

MINISTÉRIO DA ECONOMIA  
Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital  
Secretaria de Gestão  
Central de Compras  
Coordenação-Geral de Licitações

**DECISÃO DA IMPUGNAÇÃO Nº 06  
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 06/2020**

### **DAS PRELIMINARES**

Do instrumento interposto

Trata-se de instrumento impugnatório apresentado pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A. (OI), contra os termos do Edital do Pregão Eletrônico SRP nº 06/2020 – UASG 201057, cujo objeto é a escolha da proposta mais vantajosa para contratação, pelo sistema de registro de preços, com vistas à futura e eventual contratação de SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO-COMUTADO - STFC (fixo-fixo e fixo-móvel) e de SERVIÇO MÓVEL PESSOAL - SMP (móvel-móvel, móvel-fixo e dados), nas modalidades local, longa distância nacional (LDN) e longa distância internacional (LDI) a ser executado de forma contínua, por meio do sistema de registro de preços, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

Da tempestividade

O art. 24 do Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão na sua forma eletrônica, dispõe que até três dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão.

Dessa forma tem-se que a impugnação é tempestiva, pelo que se passa à análise de suas alegações.

### **DAS ALEGAÇÕES E DO PEDIDO**

A impugnante insurge-se contra o instrumento convocatório apontando supostas ilegalidades cometidas pela Administração na sua consecução, em especial apontando restrição a competitividade.

Solicita ao final, reparo dos pontos apontados com a seguinte republicação do Edital e devolução de prazo de publicação.

### **DA ANÁLISE DO MÉRITO**

Em sua peça impugnatória, a empresa apresenta diversas alegações de pretensa ilegalidade, vejamos:

*“A SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO/SRA/BA – MINISTÉRIO DA ECONOMIA instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma eletrônica, do tipo menor preço, registrado sob o n.º 06/2020, visando à escolha da contratação, pelo sistema de registro de preços, com vistas à futura e eventual contratação de SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO-COMUTADO - STFC (fixo-fixo e fixo- móvel) e de SERVIÇO MÓVEL PESSOAL - SMP (móvel-móvel, móvel-fixo e dados), nas modalidades local, longa distância nacional (LDN) e longa distância internacional (LDI) a ser executado de forma contínua, por meio do sistema de registro de preços, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no 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.*

*(...)*

#### **ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS**

#### **1. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL**

O item 4.2.1 do Edital prevê que estão impedidos de participar, as licitantes que estiverem proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**.

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, in verbis:

Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

**“Administração Pública:** A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as ‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

**“Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”<sup>1</sup>

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública.”

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)<sup>3</sup>, segundo o qual os efeitos jurídicos da referida sanção **está adstrita ao órgão que a aplicou**. Nesse sentido, destaca-se:

Informativo TCU nº 147:

1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

“[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que “a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)”. E mais: “Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o

significado preciso do termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão “refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal” e que, portanto, “o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”. [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) “recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”. Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.

Vale mencionar que este já era o entendimento “histórico” do Tribunal de Contas da União, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a Administração é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o órgão público. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei nº 8.666.

Portanto, requer seja alterado o item em comento, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, a fim de evitar interpretações diversas.

## 2. EXIGÊNCIA ABUSIVA

Os itens 4.3 e 4.3.1 do Edital preveem que é vedada a contratação de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de: detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação; ou de autoridade hierarquicamente superior no âmbito do órgão contratante.

Considerando para os fins do disposto neste item, familiar o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau.

Ocorre que, tais exigências mostram-se excessivas, na medida em que não possuem finalidade correlata à execução do objeto.

Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontram grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como o grau de parentesco e vínculo empregatício de seu quadro acionário, as quais inclusive, não são informadas quando da aquisição das ações pelo público em geral.

