



Ilmo. Sr. Pregoeiro do Centro de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro – PRODERJ

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 01/2015

Oi Móvel S.A., sociedade anônima, com sede no Setor Comercial Norte, quadra 03, Bloco A, Ed. Estação Telefônica – Térreo – Parte 2, Brasília, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.423.963/0001-11, representada em conformidade com seu Estatuto Social, simplesmente denominada **Oi**, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

O Centro de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro – PRODERJ instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 01/2015, objetivando o *“Registro de Preços, por 12 (doze) meses, visando à contratação de empresas para a prestação de serviços de telecomunicações, a saber: Lote 1 – Serviços de Telefonia Móvel Pessoal – SMP, nos Códigos Nacionais CN 21, 22, 24 e CN 61; e Lote 2 - Serviço de Acesso Móvel – Modem 3G/4G, de acordo com as especificações contidas no Termo de Referência (Anexo I).”*

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. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO DECRETO QUE REGULA A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEFICIENTES FÍSICOS

O item 12.3 do Edital impõe que o Licitante vencedor deverá apresentar:

“12.3 - Declaração, na forma do Anexo XI, em atendimento ao disposto no Decreto Estadual nº 33.925, de 18/09/2003, de que preenche, em seus quadros, o percentual mínimo de empregados beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:

- a) De cem a duzentos empregados, 2% (dois por cento);*
- b) De duzentos e um a quinhentos empregados, 3% (três por cento);*
- c) De quinhentos e um a mil empregados, 4% (quatro por cento);*
- d) Mais de mil empregados, 5% (cinco por cento). “*

O item tem como base jurídica o Decreto n.º 33.925, de 18 de setembro de 2003, que estabelece os critérios específicos para licitações realizadas por órgãos e entidades da Administração Pública Estadual.

É imperioso sustentar a inconstitucionalidade formal do referido Decreto, tanto objetiva quanto subjetiva, vez que viola flagrantemente a competência privativa da União para legislar sobre os requisitos de habilitação.

Sendo assim, cabe a transcrição do artigo 22, XXVII da CFRB/88:

*“Art. 22. Compete **privativamente** à União **legislar** sobre:*

(...)



XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

A leitura do dispositivo constitucional dispõe que é privativa a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Trata-se da aplicação do Princípio da Predominância do Interesse, no qual caberá a União as matérias e questões de predominância de interesse geral. No caso dos Estados, predomina o interesse regional, exatamente por isso, não é passível ao mesmo legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.

A questão que perpassa é se os requisitos de habilitação estabelecidos pela Lei Federal n.º 8.666/93 são ou não normas gerais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto acerca do tema afirma o seguinte:

“Entre os temas regradados no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que são tratados como normas gerais, e, portanto, de aplicação nacional, alguns merecem ser destacados para estudo”.

E, entre estes temas, o autor lista: *“modalidades licitatórias, afastamento da licitação (hipóteses de contratação direta) e **habilitação**.”*

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho, confirmando que os requisitos de habilitação vêm previstos na Lei n.º 8.666/93 (lei geral de licitações e contratação), *in verbis*:

*“[o] art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem **numerus clausus** e são: habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. (...) “O elenco dos arts. 28 a 31 devem ser reputado como máximo [...]. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos”.*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ traz entendimento idêntico em sua obra, senão vejamos:

“Qualquer outra documentação, além das pertinentes aos itens referidos no artigo 27 da Lei n.º 8.666/93, é inexigível no edital. Não tem fundamento, por isso, o artigo 117, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, que exige, implicitamente, prova de atendimento a

¹ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 24.ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p.399.



normas relativas à saúde e à segurança no trabalho. E exorbita da Constituição a própria Lei n.º 8.666/93, ao exigir documentação que excede a prevista em âmbito constitucional.

Essa e outras exigências, que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda **mais formalista e burocrático**, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição.”

