



**ILMO. SR. PREGOEIRO DO BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS
S.A - BDMG**

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico nº. 12/2021

Telemar Norte Leste S.A – em recuperação judicial, sociedade anônima, com sede

██
██
denominada “Oi”, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 24 do Decreto
n.º 10.024, de 20 de setembro de 2019, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital
em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

O Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A - BDMG instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 12/2021, visando a contratação de serviço de acesso à internet por meio de link dedicado, simétrico e redundante, conforme especificações constantes 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.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidas o que não se espera,



motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 3.3, subitem XIV do Edital veda a participação de pessoas jurídicas organizadas sob a forma de consórcio.

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 infraestruturas 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 a 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 a imposição editalícia de impedimento de 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 8.666/93 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.**”¹ (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**

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

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)

“(...) V.1 - Vedação à participação de empresas reunidas em consórcio (subitem 2.2 do edital).

13 O art. 9º da Lei que rege a licitação pública na modalidade pregão - Lei 10.520/2002 - estatui que se aplicam de forma subsidiária à modalidade pregão as normas constantes da Lei 8.666/1993. Assim, considerando que a lei específica não trata da participação de empresas reunidas em consórcio, mostra-se aplicável a norma geral de licitações.

13.1 A redação do art. 33, caput, da Lei 8.666/1993 estabelece de forma clara que a participação de empresas em consórcio poderá ser admitida ou não.

art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)

13.2 Doutrina e jurisprudência são unânimes em assentar que a permissão de empresas participarem da licitação pública reunidas em consórcio recai na discricionariedade da Administração. Nesse sentido, não resta dúvida que assiste razão ao responsável ao alegar motivos de conveniência e oportunidade para a tomada de decisão.

13.3 Mas, doutrina e jurisprudência também alertam em uníssono que tal permissão ou proibição deverá ser sempre justificada pelo Poder Público.

13.4 Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008), na mesma citação transcrita apenas em parte pelo responsável (fls. 89, vol. Principal), leciona da seguinte forma:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha **discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para escolhas arbitrárias ou imotivadas**". (grifou-se).

13.5 Este Tribunal manifestou-se em diversas oportunidades a respeito da necessidade de a Administração justificar sua decisão, a exemplo dos Acórdãos 566/2006, 1.405/2006 e 1.678/2006, todos do Plenário. Do citado Acórdão 1.678/2006 se extrai:

3. A aceitação de empresas em consórcio na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei 8.666/93, requerendo-se, porém, que a sua vedação seja sempre justificada. (Grifou-se).

13.6 Na resposta encaminhada a este Tribunal, que inclui cópia do processo licitatório, conforme referência às fls. 87 do Volume Principal, não se encontram documentos que justifiquem a decisão da Administração de proibir as empresas participarem do certame em consórcio. Mesmo o parecer jurídico que analisa a minuta de edital não menciona nada a respeito (fls. 100/101, Anexo 1).

13.7 Desta forma, procedeu de maneira incorreta e pouco transparente a Administração neste caso ao não lastrear sua decisão em justificativa técnica ao tempo da publicação do edital de licitação".²

² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, AC nº 0963-04/11-2, Rel. Min Augusto Sherman Cavalcanti Grupo I, Classe VI, sessão realizada no dia 15/02/11

Dessa forma, vê-se que mesmo sendo discricionária 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.

O ato discricionário do Poder Público sobre o consórcio se limita a autorizar ou vedar a sua participação, justificando sua decisão. De modo que, uma vez autorizada, a participação do consórcio será dada dentro dos limites estabelecidos na Lei n.º 8.666/93, sendo certo que, por ser a mencionada lei silente no sentido de apresentar a definição do que seria consórcio, aplica-se a Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.), a qual trata do referido instituto da seguinte forma:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. (grifou-se)

Diante disso, a limitação da participação de consórcio formado por empresas que não pertençam ao mesmo grupo econômico fere o artigo 278 da Lei 6.404/1976, que prevê a sua constituição entre quaisquer companhias, sob o mesmo controle ou não.

Assim, não pode, de maneira alguma, o Poder Público criar uma limitação não prevista em lei, sob pena de violar o princípio da legalidade.

Nada 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 proporcionando, desse modo, a economicidade do ajuste.

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.