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

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

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

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

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

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

*(...)*

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

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

*“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

*(..)*

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

*Inexiste no mercado uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.*

*Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista nos itens em comento.*

### **3. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI**

*Os itens 9.1 e alíneas do Edital dispõem que o pregoeiro consultará os sistemas de registros de sanções SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO TCU, CNJ e CEIS, visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame.*

*Da leitura do dispositivo em comento, tem-se a impressão de que uma vez consultado o referido cadastro, na hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a empresa com uma penalidade supostamente existente, impedida de participar do certame.*

*Ocorre que, não se pode admitir este tipo de entendimento extensivo, pois seria o mesmo que admitir que empresas suspensas de licitar com a administração pública, estrariam impedidas de participar.*

*Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**.*

*Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, in verbis:*

*“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:*

*XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;*

*XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”*

*Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.*

*Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:*

**“Administração Pública:** A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as ‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

**“Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”<sup>4</sup>

*Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:*

*“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública.”<sup>5</sup>*

*Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do Tribunal de Contas da União (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)<sup>6</sup>, segundo o qual os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou. Nesse sentido, destaca-se:*

*Informativo TCU nº 147:*

*(...)*

*Portanto, feita as distinções necessárias e reforçado o posicionamento do plenário do TCU sobre o tema, não se pode admitir que empresas que apresentem algum tipo de penalidade sejam impedidas de participar do certame, a menos que a penalidade seja em face do órgão licitante. Caso contrário, não há o que se falar em impedimento.*

*Nesse contexto, o mesmo racional se aplica ao disposto no item que se impugna. Não se pode admitir que o resultado da consulta aos cadastros em questão, caso aponte para algum tipo de penalidade, estenda seus efeitos de modo a impedir a empresa penalizada de licitar com outros órgãos, que não o penalizante.*

*É necessário que seja expressamente previsto que haverá proibição de participar a empresa que, após consulta aos referidos cadastros, verifique-se que exista penalidade com o órgão licitante e não com qualquer órgão.*

*Como já dito anteriormente, na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93. Ou seja, para que se possa associar o resultado da consulta como impedimento de participação, a sanção ali registrada deve ser restritiva de participação somente com o presente órgão licitante.*

*Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.*

*Ante o exposto, requer a exclusão ou adequação dos itens em comento.*

#### **4. DA GARANTIA DE EXECUÇÃO**

*O item 16.1 do termo de referência estabelece a exigência de apresentação de garantia de 3% do valor do contrato no prazo de 10 (dez) duas após a assinatura do Termo de Contrato.*

*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<sup>7</sup>”.*

*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 proteger<sup>8</sup>.”*

*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 discrição, 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 discrição) 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 libito, 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 aplicada. 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<sup>9</sup>.”*

*Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia 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 consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.*

*Desta feita, a apresentação de garantia no percentual exigido não é razoável, razão pela qual se requer a modificação do item supracitado, para que a garantia exigida corresponda ao limite máximo de 1% (um por*

cento) e que a que a garantia seja exigida em prazo não tão exíguo, mas sim em 60 dias após a assinatura do contrato.

## **5. REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO**

O item 17.5 do Edital determina que antes da celebração do contrato ou de seus respectivos aditivos, a Administração Pública efetuará prévia consulta ao SICAF e ao CADIN.

Como se vê, o presente Edital estipula como condição para a celebração definitiva do contrato a comprovação referente ao CADIN (Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal).

De início, relativo a este tema do CADIN, vale transcrever a regra presente no art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002 (legislação que dispõe sobre o tema), que afirma:

“Art. 6º - É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

(...)

III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.”

O que se nota é que, apesar de exigir a consulta prévia no caso de contratação, o dispositivo legal não menciona, em nenhum momento, a possibilidade de que a consulta ao CADIN seja elemento impeditivo à contratação de qualquer licitante. A análise ao CADIN tem natureza consultiva.

O Tribunal de Contas da União (TCU), saliente-se, apresenta posicionamento neste mesmo sentido, conforme se percebe nos julgados abaixo:

“Em seu voto, o relator destacou que o art. 6º, III, da Lei n.º 10.522/2002, “não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa inscrita no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin”. (...)

Dessa forma, não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer consequência em relação às contratações a serem realizadas.” (TCU, AcIrdYº nº 5.502/2008, 2ª Câmara)

“Além disso, ‘a ausência ou não de consulta ao CADIN não necessariamente levará a contratações de empresas ou entidades que constem daquele cadastro, desde que, no mínimo, tais contratações avaliem previamente a regularidade fiscal dos interessados, nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.666/93; do artigo 3º, § 2º, incisos III, alínea a, e V do Decreto nº 6.170/2007 e do artigo 18, inciso VI, da Portaria MP/MF/MCT 127/2008, dentre outros dispositivos. Nesse contexto, embora a consulta ao CADIN possa parecer inícia é obrigatíria por Lei. E mesmo considerando que o simples fato de constar do cadastro nYº seja, isoladamente, um fator impeditivo para a celebração de contratos ou outros ajustes com a Administração Pública, a consulta poderá auxiliar na verificação das informações prestadas pelos administrados e pelos demais órgãos da Administração, em especial as constantes em certidões e declarações.” (TCU, AcIrdYº nº 7.832/2010 - 1ª Câmara)

