



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CENTRO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E
COMUNICAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - PRODERJ**

Ref.: EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS N.º 001/2017

A CLARO S.A., CNPJ n.º 40.432.544/0001-47, com sede na Rua Henri Dunant, 780 – Torres A e B, Santo Amaro – São Paulo – SP, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse l. Pregoeiro, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Considerando-se que não recebemos respostas aos questionamentos formulados a seguir, os quais apresentam claramente que os textos dos itens aqui ressaltados, necessitarão de alterações de forma a permitir a participação de importantes licitantes no certame, e por esse motivo, estamos **IMPUGNANDO O EDITAL**.

Ao analisar o edital em epígrafe observa-se disposição que atenta contra os princípios da legalidade e da competitividade, podendo, por esta razão, afastar interessados neste procedimento licitatório e consequentemente impedir que o PRODERJ selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

É com o objetivo de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.

I - DAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

ITEM 10.4 DO EDITAL



O item em comento apresenta a exigência de apresentação de Índices de Liquidez Geral (ILG) e Liquidez Corrente (ILC) iguais ou maiores que 1,0 (um), deixando de prever, ALTERNATIVAMENTE, a qualificação econômico-financeira por meio de comprovação de Patrimônio Líquido ou Capital Social igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação.

Entretanto, da forma como se encontra, o Edital veda às inteiras a participação de empresas que embora gozem de boa liquidez, não alcançam índices em tal patamar, o que significa uma ilegalidade devido à vedação da ampla competitividade no certame. Neste sentido, cumpre-nos trazer à tona o que preceitua o Art. 44 da Instrução Normativa n.º 02/2010 do MPOG, que não estão sendo observados por esta r. Administração, senão vejamos:

"IN 02/2010 MPOG

Art. 44. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação. (grifamos)

Portanto, a própria Instrução Normativa consagra o ensinamento pacificado na Doutrina de que a Administração evite exigências amplas, que não favoreçam a ampla competitividade no certame, senão vejamos o que leciona o grande mestre Marçal Justen Filho, in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pág. 475:

O TCU vem manifestando orientação no sentido de evitar a consagração de exigências amplas, no tocante à qualificação



econômico-financeira. Assim, há decisão no sentido de que apenas quando os índices do balanço patrimonial não forem iguais ou inferiores a 1, é que a licitante deverá comprovar que possui capital mínimo ou patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação e vice-versa.

Assevere-se que o regramento insculpido no Edital não se coaduna, inclusive com o entendimento do Tribunal de Contas da União, a saber:

"Acórdão 6613/2009 – Primeira Câmara

Sumário

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO DE TOMADA DE PREÇOS QUE RESTRINGIRAM O SEU CARÁTER COMPETITIVO. DETERMINAÇÕES. MULTA

...

Relatório do Ministro Relator

Adoto, como relatório, a instrução do Auditor Federal de Controle Externo:

O dispositivo do Art. 31 da Lei 8.666/93 deixa quatro alternativas ao administrador assegurar-se de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o ajuste a ser celebrado: a) Índices contábeis iguais ou superiores a 1,0; b) capital social mínimo; c) patrimônio líquido mínimo ou d) prestação de garantia, limitada a 1% do valor estimado para o contrato. Tais hipóteses não são cumulativas, mas permitem uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei. (grifo nosso)

Note-se ser corrente em licitações desta monta a exigência de apresentação de tais índices no valor igual ou superior a 1,0 ou ALTERNATIVAMENTE Patrimônio Líquido ou Capital Social no patamar de 10% do valor estimado do Contrato, conforme já há tempos assentado na doutrina e na jurisprudência.

É cediço que as Empresas prestadoras de serviços de Telecomunicações têm em seus balanços reflexos significativos na apuração de seus índices financeiros, às



vezes apresentando índices positivos, porém inferiores a 1,0 (um). Estes índices são diretamente afetados por empréstimos visando o pagamento de compromissos futuros em virtude de constantes investimentos envolvendo equipamentos e tecnologia de alta capacidade para as redes.