Da mesma forma, não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e controladas. Isso porque, decorrente das

particularidades do mercado e da economia globalizada, é comum a existência no âmbito das telecomunicações de conglomerados econômicos que necessitam dessa ferramenta jurídica para participarem das licitações. Frise-se que muitas das vezes a prestação do serviço por empresa isolada não é o suficiente, necessitando da atuação em conjunto para a consecução do objeto da licitação.

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 exclusão do item 3.3, subitem XIV do Edital, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

2. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA

O item 9.3 do Edital dispõe que o pregoeiro consultará os sistemas de registros de sanções CAFIMP e CEIS, visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame.

Primeiramente, vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93³ e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88. São, portanto, os requisitos de habilitação previstos no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 são *numerus clausus*.**

Com efeito, o elenco dos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações deve ser pautado como máximo, ou seja, o Edital não poderá exigir mais do que ali previsto.

Ora, a atividade licitatória deve necessariamente sujeitar-se ao disposto na ordem jurídica, em observância ao princípio da legalidade.

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que

³ A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 ("Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.

comproven a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁴.

Logo, as exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

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

“No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 2056/2008 Plenário)

Como visto, deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentadum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista dos itens do Edital, em comento, para que não sejam consultados os sistemas de registros de sanções SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO TCU, CNJ E CEIS como condição de habilitação, posto que não está previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/1993.

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS SÓCIOS E FUNCIONÁRIOS

O item 3.3, alíneas “III”, “IV”, “VI”, “VII”, “VIII”, “IX”, “XII” e “XIII” do Edital, vedam inclusive a participação de empresas prestadoras de serviços que tenham como

⁴ “Art. 37 (...)”

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (...)” (grifamos)



sócios, gerentes, diretores ou seus parentes, até o terceiro grau civil, com algum vínculo com os Correios ou com empresas penalizadas pela administração pública.

Ocorre que não é possível obrigar as operadoras de serviços de telecomunicações do porte da Oi a prestar declarações deste tipo, pois não é viável a promoção de investigação de “árvore genealógica” de todos os seus 13 mil funcionários para constatar eventual descumprimento à condição acima transcrita.

Imagine-se o dispêndio de dinheiro e tempo que esta pesquisa demandará e, principalmente, sem qualquer justificativa e relação com o objeto contratado, não sendo razoável a manutenção desta exigência.

Ademais é importante notar, que, para companhias de capital aberto e do porte da Oi, há uma gama enorme de acionistas atrelados ao seu quadro societário, tornando-se extremamente trabalhoso e dificultoso o processo de levantamento das relações de parentesco de todo esse quadro.

Assim, as exigências em questão mostram-se extremamente genéricas e podem acarretar em interpretações extensivas. Portanto, caso haja interesse na manutenção, deve-se ao menos especificar propriamente a que tipo de sócios – majoritários, minoritários, a determinação se dirige.

Contudo, caso se decida para a interpretação extensiva, ou seja, todos os sócios, sem exceção, isso significa inviabilizar o caráter competitivo do certame, haja vista a impossibilidade de levantamento de informações desse tipo por empresas do porte da Oi.

Oportuno lembrar que, conforme art. 9º da Lei nº. 8.666/1993, o impedimento de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou de execução do serviço restringe-se às seguintes pessoas:

“Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

*I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do*



projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.”

Não se duvida que a prestação de declarações falsas possa acarretar a penalização das licitantes, por isso, diante do risco de sofrer penalizações, ante tal condição tão genérica, é insegura a participação das Operadoras neste certame.

A lei ressalva a autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa, mas ao mesmo tempo estrutura o procedimento licitatório para restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.

Toda atividade administrativa vincula-se ao Princípio da Legalidade, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5º, incisos II e XXXV, e 37.

A própria Lei n.º. 8.666/1993, ao elencar os princípios básicos a serem observados pela Administração quando de sua atuação, indicou inicialmente o referido princípio, vejamos:

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

Os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/1993^[1] e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação**

^[1] A Lei n.º 8.666/1993 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 (“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.

técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88.

Logo, as exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

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

*“No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei no 8.666/1993.”
(Acórdão 2056/2008 Plenário)*

Deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. A prevalecer tais exigências, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ante o exposto, a Oi requer a exclusão da exigência prevista nos itens em comento em atendimento ao princípio da legalidade.

