

Certamente não é o caso da exigência habilitatória prevista no item 10.1, alínea "a" do Edital, a qual não guarda compatibilidade com o objeto licitado, razão pela qual é totalmente dispensável.

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

> "No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do

[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.

[2] "Art. 37 (...)
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**. (...)" (grifamos)

DS

DS

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

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

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

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item 10.1, alínea "a" do Edital, posto que não está relacionada diretamente com a execução do objeto, bem como vai além do rol previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

3. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 21.1 do Edital não prevê a possibilidade de pagamento através de fatura com código de barras.

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.

DS

DS

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

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

4.INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 21.2 do Edital estabelece que a Contratada deverá apresentar os comprovantes de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

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

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

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

É de suma importância observar que não está se discutindo aqui a necessidade da manutenção dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Tal fato é inquestionável! O que se discute nesta análise é a desproporcionalidade e ilegalidade em exigir a apresentação mensal desses requisitos, principalmente, pelos mesmos possuírem período de vigência superior à 30 (trinta) dias.

Vale corroborar, que a Administração Pública possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Se a certidão informa que seu prazo de validade é de 120 dias, porque a contratada deverá apresentar a certidão mensalmente?

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

Verifica-se a incongruência na aplicação da exegese do item 21.2 do Edital. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Carlos Ari Sundfeld, na obra "Fundamentos de Direito Público" afirma o seguinte acerca da proporcionalidade (fls. 165):

> *"A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir."*

Ora, o administrador está jungido ao Princípio da Legalidade, portanto, ao determinar obrigações que não possuem previsão legal, atua de forma desproporcional e irrazoável.

Para José dos Santos Carvalho Filho, "razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa"[3].

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

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

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

> "O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger."[4]

Diante disso, requer a alteração do item 21.2 do Edital para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

DS

DS

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.
[4] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

5. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O item 26.1 do Edital determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

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

> "Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**"[5] (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 (G*eeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito

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

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

(V*erhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

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

> "Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens**."[6] (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.

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

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

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

> "Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.
>
> **Não é lícito ao Poder Público**, diante da imprecisão da lei, **aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério**. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.
>
> Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento**." (MS n.º 7.311/DF)

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

Por todo o exposto, requer a adequação do item 26.1 do Edital, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

6. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

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".

DS

DS

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

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 sequencia, 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

DS

DS

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

> 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/inclusão de item referentes ao ressarcimento por 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.

7. 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".

DS

DS

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

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[7]."

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.

Ocorre que considerando o objeto do edital tratar-se de SMP, e sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI

Ante o exposto, requer a adequação do Edital e 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".*

DS

DS

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

DocuSign Envelope ID: CAFDC7CD-BA79-45C1-98BD-595AE75D8A3A

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi** requer que V. Sª julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Água Boa – MT, 16 de setembro de 2020.

DocuSigned by:
EF1BD4A86FA941F...
JUVENAL ALVES FERREIRA NETO
juvenal.ferreira@oi.net.br
16 de setembro de 2020 | 19:04:26 BRT

DocuSigned by:
A8A885DF95A6497...
ROSALVO OLIVEIRA SILVA JUNIOR
rosalvo@oi.net.br
16 de setembro de 2020 | 19:32:18 BRT