O **Supremo Tribunal Federal** também já apresenta decisão concluindo pela inconstitucionalidade da criação/instituição de mais um requisito de habilitação por lei do Distrito Federal:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21.11.2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão de obra: inconstitucionalidade declarada. **1. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I).** 2. Afronta ao art. 37, XXI, da Constituição da República - norma de observância compulsória pelas ordens locais - segundo o qual a disciplina legal das licitações há de assegurar a "igualdade de condições de todos os concorrentes", o que é incompatível com a proibição de licitar em função de um critério - o da discriminação de empregados inscritos em cadastros restritivos de crédito -, que não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso. **(ADI 3670/DF, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 02/04/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)**

Não bastasse a inconstitucionalidade formal objetiva, constata-se facilmente a inconstitucionalidade formal subjetiva. O art. 22, inciso XXVII da CFRB/88 estabelece que compete a União **legislar** sobre normas gerais de licitação.

A atividade legislativa é função típica do Poder Legislativo. Nesse sentido, cita-se Alexandre de Moraes²:

² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19.ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p.379.



“A Constituição Federal consagrou em seu art. 2.º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, **cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor da parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as funções típicas e atípicas. As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento.**”

O Decreto n.º 33.925/2003 foi prolatado pelo Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro que exorbitou as suas funções constitucionais e legislou através de decreto. Há clara invasão da função típica do Poder Legislativo, qual seja: legislar.

É certo que o Chefe do Poder Executivo pode exercer a função de legislar atipicamente, mas tão somente nos casos previstos constitucionalmente. A Constituição Federal possui expressa previsão nesse sentido, que pelo Princípio da Simetria, também se aplica aos Chefes do Poder Executivo dos demais entes.

Trata-se do artigo 84 da CFRB/88 que dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República. *In verbis*:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”

Observa-se nitidamente que não há previsão constitucional para que o Chefe do Poder Executivo trate de matéria referente a licitações e contratos administrativos através de Decreto. Desta forma, configura-se cabalmente que o Decreto n.º 33.925/2003 está eivado de inconstitucionalidade formal subjetiva e objetiva.

Diante do exposto, requer a exclusão do item 12.3 do Edital por trazer exigência habilitatória que não possui respaldo nos dispositivos que estabelecem normas gerais da Lei n.º 8.666/963 - e ainda por se basear em decreto estadual que afronta o dispositivo constitucional – artigo 22,



inciso XXVII da Constituição Federal, portanto, eivado de inconstitucionalidade formal subjetiva e objetiva.

2. VALOR DA GARANTIA

O item 15.1 do Edital, a Cláusula Vigésima Segunda da Ata de Registro de Preços e a Cláusula Décima da Minuta do Contrato estipulam que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato.

Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato. OK

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

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 diversa³”.

O princípio da regra da razão se expressa 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 proteger⁴.”

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode,

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.



portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito⁵.”

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.



Desta feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação do item 15.1 do Edital, da Cláusula Vigésima Segunda da Ata de Registro de Preços e da Cláusula Décima da Minuta do Contrato, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento).

3. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 16.1 do Edital, o item 12.1, parágrafos primeiro e segundo da Ata de Registro de Preços e a Cláusula Nona da Minuta do Contrato estabelecem que o pagamento deverá ser realizado por meio de crédito em conta corrente.

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.**

ok!
Repit, do

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Qualquer outra forma de pagamento, como o depósito em conta corrente previsto no Edital, causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações contratada.

Ademais, a Oi utiliza o sistema de faturamento, por meio de Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via, modelo 22, em razão das várias vantagens que essa forma de pagamento proporciona.



Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 16.1 do Edital, do item 12.1, parágrafos primeiro e segundo da Ata de Registro de Preços e da Cláusula Nona da Minuta do Contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

4. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O item 16.5 do Edital, o item 12.1, parágrafo sexto da Ata de Registro de Preços e a Cláusula Nona, parágrafo sexto da Minuta do Contrato preveem que *“Caso se faça necessária a reapresentação de qualquer fatura por culpa da contratada, o prazo de 30 (trinta) dias ficará suspenso, prosseguindo a sua contagem a partir da data da respectiva reapresentação”*.