Assim, a proposta de revisão da escrita do tópico Qualificação Econômico-financeira visa adequar o mesmo a realidade do mercado, evitando a exclusão de Licitantes interessados do Certame e com boa situação financeira, embora com índices financeiros positivos, porém inferiores a 1,0 (um), que demonstrarão índices superiores a 1,0 (um) se forem considerados os investimentos e financiamentos constantes de seu balanço patrimonial.

É neste sentido, que se requer a revisão do Edital em questão, de modo a prever alternativa para se acolher análise do Balanço Patrimonial de Licitante com índices financeiros inferiores a 1 (um), mediante comprovação de patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor a ser contratado, evitando a falta de competição/propostas nesta Licitação prejudicial à própria Administração.

Ainda neste sentido assevera a doutrina que:

"O Essencial é que a Administração não estabeleça exigências descabidas na espécie, nem fixe mínimos de idoneidade financeira desproporcionais ao objeto do certame, a fim de não afastar os interessados de reduzida capacidade financeira, que não é absoluta, mas relativa a cada licitação. Desde que o interessado tenha capacidade financeira real para a execução do objeto da licitação" (Hely Lopes Meirelles).



Face ao exposto, requer a revisão do item em comentário do Edital, de modo a não excluir a CLARO do certame, assim como demais empresas que se encontrem em idêntica situação, permitindo, em conformidade com o que preceitua a Lei 8.666/93, que a boa situação econômico-financeira seja comprovada por balanço patrimonial, certidão negativa de falência ou Recuperação Judicial e, ainda, conforme faculta o parágrafo 2º do mesmo artigo, seja exigido patrimônio líquido mínimo em alternativa às empresas que não atendam índices financeiros, como costuma ser a praxe em editais de diversos órgãos públicos, visando sempre ampliar a competição.

Só assim estar-se-á de fato estabelecendo critérios legítimos e legais para a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em participar do certame, ampliando a competição no certame e garantindo não só a isonomia entre as proponentes como a possibilidade de melhor contratação pela Administração Pública.

Solicitamos informar se nossa solicitação será atendida.

II – IMPERIOSA NECESSIDADE DE CLARA DEFINIÇÃO DO OBJETO – ITEM 5.2 DO EDITAL

Verificou-se que o Instrumento Convocatório em questão não é preciso na definição do objeto e regramentos da licitação, sendo necessária a adequação técnica que se apresentará abaixo, sendo certo que tal precisão é elemento imprescindível para que esta e as demais licitantes realizem o estudo adequado sobre a viabilidade técnica e financeira do projeto e elaborem as suas propostas técnicas e de preço realmente aderentes ao que esta r. Administração pretende, senão vejamos:

- O item 5.2 do Edital apresenta a seguinte redação:

“Os preços máximos aceitáveis, mensais por Lote, para esta contratação são os seguintes:



(PLANILHA ESTIMATIVA QUE APRESENTA VALOR MENSAL)”

Entretanto, é cediço que os valores ali estimados são ANUAIS e não MENSAIS, conforme faz entender o item em comento. Portanto, tal erro material deve ser corrigido, de modo a não gerar erro de interpretação por parte das licitantes.

Considerando as considerações supra, verifica-se necessário explicitar exatamente o objeto a ser contratado, tendo em vista o disposto no Art. 3º, II da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) e Art. 14 da Lei 8.666/93, senão vejamos:

“Art. 3º - A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

II. a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara...”

“Art. 14 – Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto...”

Cumpre-nos trazer à tela, ademais, entendimento pacífico do E. Tribunal de Contas da União sobre a matéria, senão vejamos o que preceitua a Súmula 177 daquela Corte:

SÚMULA 177 DO TCU – definição do objeto

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o



princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

É nosso entendimento, ainda, que os valores apresentados na Planilha de Quantitativos e Preços Unitários – Anexo XIII do edital, para os itens que compõem os Lotes licitados (1,2 e 3), não são valores máximos unitários e sim uma referência de valores que após multiplicados pelas respectivas quantidades, somados e então multiplicados por 12 meses, totalizam os valores máximos permitidos globais para o contrato, conforme exposto no item 5 do edital. As licitantes poderão cotar suas propostas iniciais como também a proposta ajustada da licitante vencedora, após pregão, sem considerar esses valores como máximos por item, dentro dos lotes, tomando sim como valores máximos, os totais anuais por lote (item 5 do edital).

