Ilmo. Sr. Pregoeiro da Câmara Municipal de Ipatinga.

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Presencial n.º 21/2018.

TELEMAR NORTE LESTE S/A, em recuperação judicial, nome comercial "OI", CNPJ nº 33.000.118/0001-79, sediada na Rua do Lavradio, 71, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 23.230-070, representadas em conformidade com seu Estatuto Social doravante denominada "Oi", vem, por intermédio de seu representante legal vem, 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 Câmara Municipal de Ipatinga instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma presencial, registrado sob o n.º 21/2018, visando a *"contratação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais para fornecimento de Serviços e Instalação de Internet, com fornecimento de equipamentos necessários, através de Link de Internet Dedicado, usando tecnologia de fibra ótica, homologado pela Anatel, a fim de suprir as necessidades da Câmara Municipal de Ipatinga, conforme condições constantes neste 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.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. PREVISÃO DE EXIGÊNCIA RESTRITIVA À PARTICIPAÇÃO DAS LICITANTES – EXCLUSIVO EPP OU ME

No preâmbulo do Edital, bem como no item 1.1 do Edital verifica-se que **somente** é permitida a participação no certame de microempresas e empresas de pequeno porte. Ocorre que tal restrição fere frontalmente o princípio da isonomia e o da impessoalidade.

Isto porque, o princípio da isonomia determina o tratamento igualitário a todos os interessados em participar do certame. Trata-se de condição essencial para garantir a competição em todos os procedimentos licitatórios.

A igualdade na licitação significa, assim, **que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro**. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, **oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal**.

Celso Antônio Bandeira de Mello sintetizou seu pensamento ao afirmar que:

> "O princípio da igualdade consiste em assegurar regramento uniforme às pessoas que não sejam iguais entre si e diferenciáveis por razões lógicas e substancialmente (isto é, em face da Constituição) afinadas com eventual disparidade de tratamento."[1]

A isonomia se configura como uma manifestação diretamente relacionada com o interesse coletivo. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração.

Sob esse prisma, Marçal Justen Filho defende que:

> "A isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos. Todo e qualquer integrante da comunidade, mesmo que não potencialmente em condições de participar de uma licitação, tem interesse na ampliação da disputa, na eliminação de exigências abusivas ou

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. P. 536.

desnecessárias. Assim se passa porque a ampliação do universo de licitantes propicia a redução dos gastos públicos[2]."

Assim, as exigências contidas no instrumento convocatório devem ser interpretadas à luz do princípio da isonomia, **de forma que não se admite a discriminação arbitrária**, produto de interferências pessoais e subjetivas do administrador.

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

> "Não se admite a discriminação arbitraria na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3o, caput, da Lei no 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir não só à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e também a observância do princípio constitucional da isonomia." (Acórdão n.º 1631/2007, Plenário)

Assim, cumpre destacar o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei de Licitações, o qual reprova a adoção de cláusulas discriminatórias fundadas em critérios não pertinentes ou não relevantes para o objeto da contratação:

> "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**

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética. 2010, p. 69.

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.

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 clausulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3o, § 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 de1997), 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, a restrição à participação de outras empresas não enquadradas como microempresas ou de pequeno porte é medida extremamente restritiva à participação dos interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação do serviço a ser licitado.

Além disso, através de pesquisas realizadas internamente, resta constatado que sediados na localidade deste órgão, **não há mais de 3 microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas nessa região que forneçam tal serviço**, conforme dispõe o art .49 da Lei Complementar nº. 123/2.006, vejamos:

> Art. 49. **Não se aplica** o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:
>
> II - **não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local** ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. (grifo nosso).

Diante disso, ao prevalecer tal restrição restará frustrada a contratação pretendida e, consequentemente, não será garantida a contratação mais vantajosa para a Administração, razão pela qual requer que seja excluída a permissão exclusiva para ME ou EPP.

2. SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

Da análise do instrumento convocatório notou-se a menção diversa sobre forma de pagamento em atraso, no edital o item 13.1 e na Cláusula Oitava, item 8.1 da Minuta Contratual faz menção, porém, com índice diverso do praticado no setor de telecomunicações.

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial".