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

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

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

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

Diante disso, requer a adequação do item 16.5 do Edital, do item 12.1, parágrafo sexto da Ata de Registro de Preços e da Cláusula Nona, parágrafo sexto da Minuta do Contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

5. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 16.6 do Edital, o item 12.2, parágrafo sétimo da Ata de Registro de Preços e a Cláusula Nona, parágrafo sétimo da Minuta do Contrato dispõem que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, o cálculo dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

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

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

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

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

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou:

“(…) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à



custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...)".(AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 16.6 do Edital, do item 12.2, parágrafo sétimo da Ata de Registro de Preços e da Cláusula Nona, parágrafo sétimo da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento relativo ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.



6. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

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 inexecutável ou a distorção da competição.”⁶

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.



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

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

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

Ressalte-se que apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC poderá ser prestado em regime público, por meio de Concessão do Poder Concedente. Assim, as concessionárias são remuneradas pela cobrança de tarifas, conforme acima explicado.

Acerca das tarifas do STFC, o art. 42 da Resolução n.º 426/2005, que aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, assim determina:

“Art. 42. Visando a preservação da justa equivalência entre a prestação do serviço e sua remuneração, as tarifas ou preços de planos de serviço ou PUC podem ser reajustados ou revisados.

Parágrafo único. Os reajustes dos valores das tarifas ou preços podem ser realizados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, limitados estes à variação do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) ou qualquer outro índice que venha a substituí-lo, correspondente ao período de reajuste, observadas as disposições dos contratos de concessão ou termos de permissão ou autorização.” (grifo nosso).

Com base no acima exposto, o reajuste tarifário deverá ser aplicado a partir do Contrato de Concessão, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato.

De outro lado, o reajuste dos preços, ao contrário das tarifas, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.



Diante disso, enquanto o reajuste das tarifas deverá acontecer de acordo com as determinações do Poder Concedente, o reajuste dos preços será aplicado automaticamente, decorridos 12 (doze) meses da Contratação.

No âmbito dos serviços telefônicos, objeto da presente licitação, o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste dos valores contratados é aquele expresso na Resolução n.º 420, de 25/11/05, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST.

Ante o exposto, requer a adequação do item 16.8 do Edital, do item 12.1, parágrafo oitavo da Ata de Registro de Preços e da Cláusula Sétima, parágrafo décimo da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços referente ao SMP e das tarifas referentes ao STFC seja realizado da seguinte forma:

OK!

Para o SMP:

"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".

Para STFC:

"As tarifas serão reajustadas conforme homologação do Poder Concedente, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações".

7. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

O item 17.5, alínea "a" do Edital, a Cláusula Vigésima Primeira, parágrafo décimo, alínea "a" da Ata de Registro de Preços e a Cláusula Décima Terceira, parágrafo quarto, alínea "a" da Minuta do Contrato não fazem distinção quanto às penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato.

É importante ressaltar que a multa aplicada tem como base de cálculo o valor total do contrato.



De plano já se observa uma aplicação desproporcional e irrazoável, pois nos casos de inexecução parcial, a multa deve ter como base de cálculo o valor mensal ou o percentual inadimplido.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

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”*⁷.

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.”*⁸

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.



o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.”⁹

OK!

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.

Desta forma, requer a alteração do item 17.5, alínea “a” do Edital, da Cláusula Vigésima Primeira, parágrafo décimo, alínea “a” da Ata de Registro de Preços e da Cláusula Décima Terceira, parágrafo quarto, alínea “a” da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.

8. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O item 17.5, alínea “e” do Edital, o item 15.2.2, alínea “l” do Termo de Referência, a Cláusula Vigésima Primeira, parágrafo décimo, alínea “e” da Ata de Registro de Preços e a Cláusula Décima Terceira, parágrafo quarto, alínea “e” da Minuta do Contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

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**”¹⁰ (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:

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.