Solicitamos confirmar os nossos entendimentos.

III - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE – ITEM 18 DO EDITAL E SEUS CORRESPONDENTES NOS DEMAIS ANEXOS

É notório que em se tratando de contratos administrativos de grande vulto, diante da possibilidade de inexecuções, parcial ou total, a Administração Pública deve estabelecer parâmetros para penalizar a Contratada por tais fatos. No entanto, os mesmos devem ser pautados na razoabilidade e proporcionalidade.



Ademais, é incontroverso que a aplicação de multas de grande monta é um fator a mais no desequilíbrio econômico do contrato com o consequente enriquecimento sem causa da parte Contratante, o que fere não só equilíbrio econômico-financeiro como afeta a comutatividade do contrato.

Cabe ressaltar ainda, que as penalidades elencadas no presente certame, constituem cláusulas moratórias, de sorte que, sua conceituação legal visa apenas penalizar o contratado pelo efetivo período de atraso na prestação dos serviços. Desta forma, a imposição de multa que pode alcançar o equivalente a 20% (vinte por cento) do valor total do Contrato nas hipóteses de inexecução total ou parcial do Contrato, mostra-se extremamente excessiva e desproporcional.

Ademais, as previsões de aplicação de penalidades equivalentes a 5% (cinco por cento) incidentes sobre o valor da parcela não executada em hipóteses de inexecuções parciais do Contrato, mostram-se completamente desarrazoadas.

Verifica-se no referido dispositivo, que a Administração Pública estabelece critério demasiadamente oneroso para aplicação das multas acima descritas, o que não se mostra razoável.

Destaca-se que a necessidade de se adequar a penalidade aplicada em caso de inexecução, aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade é entendimento assentado dos Tribunais, conforme se observa na jurisprudência abaixo mencionada, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 330.677-RS (2001/0091240-0):

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.



Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.

Os atos administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.

O art. 86 da Lei 8666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

Princípio da Razoabilidade.

Recurso Improvido.”

Deste modo, não restam dúvidas de que as penalidades elencadas no edital e seus anexos devem ser revistos, de modo a ser aplicada com razoabilidade e proporcionalidade, bem como visando apenas imputar um ônus a Contratada somente pela inexecução parcial do serviço, devendo-se calcular a multa sobre a parcela mensal do contrato, ou no máximo, sobre a parcela inadimplida, evitando enriquecimento sem causa por parte da Contratante e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e buscando seu único fim, qual seja, o ressarcimento da mora, e não gerar o desequilíbrio do contrato.

Frisa-se também que tais imposições extrapola o limite de 10% sobre o valor do fornecimento não realizado, teto máximo estabelecido tanto pelo Decreto nº 22.626/33 como pela Medida Provisória nº 2.172/01 e aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e a Administração Pública. Ressaltamos ainda que não consta na Lei 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal; não pode a Contratante, assim, desconsiderar regulação específica que



veda o locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas.

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

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

"Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiam outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis-, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo



da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)”

Neste sentido, extrai-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Vale dizer, as consequências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.

Por todo o exposto, requer a adequação das penalidades elencadas no edital em epígrafe e seus anexos, para que as multas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do Contrato e no caso de inexecução parcial, que seja estabelecido o limite de 3% (três por cento) sobre a parcela inadimplida.

IV - ITEM 10.4.1 DO EDITAL – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Na alínea b o edital exige: “Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, com o objeto da licitação. A referida aptidão será feita por através de atestados, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados na entidade profissional competente”.

Consideramos a exigência um rigor excessivo e solicitamos que também sejam aceitos como comprovação de aptidão para desempenho de atividade, os atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, e que não estejam registrados em entidade profissional.

Solicitamos informar se nossa solicitação será atendida.

IV - DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO



Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando ao PRODERJ selecionar a proposta mais vantajosa para os serviços a serem contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção da incoerência aqui apontada. Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração do edital no termo proposto acima.

Rio de Janeiro, 22 de maio de 2017.

RENÉE MERCEDES DA SILVA LEAL

Gerente Executiva de Contas

CLARO S/A

Renée Mercedes Leal
Gerente de Contas
CLARO S/A.