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

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

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

Por todo o exposto, faz-se necessária a adequação dos itens em comento referente ao atraso no pagamento, de modo que em caso de atraso de pagamento, os valores sejam incluídos de multa por atraso, da seguinte forma:

> *"Constatado o atraso de pagamento, será o valor incluído na nota fiscal-fatura do próximo mês, a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura do mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI, nos termos da Portaria n° 1960, de 06/12/1996, do Ministério das Comunicações."*

3. REAJUSTE DOS PREÇOS

Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

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

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

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

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

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

Para Marçal Justen Filho:

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

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

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.***"

---

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

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.

Ante o exposto, requer a inserção na Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

> *"A Contratada deverá 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".*

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.

Ipatinga/MG, 20 de dezembro de 2018.

JACQUELYNE BIA ARAUJO SOUZA	WANDA BATISTA DE ALMEIDA NEVES DE SOUZA
Especialista em Licitações	Especialista em Engenheira Comercial
RG: MG: 15.483.262 SSP/MG	RG: MG – 5.505 070 SSP/MG
CPF: 087.165.546-20	CPF: 843.273.836-00
[illegible]	wandab@oi.net.br

PARECER JURÍDICO Nº 137/2018

De: Assessoria Técnica
Para: Comissão de Licitação
Assunto: Recursos Administrativos.

I - EMENTA: PROCESSO LICITATÓRIO. PREGÃO. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE INTERNET. RECURSO DE LICITANTE. IMPUGNAÇÃO DO EDITAL. INÉPCIA DO RECURSO. INDEFERIMENTO. PROSSEGUIMENTO DO PREGÃO.

II - RELATÓRIO

Trata-se de consulta realizada pela Comissão Permanente de Licitação a esta Assessoria Técnica acerca do recurso interposto pela Empresa Telemar Norte Leste S/A, referente ao processo licitatório 175/2018, Pregão Presencial nº 21/2018.

III - FUNDAMENTAÇÃO

Nesta oportunidade, este parecer levará em consideração as normas e os princípios que regem a lei de licitações buscando sempre a prevalência do interesse da Administração.

No recurso em tela, após um detido estudo visualizamos que o mesmo carece dos requisitos mínimos para o seu conhecimento e consequente avaliação.

O mero oferecimento da impugnação não é o bastante para caracterizar a condição de licitante, uma vez que qualquer cidadão também pode interpor sua impugnação. Tampouco faz sentido que se exija a efetiva entrega de proposta pelo impugnante, o que geraria uma série de inconvenientes tanto para a Administração quanto para o próprio particular.

Deste modo, a comprovação da condição de licitante deve advir da dedução do direito subjetivo à impugnação em cada caso concreto, com a identificação clara do interesse do impugnante na licitação.

Em consequência, o eventual não conhecimento da impugnação pela Administração, sob o argumento de que falta ao impugnante a qualidade de licitante, deverá ser fundamentado na ausência de um interesse previamente identificado do impugnante em participar da licitação.

Pois bem, a petição de impugnação foi recebida no dia 20/12/2018, sendo despachada ao Pregoeiro na mesma data. Chama à autoria de tal peça a empresa Telemar Norte Leste S/A, porém, o documento encontra-se subscrito, em seu fechc, por duas mandatárias, que não apresentaram o instrumento de procuração, contendo os poderes declarados pelo representante legal da pessoa jurídica, para, em nome desta, praticar o ato de contestação ao edital.

Dessa forma, por falta dos requisitos mínimos para apresentação do recurso se recomenda o indeferimento da impugnação por sua inépcia.

IV - CONCLUSÃO

Por todo o exposto, cremos que estão devidamente fundamentadas as razões de fato e de direito, que indefere o pedido da Empresa Telemar Norte Leste S/A.

Essas são as considerações que nos parecem pertinentes à consulta formulada, sem embargo e demonstrando, desde já, o respeito às eventuais opiniões divergentes que possam existir sobre o tema aqui abordado.

Ipatinga, 21 de dezembro de 2018.

Gustavo Bueno Miranda
Analista do Legislativo
OAB/MG 100.708
CPF : 043.090.846-64

Adalton Lúcio Cunha
Chefe da Assessoria Técnica
OAB/MG 66.358
CPF: 312.294.416-20