



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE  
LUIZ ALVES – SC

MUNICÍPIO DE LUIZ ALVES  
RECEBIDO

11 FEB. 2020

LICITAÇÃO

João Deviant Brondi dos Santos  
Auxiliar Administrativo  
079 693 877 - 29

AS 16:52:07

Ref.: Pregão Presencial n.º 71/2019

**OI MÓVEL S.A (em Recuperação Judicial)**, sociedade anônima constituída e existente de acordo com as leis do Brasil, com sede na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Norte, Quadra 03, Bloco A, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.423.963/0001-11 (“**Oi**”), vem, tempestivamente, com fulcro no item 2.1 do Edital, bem como artigo 12 do Decreto 3.555/00, apresentar

### IMPUGNAÇÃO

Aos termos do Edital em referência, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.



## I – DOS FATOS

A Prefeitura instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma Presencial, sob o nº. 71/2019, visando à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de telefonia móvel.

Interessada em participar da licitação, a ora Impugnante denota, no entanto, a presença de alguns vícios de legalidade no Edital, cuja prévia correção se mostra indispensável à abertura do certame e formulação de propostas.

Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, a Oi **SOLICITA URGÊNCIA** na análise do mérito desta Impugnação pelo Sr. Pregoeiro, a fim de evitar prejuízos sérios para o erário, o qual certamente será lesado caso o Edital permaneça nos termos atuais. Tal é o que se passa a demonstrar.

## II – DO DIREITO

### **1. DA PERMISSÃO EXPRESSA DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO E DE SOCIEDADES DO MESMO GRUPO ECONÔMICO EM CONSÓRCIO**

Da análise do instrumento convocatório em comento, verifica-se que não há permissão no Edital com relação a participação de consórcio de empresas, conforme constante do subitem 4.2.2 do Edital.

Primeiramente, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de telecomunicações. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação



de infraestruturais e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Traçadas as linhas gerais referentes ao mercado de telecomunicações, pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

Nesse sentido, não pode prosperar qualquer impedimento à participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:

*“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as*



*dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que **apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação.***<sup>1</sup>  
(grifo nosso)

Com espantosa precisão, o entendimento de Marçal Justen Filho subsume-se perfeitamente ao caso em questão. O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características. Nesse sentido, a imposição de mais uma restrição apenas põe em risco o princípio da competitividade.

Nesse sentido, cumpre trazer os seguintes entendimentos do TCU acerca da matéria:

*“No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, **a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição.**”* (Acórdão 59/2006 - Plenário)

*“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. **A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame.** (...)”* (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 495.





Dessa forma, vê-se que mesmo sendo discricionariedade da Administração a permissão ou não de consórcio de empresas, sua restrição deve ser devidamente fundamentada e deve colimar sempre com as condições do mercado e do objeto licitado, de forma que seja garantida a competitividade.

Nota-se, tanto do entendimento doutrinário quanto jurisprudencial, que a permissão de consórcios nas licitações tem aspecto bifronte, podendo gerar ou restringir a competitividade. Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação.

**Nessa hipótese, a empresa Oi participará através de empresas do seu grupo e não empresas terceiras, ou seja, Oi Móvel S.A (autorizatória do serviço móvel pessoal – VC e VC1), Oi S/A (concessionária dos serviços de longa distância nacional – VC2 e VC3 RII) e Telemar Norte Leste S/A (concessionária dos serviços de longa distância nacional – VC2 e VC3 RI e RIII).**

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer a inclusão de permissão expressa da participação em consórcio de empresas do mesmo grupo financeiro, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

## **2. DA MULTA**

Da leitura do item 21.1 do Edital denota-se a aplicação de multa de 2% por descumprimento contratual, todavia na análise do instrumento contratual (Anexo VI) denota-se a imposição de multa de 10% para as situações ali previstas.



Ora, é notória a ilegalidade de que se revestem os referidos itens Editalícios, vez que o excesso de penalidade é incompatível com o objeto do Edital ora impugnado.

É de mister analisar qual é efetivamente a finalidade de se exigir penalidades em procedimentos licitatórios, a fim de que se possa ponderar a ilegalidade dos itens editalícios ora impugnados.

Com efeito, toda e qualquer exigência constante no Edital de licitação deve guardar perfeita consonância com o seu fim, vez que a finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato.

A efetiva legalidade do procedimento, como um todo, está intimamente relacionada com a legalidade de cada uma das exigências constantes no Edital, cuja comprovação depende da existência, ao menos implícita, de uma causa e um efeito, ou seja, uma finalidade específica justificadora.

Nesse diapasão, é notório que a exigência das penalidades tem por finalidade evitar o possível insucesso da contratação da licitante vencedora do certame.

Em outras palavras, cabe inferir que a finalidade das penalidades constantes nos Editais é garantir que a licitante vencedora irá executar o objeto licitado, de tal sorte que não comprometa o interesse da Administração e conseqüentemente o interesse público.