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de apreciar o tema, sendo categórico em afirmar que “[a]s empresas inscritas no CADIN - Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não quitados, não estão impedidas, pelo sI fato da inscrição, de contratarem com a Administração.” (STF, RE n. 358.855/PE, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 12.04.2010, DJ 27.04.2010).

Ademais, julgando uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), o STF repetiu seu posicionamento. Segue o acórdão publicado:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 1.442, DE 10.05.1996, E SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES. CRIAÇÃO DO CADASTRO INFORMATIVO DE CRÉDITOS NÃO QUITADOS DO SETOR PÚBLICO FEDERAL**

- CADIN. 1. A criação de cadastro no âmbito da Administração Pública Federal e a simples obrigatoriedade de sua prévia consulta por parte dos órgãos e entidades que a integram não representam, por si sI,

impedimento à celebração dos atos previstos no art. 6º do ato normativo impugnado. 2. A alteração substancial do art. 7º promovida quando da edição da Medida Provisória 1.863-52, de 26.08.1999, depois confirmada na sua conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002, tornou a presente ação direta prejudicada, nessa parte, por perda superveniente de objeto. 3. Ação direta parcialmente prejudicada cujo pedido, no que persiste, se julga improcedente. (STF, ADI n. 1.454, Relatora Ministra Ellen Gracie – Tribunal Pleno, j. em 20/06/2007, DJ 02.08.2007).

Ante o exposto, requer a exclusão Item 17.5 do Edital, ou ainda, que se esclareça o referido item para que a inexistência de registro no CADIN não seja considerada condição para a celebração do contrato na presente licitação, posto que tal imposição não encontra consonância com a disposição do art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002, conforme se percebe de firme posicionamento do STF e do TCU.

## 6. DA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA

O item 9.10.4 do Edital estabelece que:

“As empresas, que apresentarem resultado inferior ou igual a 1(um) em qualquer dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), deverão comprovar patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor total estimado do grupo pertinente.”

Como se sabe, a Lei nº 8.666/93 propõe uma série de exigências para a comprovação da qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, a saber:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

(...)

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (Grifo nosso)

Note-se que o § 2º, deste dispositivo, determina que a Administração poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no seu § 1º do art. 56, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes.

Vejamos. O patrimônio líquido é o valor contábil que representa a diferença entre ativo e passivo no balanço patrimonial de uma empresa. Em síntese, o patrimônio líquido nada mais é do que o valor contábil que sócios

*e/ou acionistas têm na empresa em um determinado momento, ou seja, é o valor disponível para fazer a sociedade girar. Ele é um indicador da saúde financeira real e atual da empresa.*

*Já o capital social, do ponto de vista contábil, é parte do patrimônio líquido. Ele representa valores recebidos pela empresa dos sócios, ou por ela gerados e que foram formalmente incorporados ao Capital.*

*O patrimônio líquido é variável de acordo com o exercício da atividade da empresa. Já o capital social só poderá ser alterado mediante deliberação dos sócios, isto é, independe do exercício da atividade da empresa.*

*Diante disso, considerando a alternatividade concedida pela lei para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, requer-se a modificação dos itens em comento, nos termos da fundamentação supra, para que seja possibilitada a comprovação desse requisito através do capital social.*

## **7. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS**

*O item 8.5.10 do Termo de Referência estabelecem que o pagamento deverá ser realizado por meio ordem bancária.*

*Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.*

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

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

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

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

*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 em comento a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.*

## **8. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE**

*O item 8.5.11 do Termo de Referência estabelece que a Contratante deverá apresentar os comprovantes de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.*

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

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

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

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

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

*Verifica-se a incongruência na aplicação da exegese do item 8.5.11 do Termo de Referência. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*

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

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

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

*Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”<sup>10</sup>.*

*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.”<sup>11</sup>*

*Diante disso, requer a alteração do item 8.5.11 do Termo de Referência para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).*