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

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

“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.**”¹¹ (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”.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



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

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

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de 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 17.5, alínea “e” do Edital, do item 15.2.2, alínea “l” do Termo de Referência, da Cláusula Vigésima Primeira, parágrafo décimo, alínea “e” da Ata de Registro de Preços e da Cláusula Décima Terceira, parágrafo quarto, alínea “e” da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.



9. DA EXIGÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO DE APARELHOS SEM ÔNUS PARA A CONTRATANTE

Os itens 11.5, 11.6 e 11.20 do Termo de Referência estabelecem como obrigação da Contratada providenciar a troca de aparelhos sem ônus para a Contratante nos casos de furto ou roubo, bem como renovação do contrato.

Inicialmente é necessária a análise do art. 69 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.”

Não obstante o que consta no artigo em comento, os defeitos serão corrigidos pela Contratada até o limite de sua responsabilidade, conforme entendimento de Marçal Justen Filho:

“Apurada a existência de defeito, o particular tem o dever de eliminá-lo, às próprias expensas. É óbvio que esse dever inexistirá quando o defeito não for impugnável quando o defeito não for imputável ao particular. Assim, se o particular não cumpriu estritamente as determinações contratuais ou regulamentares, a ocorrência de defeito não será de sua responsabilidade. Se a especificação do material defeituoso foi efetivada pela Administração, nenhuma responsabilidade cabe ao particular.”¹²

Dessa forma, a obrigação de substituição de aparelhos apenas é prevista legalmente quando houver defeitos, nesse sentido o artigo 69 da Lei de Licitações. Assim, não há que se falar em troca de aparelhos por mera prorrogação contratual, nem tampouco quando houver defeitos ocasionados por mau uso do usuário e comprovado mediante laudo técnico emitido pela assistência técnica do fabricante dos aparelhos. Nessa hipótese, fica a Contratante obrigada a arcar com os custos de substituição.

Frise-se, por oportuno, que o regime jurídico do fornecimento dos aparelhos da presente licitação é o comodato. Nesse sentido, é responsabilidade do Comodatário arcar com a conservação e ressarcimento no caso de danos, nos termos dos arts. 582 e seguintes do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

Art. 584. O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.

Art. 585. Se duas ou mais pessoas forem simultaneamente comodatárias de uma coisa, ficarão solidariamente responsáveis para com o comodante.”
(grifo nosso)

Observa-se, dessa forma, que o comodatário tem o dever de zelar pelo objeto cedido, não podendo, por vedação expressa do art. 584 do Código Civil, repassar ao Comodatário (ora Contratada) os custos referentes à preservação da coisa empresada.

Ademais, cumpre ressaltar que as operadoras de telefonia não são as fabricantes dos aparelhos, não se responsabilizando assim diretamente pela assistência técnica destes. Por essa razão, os serviços de reparo não são gratuitos, sendo os custos de tal repassados da fabricante para a empresa de telefonia. Não obstante, mesmo na hipótese de ser a fabricante, não se poderia admitir que os custos fossem suportados apenas pela Contratada, haja vista seu caráter oneroso. A menos que os defeitos sejam comprovadamente causados por erro de fabricação e não pelo mau uso, a Contratante deverá arcar com tais custos sob pena de locupletamento sem causa.

Insta destacar que tal obrigação em comento fere o princípio da legalidade e põe em risco não apenas a ordem jurídica, mas também o próprio equilíbrio econômico financeiro do contrato. Se o contrato administrativo já é eminentemente vertical, não se pode admitir a inclusão de cláusulas flagrantemente exorbitantes, salvo os casos em que a lei assim dispõe. Nesse sentido, em atenção estrita ao regime legal, só são negociáveis os itens de caráter horizontal, atendo-se às regras contratuais privadas.