4. REAJUSTE DOS PREÇOS

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

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

O reajuste nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. É alteração dos preços para compensar

(exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

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

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

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

Para Marçal Justen Filho:

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexecutável ou a distorção da competição⁵.”

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.***”

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

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

Ocorre que considerando o objeto do edital, sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI

Ante o exposto, requer a adequação do item 5.3 da minuta do contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

“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”.

5. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 6.11 da Minuta do Contrato dispõe que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, os cálculos dos valores devidos deverão ser atualizados financeiramente com a aplicação do índice utilizado para cálculo do rendimento da poupança do mês anterior à data prevista para pagamento, proporcional aos dias de atraso.

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

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em

quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

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

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

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

“(…) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão

1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...).(AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 6.11 da Minuta do Contrato 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. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O item 13.4, alínea "b" da Minuta do Contrato determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**”⁶ (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o *quantum* a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três subprincípios: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.

meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

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

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.**”⁷
(grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.

cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

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

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, **aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério**. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.**” (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o *quantum* referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 13.4, alínea “b” da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

7. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

O item 11.3 do Edital e 13.1 da Minuta do Contrato não faz distinção quanto as penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato.

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

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

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

Para José dos Santos Carvalho Filho, *“razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”*⁸.

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.”*⁹

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

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

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

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

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu 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 aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar díslates à própria regra de Direito.”¹⁰

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.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.



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 forma, requer a alteração dos itens 11.3 do Edital e 13.1 da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato.

8. DOS ITENS TÉCNICOS

A. Sobre valor máximo de dotação

O item 2.1 do edital preconiza que:

“2.1. O valor global estimado e referencial máximo aceitável para a contratação advinda desta licitação é de R\$306.000,00 (trezentos e seis mil reais). “

Todavia, tal valor de referência é inexecutável e não reflete corretamente as importâncias necessárias para remunerar os serviços ora licitados.

A estimativa de preços apresentada pela Administração Pública deve corresponder a uma contraprestação justa e razoável, de forma a cobrir os custos e permitir que o contratado aufera lucro.

Vale frisar que o particular, a contrário da Administração Pública, visa o lucro na contratação. No entanto, a estipulação do referido item é inexecutável, pois não é suficiente sequer para cobrir os custos do serviço. Logo, sendo um valor insuficiente para cobrir os custos do serviço e em clara desconformidade com os preços usualmente praticados no mercado, esse valor inviabilizará a contratação por preço justo e razoável.

Fundada no espírito da supremacia do interesse público e da busca da melhor e mais vantajosa proposta para a contratação com a Administração que a Lei n.º. 8.666/1993 prevê em seu artigo 3º, inciso I, § 1º que:

“§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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;” (grifo nosso)

E segundo o art. 6º da Lei n.º 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), 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.

Jessé Torres Pereira Junior¹¹ destaca que a nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação, pois este é da sua essência, é a sua razão de existir.

Ora, se o objetivo da Administração Pública ao realizar o procedimento licitatório é realizar a melhor contratação possível, não há dúvida de que o valor de referência estabelecido em Edital impede a participação competitiva da ora licitante no procedimento, o que prejudicará principalmente à Administração Pública. De nada adiantará ponderar todos os custos envolvidos com a implantação, operação e manutenção dos serviços pretendidos pela PRODAM-SP já que, ao final, terá sido a licitante compelida à prática de um preço, o qual já se sabe ser inexecutável.

Deve-se ter em mente que a busca de maior ganho ou proveito na licitação (para a satisfação do interesse público mediante a execução do contrato) pressupõe, necessariamente, a mais ampla competitividade entre aqueles que pretendem contratar com a Administração.

Assim, ao manter a estipulação prevista na subcláusula 7.6 da Minuta de Contrato, a Contratante estará afrontando a Lei 8.666/93, norma máxima reguladora de todo de qualquer procedimento licitatório, mais especificadamente o seu artigo 3º, *caput* e § 1º inciso I, haja vista que tal critério não poderá ser cumprido por nenhuma das empresas licitantes.