## **9. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL**

*O item 8.5.8 do Termo de Referência estipula 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 obstantes 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 8.5.8 do Termo de Referência, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e

**6. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE**

O item 8.5.19 do Termo de Referência determina que:

“Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, desde que a Contratada não tenha ocorrido, de alguma forma, para tanto, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até o efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante a aplicação da seguinte fórmula:  $I=(TX/100)$ ”

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 do item em comento, referente 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 inexistente ou a distorção da competição.”<sup>12</sup>*

*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 12.1 do termo de referência de modo que o reajuste das tarifas referentes ao STFC e dos preços referentes ao SMP seja realizado da seguinte forma:*

*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".*

*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".*

## **10. DA PREVISÃO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

*Da leitura da cláusula décima quarta da Minuta Contratual, percebe-se que o Poder Público adota as disposições contidas na Lei nº. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – como aplicáveis ao presente certame.*

*Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor não disciplina a relação entre a Administração Pública e o Particular, sendo aplicáveis, na hipótese, as regras atinentes aos Contratos Administrativos, em especial a Lei nº. 10.520/2002, Decreto nº. 3.555/2000 e Lei nº. 8.666/93.*

*Sob tal aspecto, o Administrativista Marçal Justen Filho nos ensina, com muita propriedade, quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, nos contratos administrativos:*

*"Alguém poderia defender a aplicação subsidiária do Regime da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no tocante à responsabilidade por vício do produto ou do serviço. Isso é inviável, porquanto à Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que pudesse caracterizar a Administração como "consumidor", não haveria espaço para incidência das regras do CDC, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato. (...)"<sup>13</sup>*

*Isto, pois, diferentemente da Relação de Consumo, no Contrato Administrativo, o Contratado é que está em uma posição de sujeição perante o Poder Público.*

*O Código de Defesa do Consumidor – CDC veio coibir que as livres disposições do Direito Privado permitissem que o fornecedor, em face de sua superioridade em relação ao consumidor, estabelecesse regras que tornassem a relação desigual.*

*Ocorre que, nas relações regidas pelo Direito Público, as normas de Direito Privado são derrogadas em face de disposições de ordem pública, o que limita a vontade do particular.*

*Outrossim, pode-se perceber a sujeição do Contratado em face do órgão licitante, fazendo-se uma analogia à Relação de Consumo. Enquanto, o CDC preocupa-se em limitar o "poder" do fornecedor em impor o contrato ao consumidor, nas relações regidas pelo direito público, o Contratado está sujeito aos termos do edital de licitação fixados pela empresa licitante.*

*Desta forma, percebe-se que seria um contra senso permitir que as normas protetivas do CDC impusessem ônus adicionais ao particular que já está sujeito aos termos contratuais fixados unilateralmente pela Contratante.*

*Não bastasse, ainda que não fosse este o entendimento, a empresa estatal licitante não poderia ser configurada como consumidora, vez que não utiliza os serviços contratados como destinatária final.*

*Assim nos ensina o ilustre Prof. Rizatto Nunes:*

*“o CDC não regula situações nas quais, apesar de se poder identificar um “destinatário final”, o produto ou serviço é entregue com a finalidade específica de servir de “bem de produção” para outro produto ou serviço e via de regra não está colocado no mercado de consumo como bem de consumo, mas como de produção;”<sup>14</sup>*

*Isto, pois, ao utilizar o serviço prestado pela Contratante como parte da cadeia de prestação de seu próprio serviço, ela não será enquadrada como destinatária final daquele serviço, impossibilitando a aplicação do CDC nas relações mantidas entre a mesma e o Contratado.*

*Nesse sentido, vale citar o entendimento do STJ acerca da inclusão de cláusula prevendo a aplicação do CDC em contrato celebrado por ente da Administração Pública, in verbis:*

**“EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA.**

1. *Contrato de prestação de serviços firmado, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a construção de duas agências dos Correios. Paralisação das obras. Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as Construtoras prestadoras de serviços.*

2. *Pleito recursal visando a aplicação das normas de Direito Privado relativas ao Direito do Consumidor com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva.*

3. *A ECT é empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida.*

4. *O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública.*

5. *A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado.*

6. *À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão sub judice não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT.*