Com esse panorama, vê-se pela fundamentação doutrinária e legal trazida à baila que se trata de obrigação abusiva e desigual, beneficiando a Administração Pública (que já se encontra naturalmente em papel de preponderância sobre o setor privado) em aspecto que foge às obrigações eminentemente legais e impõe à Contratada mais um gravame. Por fim, pode-se



dizer que tal fenômeno gera invariavelmente o aumento dos preços oferecidos à Administração, não atendendo ao sentido primeiro desta licitação que é a busca do menor preço.

Requer, portanto, a adequação dos itens 11.5, 11.6 e 11.20 do Termo de Referência para que a Contratada somente seja obrigada a arcar com os custos referentes aos vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução do contrato. Assim, os defeitos ocasionados nos equipamentos por comprovado mau uso da Contratante, o furto e roubo, bem como a troca decorrente da renovação contratual, caso seja de interesse da Contratante serão de sua responsabilidade.

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

Da análise do item 15.1, alínea "f" da Ata de Registro de Preços e da Cláusula Quarta, item 13 da Minuta do Contrato verifica-se a seguinte previsão:

"Indenizar todo e qualquer dano e prejuízo pessoal ou material que possa advir, direta ou indiretamente, do exercício de suas atividades ou serem causados por seus prepostos à CONTRATANTE ou terceiros."

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.”¹³ (grifos nossos)

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

“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 15.1, alínea “f” da Ata de Registro de Preços e da Cláusula Quarta, item 13 da Minuta do Contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



11. DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO POR PARTE DA CONTRATADA

A Cláusula Décima Sexta da Minuta do Contrato prevê o seguinte:

“Constitui cláusula essencial do presente contrato, de observância obrigatória por parte da CONTRATADA, a impossibilidade, perante o CONTRATANTE, de opor, administrativamente, exceção de inadimplemento, como fundamento para a interrupção unilateral do serviço.”

Ou seja, da leitura da referida Cláusula, verifica-se que a Contratada não poderá opor exceção de inadimplemento como fundamento para suspensão dos serviços. ok!

Ocorre que tal previsão viola flagrantemente o previsto na lei nº 8666/93, no seu artigo 78, XV, *in verbis*:

“XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;”

Da leitura do dispositivo legal transcrito acima, verifica-se clara violação ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, vale mencionar 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).

Diante do exposto, impõe-se a adequação da Cláusula Décima Sexta da Minuta do Contrato, em obediência ao princípio da legalidade, de modo que seja excepcionada a hipótese prevista no art. 78, XV da Lei nº 8666/93.

12. DOS ASPECTOS TÉCNICOS DO EDITAL

A empresa Oi na análise criteriosa do objeto a ser contratado pelo Centro de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro – PRODERJ e suas especificações técnicas entende que os itens abaixo devem ser revistos e readequados.

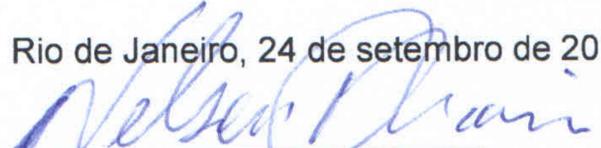
O item 5.3.2.1 do Termo de Referência descreve as características do aparelho Categoria/Modelo VIP I. Após consulta a diversos fabricantes de aparelhos celulares verificamos que as características descritas no item acima é exclusiva do aparelho Blackberry Q10, que conforme informação do fabricante, não é mais fabricado.

Solicitamos que seja alterado as características deste tipo e aparelho, retirando a exigência de teclado físico (QWERTY), possibilitando, assim, o fornecimento de modelos Smartphones de outros fabricantes.

Pedido

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

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 2015.


Nelson Bravin Ferreira Júnior
Executivo de Negócios Gov-RJ
Vendas B2B Corporativo SE


Luciana Rosa das Neves
Executivo de Negócios
Vendas B2B Corporativo SE