A Doutrina é uníssona ao afirmar com veemência que quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares ou a existência de cláusulas desnecessárias, maior será o dispêndio pela Administração. Neste passo, vale transcrever algumas passagens de textos doutrinários sobre o assunto:

“Enquanto o particular procura o lucro, o Poder público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. **Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.**” [MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. Malheiros Editores: São Pulo, 2002. p. 578-579]

“Tais ponderações não podem ser ignoradas, especialmente por ocasião da configuração da contratação administrativa. **Muitas vezes, a ânsia de proteger o interesse público traduz-se na previsão de um sem-número de ressalvas, exceções, alterações do regime comum. O agente**

¹¹ JUNIOR, Jessé Torres Pereira, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 6ª. ed., Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, página 56.



público não se apercebe que todas essas imposições unilaterais se refletem no preço que será desembolsado em prol do particular.

Por tudo isso, a previsão e o exercício das chamadas prerrogativas excepcionais devem ser impregnadas pela consciência de que a obtenção da melhor proposta (o que importa o desembolso do menor preço possível) é a via mais satisfatória para tutelar o interesse público. **Muito mais satisfatório do que titularizar poderes extraordinários é deles não necessitar. Em síntese, o imperativo da supremacia do interesse público conduz muito mais à necessidade da concepção adequada e satisfatória das contratações administrativas do que a titularidade de competências extraordinárias destinadas a consertar o que originalmente foi mal concebido** [JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 459-460.]

Entendemos que a irrazoabilidade do valor máximo de dotação deste edital se deve em função da redundância de acesso, links e equipamentos, requeridos no entendimento do edital. Ou seja, o objeto previsto tem seu custo dobrado ao considerar redundância obrigatória de todos os recursos.

Assim, requer a adequação da dotação prevista no edital, de forma a ser previsto um preço justo e razoável, suficiente a cobrir o custo dos serviços e a permitir que o particular aufera lucro, coadunando-se assim à realidade do mercado.

B. Da vedação à subcontratação

O item 3.4 do Termo de Referência preconiza que:

“2.2.4.O link de comunicação e a porta de conexão à Internet serão ofertados pela própria CONTRATADA, não sendo permitida a contratação de terceiros para o fornecimento total ou parcial de conectividade entre o BDMG e o ponto de presença da CONTRATADA. “

A propósito da sub-contratação, o artigo 72 da Lei n.º. 8.666/1993 estabelece que o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Entretanto, referida limitação não poderá representar um impedimento às Operadoras à própria excecutoriedade do contrato objeto deste certame, a tal ponto que quaisquer das licitantes não terão condições de fazê-lo, caso mantida a limitação supramencionada, a qual a Oi entende



não ser razoável, visto que atualmente, a maioria das grandes empresas, principalmente operadoras utilizam equipes terceirizados para serviços acessórios como: passagem de cabeamento, instalação física dos roteadores, fusão e passagem de cabos ópticos, e manutenção de equipamentos de rede de acesso; os quais não são característico de atividade fim do serviço previsto no objeto deste edital, mas sim, atividades complementares/acessórias.

Saliente-se que a manutenção desta limitação prejudicará principalmente a Administração Pública, contrariando-se o interesse público, posto que o BDMG restringirá o recebimento de propostas, podendo frustrar o presente procedimento licitatório.

Daí porque, mediante a republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame, a Oi solicita a V. S^a. que se exclua do item 4.7 do Edital a exceção aos serviços de gerência de redes e que esteja expresso no edital tal permissão, ou que se permite subcontratação parcial referente aos serviços acessórios os quais não se caracterizam atividade fim do objeto, mas sim, atividades meio ao objeto.

C. Da imprevisibilidade do momento de ocorrência de upgrade

O Termo de Referência preconiza que:

“2.3.1.2. A qualquer tempo durante a vigência do contrato, o BDMG poderá solicitar à CONTRATADA o acréscimo ou o decréscimo da velocidade de transmissão do circuito, até o limite máximo de 1Gbps (um gigabit por segundo) ou mínimo de 200 Mbps (duzentos megabits por segundo).