7. *Consoante o acórdão a quo, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes.*

8. *Recurso especial desprovido.” Resp 2003/0047959-4, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJU: 31/05/2004, pág. 191. Grifo nosso.*

*Portanto, requer-se exclusão da previsão de aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre o órgão licitante e a licitante vencedora do certame.”*

Considerando a natureza de algumas das alegações da impugnante, a Pregoeira solicitou o encaminhamento de subsídios pela área demandante, os quais são transcritos a seguir:

#### **“4. DA GARANTIA DE EXECUÇÃO**

*Alega a Impugnante, que o item 16.1 do TR não é razoável já que estipula o percentual de 3% (inferior ao máximo permitido (5%) no artigo 56 da Lei 8.666/1993), razão pela qual requer a modificação do item em questão para que a garantia não corresponda ao valor exigido de 3%.*

**Resposta:** A definição da garantia no percentual de 3%, definido no item mencionado do TR, está plenamente de acordo com o art. 56, §2º, da Lei 8.666/93. Não resta, portanto, que se realize alterações no TR.

## **7. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS**

Alega a Impugnante que a exigência de pagamento por meio de crédito em conta corrente, mediante ordem bancária, definida pelo item 8.5.10 do TR, está em dissonância com o procedimento de pagamento adotado 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. Além disso, alega que a Oi utilizou o sistema de faturamento por meio de Nota Fiscal/Fatura emitida com código de barras. Por este motivo solicita a alteração do item, a fim de permitir o pagamento por meio de leitura de código de barras.

**Resposta:** Quanto à forma de pagamento, a licitante esclarece que atualmente as operadoras adotam um sistema de faturamento e cobrança moderno, conhecido e aprovado pela ANATEL, baseado em código de barras. Nesse sentido, a empresa solicita que seja estabelecida a possibilidade de realização do pagamento mediante código de barras. De se notar que realmente não existe razão para impedir os pagamentos mediante código de barras, portanto tal modalidade de pagamento será permitida. Não há, porém, a necessidade de republicar o Edital e de modificar a data de realização do certame, já que tal medida seria meramente protelatória. A aceitação dessa forma de pagamento não gera ônus financeiro, tampouco desajustes temporais, de tal forma que não se configura hipótese de alteração das propostas. Nesse caminho, o questionamento da licitante procede somente no que tange a forma de pagamento. Logo, propõem-se apenas que se leia da seguinte forma o que estabelece o item 8.5.10 do TR:

“ 8.5.10 Será considerada data do pagamento o dia em que constar como emitida a ordem bancária para pagamento ou quando for quitada a fatura com utilização do código de barras ou não.”.

## **6. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE**

Alega a Impugnante que a previsão em caso de descumprimento da obrigação de pagamento deve ser feita de acordo com os artigos 54 e 66 da lei de licitações. Alega também, que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem ser previstos à razão de 2% sobre o valor da fatura e 1% ao mês, com correção monetária operada com base no IGP-DI.

**Resposta:** A empresa requer, ainda, alteração do item do TR para incluir a previsão de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura no mês de atraso; juros de mora de 1% (um por cento) a.m.; e correção monetária pelo IGP-DI, na hipótese de atrasos em pagamentos de responsabilidade da Administração. A esse respeito deve-se informar que o TR está de acordo com o que estabelece o item 5 do Anexo XI da IN nº 5/2017 SEGES/ME, que define as regras, nesse caso, para a Administração. Por esse motivo, entende-se que não deve prosperar a demanda da impugnante.

## **6. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS**

Alega a impugnante que pelo objeto ser serviços telefônicos, os reajustes devem ocorrer mediante as disposições editadas pela ANATEL, e a partir do contrato de concessão, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato. Alega ainda que o índice a ser utilizado é o expresso na resolução nº 420 de 25/11/05, da Anatel. Por este motivo, requer a adequação do item 12.1 do TR.