Ou seja, a finalidade dos contratos administrativos é a prestação de serviço, e não a criação de nova fonte de receitas mediante arrecadação de valores com multas.

De igual sorte, a ilegalidade do item e da cláusula editalícia em apreço pode ser ainda revelada pelo fato de que, para serem válidos, os atos da Administração Pública devem respeitar o Princípio da Razoabilidade. Com efeito, as exigências constantes no Edital não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

Logo, pelos motivos ora expostos, é evidente que as penalidades constantes no Edital não estão de acordo com a sua finalidade, vez que não guardam correspondência lógica com a mesma.



Na senda destas razões, vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Colha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legitimados de seu contratante, pois não assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte". (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 15ª edição, p.591).*

Destarte, não resta a menor dúvida de que tais penalidades não são razoáveis e que não correspondem à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, em total afronta aos Princípios norteadores do procedimento licitatório - artigo 3º da Lei n.º 8.666/93.

De todo o exposto, é irrefutável que as penalidades constantes na minuta contratual estão em desacordo com a realidade fática e com a legislação vigente, motivo pelo qual requer-se que as mesmas sejam adequadas de modo a enquadrar-se à realidade do setor, motivo pelo qual sugere-se que seja mantido o percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor mensal da fatura em qualquer situação, já estabelecido no item 21.1 do Edital.

### **3. DA GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO**

O ato convocatório não prevê garantias para a contratada para o caso de inadimplemento da Administração, diferente do usual em telecomunicações.

Vale ressaltar previsão expressa da Lei de Licitações de que aos contratos administrativos aplicam-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos, conforme revela o seu art. 54, "caput":

*"Art. 54 – Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, **aplicando-se-lhes, supletivamente, os***





*princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”*(grifamos)

E mais, o art. 66 do mesmo diploma legal destaca a responsabilidade atribuível a cada parte quando da execução do contrato, *in literis*:

*“Art. 66 – O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, **respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.**”*(grifamos)

Portanto, ante o arcabouço legal e doutrinário apresentado, não resta dúvida de que a Contratante deverá arcar com os encargos legais devidos, na hipótese de inadimplemento e de mora, sob pena de, não o fazendo, criar um notável desequilíbrio na relação entre as partes.

Na senda destas razões, pertinente aqui recordar a lição do renomado Administrativista Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, *in verbis*:

*“O sujeito (inclusive o Estado) tem o dever de cumprir a prestação assumida, no prazo e condições determinadas. Ao infringir esse dever, sujeita-se à obrigação de indenizar a parte inocente por perdas e danos. Entre os danos emergentes encontra-se, no mínimo, a perda do valor da moeda proveniente da inflação. Portanto, se o Estado atrasar o pagamento, deverá pagar com correção monetária.*

*Os Tribunais não têm hesitado em seguir esse caminho, na vigência do Plano Real. Adota-se, geralmente, a variação do IGP-M da FGV como índice para apuração da correção.”*[Dialética, 7ª edição, p.412]

Outrossim, a Decisão n.º 686/99, Plenário, do Tribunal de Contas da União também se manifesta em sentido similar quanto à aplicação de multa contra a Administração pública, onde são defendidas sanções moratórias impostas à Administração no caso de inadimplência, *in litteris*:





*“[...] a cobrança de multa moratória, pela concessionárias de serviços públicos, sejam elas privadas ou integrantes da Administração Pública, em desfavor dos órgãos e entidades públicos, por atraso no pagamento.*

*[...] quando a Administração age na qualidade de usuária de serviço público, em uma relação de consumo, a eventual multa moratória decorrente de atraso no pagamento tem natureza contratual, prescindindo de previsão legal, porquanto, nessa condições, a Administração figura como parte de um contrato da natureza privada e, como tal, despida dos privilégios que caracterizam os contratos administrativos.” [Decisão n.º 686/99, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin. D.O.U. de 08.11.1999, pg. 35-38]*

Resta evidente, assim, que o Edital merece reparo neste aspecto, a fim de que sejam estabelecidos expressamente os ônus legalmente devidos pela Administração em casos de inadimplência e de mora em relação ao cumprimento da obrigação.

Acrescente-se ainda que, de acordo com o Parecer da Advocacia Geral da União n.º GQ-170, devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso em 13 de outubro de 1998, resta cristalina a legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.

Nesse passo, entendemos que deveria constar da futura minuta do contrato o seguinte:

*“O não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento sujeitará o Contratante, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, às seguintes sanções:*

- a) Multa de 2% sobre o valor devido;*
- b) Juros de mora de 1% a.m.; e*
- c) correção monetária pelo IGP-DI.”*



### III. PEDIDO

Com o objetivo de que seja garantido o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi** solicita que V. S<sup>a</sup>. julgue a presente Impugnação motivadamente e no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias no Edital e demais documentos indigitados, e sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Luiz Alves, 10 de fevereiro de 2020.

**OI**