2.3.1.2.1. A alteração será feita em múltiplos de 100 (cem megabits por segundo), sem quaisquer ônus adicionais relativos à instalação ou reconfiguração do circuito. “

Se faz necessário exatidão de todos os custos relativo ao objeto para que as licitantes possam realizar análise precisa e apresentar proposta justa e provendo melhores preços. Contudo, quando o edital diz que “a qualquer tempo” poderá solicitar upgrade, isso gera imprecisão de qual momento será necessário fornecimento do upgrade e portanto, prejudicando na análise precisa para atender este pleito. Dessa forma, visando que as licitantes possam ter maior precisão quanto aos custos e receitas estimadas, requer que o edital preveja em qual momento irá solicitar upgrades do link

D. Do SLA de disponibilidade

O item 2.4.3 do Termo de Referência preconiza que:



“2.4.3. A disponibilidade do serviço será de no mínimo 99,7%, medida no período de um mês. O Índice de Disponibilidade Mensal (IDM) será calculado por meio da seguinte fórmula: “

A “Oi” em seus produtos e serviços de telecomunicações, dispõe de um portfólio com características compatíveis com as especificações de padrão de mercado nacional e internacional. Para o link de internet, objeto principal deste edital, a disponibilidade de portfólio é de 99,35%, estando de acordo com a Anatel exige disponibilidade mínima de 99%. Assim, de forma à viabilizar a participação do maior número de empresas no certame e assim auferindo melhor vantagem econômica para administração pública, requer alteração do SLA de disponibilidade requerido para 99,35%.

E. Do SLA de reparo

O Termo de Referência preconiza que:

“2.4.6.A CONTRATADA solucionará eventuais indisponibilidades do serviço no prazo de até 4 (quatro) horas corridas, contadas da detecção do incidente pela CONTRATADA ou da abertura de chamado pelo BDMG, o que ocorrer primeiro. “

A “Oi” informa que o prazo de atendimento para este tipo de serviço previsto no edital é de 06 horas. A exigência de prazos inferiores à 06 horas requer soluções adicionais como técnicos residentes, o que oneraria sobremaneira nos preços à serem apresentados na Proposta. Visando melhor vantagem financeira e economicidade para administração pública, requer readequação deste item de forma prever prazo dentro dos valores homologados pelo órgão regulador (ANATEL), bem como, para garantir ampla concorrência no certame e melhores preços para administração pública.

F. Do prazo de ativação do link

O item 3.4 do Termo de Referência preconiza que:

“3.1. O circuito de acesso à internet será ativado em até 45 (quarenta e cinco) dias corridos, após a assinatura do contrato, de acordo com as condições a seguir. “

Entendemos sobre a importância em se agilizar o período das instalações para se utilizar dos serviços licitados neste certame, mas, no entanto, tendo em vista a complexidade do objeto licitado, por razões de ordem técnica e operacional, entende-se que os prazos acima citados não são suficientes para que a Contratada providencie a implantação do serviço.



Entende-se, assim, que o prazo de execução razoável para instalação do objeto deste edital deve ser de até 60 dias corridos, prorrogáveis por mais 30 dias, caso seja solicitado dilação de prazo devidamente justificada pela contratada.

Ao estabelecer exigência desnecessária e irrazoável, a Administração Pública está, automaticamente, sem nenhuma justificativa, prejudicando-se ao diminuir potenciais licitantes e, portanto, insurgindo-se contra um dos principais princípios que rege a lei das licitações: o princípio da competitividade.

Caso a exigência supra não seja alterada, corre-se o risco de a Contratada não conseguir cumprir o determinado no Edital, estando sujeita, ainda, à aplicação de penalidades, bem como até mesmo à rescisão do contrato.

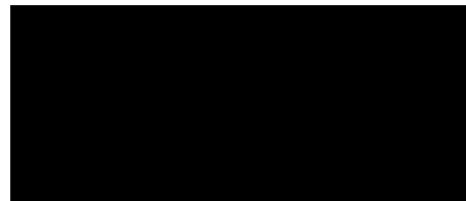
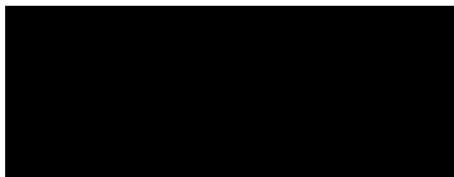
Portanto, tendo em vista que o prazo para o início da prestação dos serviços é exíguo, a "Oi" requer a adequação dos itens mencionados na forma acima solicitada.

Solicitamos, portanto, análise com relação aos itens listados neste documento, conforme argumentações correspondentes. Solicitamos que os itens que vierem a ser atualizados, também tenham as mesmas alterações refletidas nos anexos deste edital.

PEDIDO

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

Belo Horizonte/MG, 15 de abril de 2021.



BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA TELEMAR NORTE LESTE S.A.