**Resposta:** Sobre esse ponto, vale destacar que existe previsão legal de a aplicação de reajuste ou reajustamento com a utilização de índices específicos ou setoriais (Inciso XI do art. 40 da lei nº 8666/93). Todavia, a lei nº 10.192/01 previu a possibilidade de utilização de índices gerais também. Entretanto, quando se busca o objetivo maior da utilização do instrumento do reajuste, para alcançar a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos, verifica-se que é bem mais razoável a aplicação de índices setoriais quanto existirem. Isso porque tais índices possuem composição de cesta de custos bem mais aderentes à realidade de cada mercado. Logo, tal índice se mostra mais capaz de refletir as correções monetárias associadas a determinado segmento de atuação econômica quando comparado com índices gerais. Tal entendimento é corroborado pelo que está previsto na Orientação Normativa da AGU nº 23, de 01.04.2009, a qual prevê: “O edital e o contrato de serviço continuado deverão indicar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste em sentido estrito, com previsão de índice setorial, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos”.

Nesse sentido, o Edital do pregão nº 06/2020 previu em seu TR no item 12.1 o uso IST (Índice de Serviços de Telecomunicações), baseando-se, inclusive, no mesmo índice que o sugerido pela empresa, *ipsis litteris*, como instrumento de reequilíbrio-econômico para os contratos de telefonia decorrentes da presente contratação. Logo, não se vislumbra qualquer impropriedade na exigênciaposta no instrumento convocatório. Dessa forma, entende-se que não assiste razão o pedido da impugnante”.

Vistos os subsídios da CGTIC, restam ainda pontos a serem esclarecidos pela Administração, o que faremos a seguir.

Com relação a alegação de suposta ilegalidade na vedação de participação de empresas impedidas de licitar com a Administração, lembramos a impugnante que a modalidade na qual será realizada a licitação é a do pregão eletrônico, instituída pela Lei 10.520/2002 e regulamentada pelo Decreto 10.024 de 20 de setembro de 2019.

Neste sentido, ressaltamos o artigo 49 do aludido Decreto:

*Art. 49. Ficará impedido de licitar e de contratar com a União e será descredenciado no Sicaf, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais, garantido o direito à ampla defesa, o licitante que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta:*

*I - não assinar o contrato ou a ata de registro de preços;*

*II - não entregar a documentação exigida no edital;*

*III - apresentar documentação falsa;*

*IV - causar o atraso na execução do objeto;*

*V - não mantiver a proposta;*

*VI - falhar na execução do contrato;*

*VII - fraudar a execução do contrato;*

*VIII - comportar-se de modo inidôneo;*

*IX - declarar informações falsas; e*

*X - cometer fraude fiscal.*

*§ 1º As sanções descritas no caput também se aplicam aos integrantes do cadastro de reserva, em pregão para registro de preços que, convocados, não honrarem o compromisso assumido sem justificativa ou com justificativa recusada pela administração pública.*

*§ 2º As sanções serão registradas e publicadas no Sicaf. (grifo nosso)*

Ora, como visto, segundo a disposição legal, estarão suspensas de licitar e contratar com a União aquelas empresas que incorrerem nos atos descritos no artigo 49 do Decreto 10024 não havendo cabimento em se falar de ilegalidade na aplicação do Decreto.

Salienta-se ainda o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o tema presente no Ac. 2530/2015 - Plenário e que remete, inclusive, a múltiplas deliberações no mesmo sentido (Acórdãos 5.367/2014, 6.733/2014, 6.740/2014 e 131/2015, todos da 1ª Câmara),:

*“Quanto à abrangência da sanção, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) é pena mais rígida do que a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993), e mais branda do que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993)“*

A seguir a Impugnante considera abusiva a vedação de participação no certame de empresa *“na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de: detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação; ou de autoridade hierarquicamente superior no âmbito do órgão contratante.”*

Novamente, a impugnante carece de razão. A vedação presente no Edital vem ao encontro do combate ao nepotismo como preconizado pela Constituição Federal de 1988 e determinada pelo Decreto 1.805 de 2018 senão, vejamos:

#### **Vedaçāo de caráter geral**

*Art. 5º É vedada a contratação, por órgão ou entidade de que trata o art. 1º, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que tenham relação de parentesco com:*

*I - detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação; ou*

*II - autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade.*

A seguir, a empresa ataca consulta a cadastros que ela supõe extrapolarem o exigido na Lei 8.666 de 93 como critério da Habilitação.

A este respeito cabe registrar que as exigências estão em estrita consonância com o artigo xx da Lei 8.666 de 93. Sobre o tema, vale a pena também citar a manifestação do Tribunal de Contar da União sobre o assunto, vejamos:

*“226. Disponível por meio do Portal da Transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br/>), o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) da Controladoria Geral da União (CGU) registra, por meio de convênios com estados e municípios, suspensões e declarações de inidoneidade oriundas das três esferas administrativas. Esta iniciativa é importante uma vez que o cadastro do Sicaf não é obrigatoriamente alimentado pelos órgãos das demais esferas administrativas (item 9.4 do Acórdão 1.647/2010-TCU-Plenário).”*

*227. O presente achado resultou de procedimento de auditoria P5\_3 (constante no diretório ‘Procedimentos’ do DVD à fl.6 do anexo 15) que buscou identificar se empresas constantes do Ceis como inidôneas vêm sendo contratadas normalmente pela APF. Tal conduta é reprovável e tipificada como crime, tanto por parte dos gestores quanto das empresas licitantes, conforme disposto no caput e no parágrafo único do art. 97 da Lei 8.666/1993: ‘Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.’*

(...)

*“250. O Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e instituído pela Resolução - CNJ 44/2007 (anexo 13, fls. 2-4) reúne sentenças judiciais transitadas em julgado contendo condenações fundamentadas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).”* “251. No contexto do presente achado, ressalta-se o art. 12 do referido diploma legal, o qual assevera a proibição de contratação com o Poder Público aos condenados por improbidade administrativa.”*Acórdão 1.647/2010-TCU-Plenário.*”

Aliás, embora conste das condições de habilitação, a regularidade atestada por estas certidões são na verdade condição para participação em certames licitatórios.

O próximo argumento da impugnante afirma que a Administração coloca a regularidade com CADIN como condição para contratar.

Ora, a consulta a este cadastro é determinado pela Lei 10.522 de 2002, mas inexiste vedação a contratação de licitante que não esteja regular no CADIN, restando errada a interpretação dada pela impugnante.

De fato, o assunto já foi abordado diversas vezes pelo TCU, como no Acórdão trazido pela impugnante e ainda no Acórdão 6246/2010-2ª Câmara, TC-009.487/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, cujo excerto trazemos:

*“O próprio Poder Executivo, entretanto, quando da edição da MP nº 1863-52, de 26/08/1999, norma que tratava do Cadin, excluiu o referido art. 7º. E a própria Lei nº 10.522/02, oriunda da conversão da medida provisória, também não trouxe esse dispositivo. Dessa forma, não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer consequência (sic) em relação às contratações a serem realizadas.*

Na sequencia, a Impugnante ataca os requisitos de qualificação econômico financeira, solicitando a apresentação do Capital Social no lugar do Patrimônio Líquido.

A este respeito interessante registrar que a habilitação no procedimento licitatório tem a função necessária de distinguir aqueles que tem condições de executar o pretendido contrato, daqueles que não possuem tal condição.

Visa a fase de habilitação, por conseguinte, evitar que a Administração se lance em aventuras contratuais incompatíveis com a sua gestão de riscos.

Logo, a exigência de critérios de habilitação econômico financeira busca evidenciar se a empresa possui condições de honrar o contrato financeiramente.

Neste diapasão, em que pese o fato da Lei 8.666 de 93 facultar a exigência de apresentação de Capital Social ou de Patrimônio Líquido, a escolha do segundo parece ter maior pertinência.

Como bem salientado pela própria impugnante, o capital social é rubrica estanque, presente no documento de constituição da empresa enquanto o Patrimônio Líquido consta do Balanço Patrimonial refletindo sua situação financeira recente.

Ora, se o que se busca é justamente atestar a boa saúde da empresa licitante a exigência de apresentação de Patrimônio Líquido é medida mais eficaz e verossímil de tal comprovação.

Dando continuidade, alega a Impugnante suposta irregularidade na exigência de apresentação de certidões negativas de débito mensalmente.

A este respeito esclarece-se que os itens em questão não se prestam à apresentação mensal de certidões, mas tão somente à verificação da regularidade fiscal da contratada e atende ao disposto no inciso XIII, do art. 55, da Lei 8.666/83, que remete à obrigação da contratada de manter condições exigidas na habilitação durante toda a execução do contrato.

A impugnante refuta ainda o item 8.5.8 do Termo de Referência o qual trancrevemos:

*Havendo erro na apresentação da Nota Fiscal/Fatura, ou circunstância que impeça a liquidação da despesa, o pagamento ficará sobreposto até que a CONTRATADA providencie as medidas saneadoras. Nesta hipótese, o prazo para pagamento iniciar-se-á após a comprovação da regularização da situação, não acarretando qualquer ônus para a CONTRATANTE;*

Sobre o tema, cumpre informar que anteriormente ao pagamento, a Contratante realiza ampla verificação quanto aceitação dos serviços e à regularidade dos documentos, seguindo algumas diretrizes a saber:

*“IN 5/2017 MPDG Art. 50.*

*Exceto nos casos previstos no art. 74 da Lei n.º 8.666, de 1993, ao realizar o recebimento dos serviços, o órgão ou entidade deve observar o princípio da segregação das funções e orientar-se pelas seguintes diretrizes:*

*(...) II - o recebimento definitivo pelo gestor do contrato, ato que concretiza o ateste da execução dos serviços, obedecerá às seguintes diretrizes: a) realizar a análise dos relatórios e de toda a documentação apresentada pela fiscalização técnica e administrativa e, caso haja irregularidades que impeçam a liquidação e o pagamento da despesa, indicar as cláusulas contratuais pertinentes, solicitando à contratada, por escrito, as respectivas correções;*

*ANEXO XI 1. Após recebimento definitivo dos serviços, conforme previsto nos arts. 49 e 50 desta Instrução Normativa, o gestor do contrato deve instruir o processo de pagamento com a Nota Fiscal ou Fatura e os demais documentos comprobatórios da prestação dos serviços e encaminhar para o setor competente para pagamento.”*

Assim a alegação de que a Administração poderia efetuar o pagamento de parcela da Nota Fisca não encontra amparo na legislação vigente.

Por fim, a impugnante insurge-se contra suposta aplicação do Código de Defesa do Consumidor na contratação em comento, extraída da Cláusula Décima Quarta da Minuta de Contrato,

Embora reconheçamos a existência de celeuma jurídica a respeito a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em contratos administrativos, lembramos o posicionamento da Egrégia Corte de Contas a respeito do tema, vejamos:

*“A Administração Pública pode invocar a Lei 8.078/1990 (CDC), na condição de destinatária final de bens e serviços, quando suas prerrogativas estabelecidas na legislação de licitações e contratos forem insuficientes para garantir a proteção mínima dos interesses da sociedade [...]”.* ( Acórdão n.º 2569/2018 – Plenário, .

No aludido Acórdão, lemos ainda que:

*“307. Como é exposto no exame técnico transcrito no relatório do TC-016.501/2003-0, acolhido integralmente pelo Relator do Acórdão 1.670/2003-Plenário, Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha, a Lei 8.078/1990 é aplicável à Administração Pública enquanto consumidora de bens e serviços. Isso porque ao definir, em seu art. 2º, ‘consumidor’ como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, a Lei não fez nenhuma exceção, podendo, portanto, a Administração Pública se utilizar de*

*todos os direitos ali estabelecidos na condição de consumidora. Ainda de acordo com o citado relatório, esse é o entendimento dos doutrinadores Leon Fredja, Celso Bastos e Toshio Mukai. Diversas outras deliberações do TCU também vão nesse sentido, como o Acórdão 1.729/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, o Acórdão 5.736/2011-TCU-Primeira Câmara, de relatoria do Ministro-Substituto Weder de Oliveira, e as Decisões 634/1996 e 1.045/2000, ambas do Plenário, de relatoria dos ministros Homero Santos e Adylson Motta, respectivamente.”*

Desta feita, a previsão contratual em ataque é perfeita não merecendo qualquer reparação.

#### **DA MANIFESTAÇÃO DA PREGOEIRA**

Por todo o exposto, o Impugnante carece de razão em suas alegações, uma vez que o regramento previsto no Edital do Pregão Eletrônico nº 06/2020 está em harmonia com a legislação vigente, razão pela qual NÃO serão acatadas as alegações das peças impugnatórias.

#### **DA DECISÃO**

Pelos motivos elencados, apesar de intempestiva, CONHEÇO a Impugnação interposta pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A (OI) para, no mérito, NEGAR-LHE provimento, mantendo-se os termos do Edital em comento.

Brasília, novembro de 2020

**GILNARA PINTO PEREIRA**  
Pregoeira