Trata-se de impugnação apresentada pela TELEMAR, no dia 15/04/2021, aos termos do edital BDMG-12/2021, da qual conheço, por sua tempestividade e por entender cumpridos os pressupostos para a admissão.

Passo ao exame dos pontos levantados no instrumento impugnativo, os quais considerarei em sua completude, mas consignarei sinteticamente, sempre em excertos literais, entre aspas e em itálico, recortados das razões trazidas pela Impugnante.

1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

Alega a TELEMAR que *“não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio”,* que *“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”* e que *“verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei nº 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio”*.

Preliminarmente, tenha-se que a edição da Lei Federal 13.303/2016, o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, deu efetividade às modificações introduzidas pela EC19/1988 na Constituição da República, arts. 22 e 173, de maneira que o BDMG, empresa pública do Estado de Minas Gerais, já não se vincula, nem mesmo subsidiariamente, ao que prescreve a Lei Federal 8.666/93.

Improcedentes as alegações da Impugnante.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

Mediante consulta ao portal da ANATEL¹ na internet, verifica-se que, em 16/04/2021, há, somente no município de Belo Horizonte, 96 (noventa e seis) empresas autorizadas a prestarem isoladamente os serviços objeto do contrato advindo do certame.

Não há que se falar, portanto, em cerceamento de competitividade por não existirem muitas prestadoras qualificadas para a execução das funções licitadas.

Nessa realidade, a orientação do TCU é pela não permissão de consórcios, nos seguintes termos:

A regra, no procedimento licitatório, é a participação de empresas individualmente em disputa umas com as outras, permitindo-se a união de esforços quando questões de alta complexidade e de relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas com condições de, sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes. (Acórdão 1417/2008 – Plenário)

É também como percebe o Marçal Justen Filho²:

2) Consórcio e dominação de mercados
Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Assim se passa porque, como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. **A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre os empresários. No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição.**

Posto isso e ressaltado o caráter de discricionariedade do BDMG em optar pela não participação de consórcios, reconhecido pela própria TELEMAR, permanecerá a vedação impugnada, por privilegiar – e não prejudicar, como alegado – a ampliação da disputa no âmbito do pregão BDMG-12/2021.

¹ BRASIL. ANATEL. Prestadoras do Serviço de Comunicação Multimídia. Minas Gerais. Belo Horizonte. Disponível em: <<https://sistemas.anatel.gov.br/stel/consultas/ListaPrestadorasLocalidade/tela.asp>> Acesso em: 16 abr. 2021.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 833.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

2. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA

Expende a impugnante que “o item 9.3 do Edital dispõe que o pregoeiro consultará os sistemas de registros de sanções CAFIMP e CEIS, visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame”, fazendo remissão a disposições de lei não aplicável ao BDMG e às determinações da Constituição da República, art. 37, XXI, e requerendo “a exclusão da exigência prevista dos itens do Edital, em comento, para que não sejam consultados os sistemas de registros de sanções SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO TCU, CNJ E CEIS como condição de habilitação, posto que não está previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/1993”.

O pedido não será acolhido.

Não somente a Lei 8.666/1993, mas as prescrições do art. 37, inciso XXI, da Constituição não se aplicam ao BDMG. Eis como percebe o Marçal Justen Filho:

A redação original da CF/1988 previa um regime jurídico geral e uniforme para as contratações administrativas. Toda a atividade contratual da Administração Pública, inclusive da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, subordinava-se à regra do art. 37, XXI, da CF/1988. Até por isso e enquanto vigente esse modelo, foi editada a Lei 8.666/1993 – adotando um regime uniforme para todas as contratações administrativas.

A alteração superveniente, promovida pela EC 19/1998, acarretou a redução do âmbito de vigência do art. 37, XXI. Com a nova redação, o art. 22, XXVII, passou a determinar que o referido art. 37, XXI, aplicava-se apenas para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, passavam a se sujeitar ao art. 173. §1º, III, da CF/1988.

A diferenciação consagrada constitucionalmente não pode ser negada. Não é admissível o argumento de que, em face da Constituição, admitir-se-ia a existência de um mesmo e único regime licitatório e contratual para todos os sujeitos integrantes da Administração Pública. Essa tese equivale a tornar inútil a EC 19/1998.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

Segundo o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais³, as licitações instauradas pelo Banco submetem-se “a regime jurídico próprio, consagrado na Lei n. 13.303, de 2016, de modo que, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, não se aplicam à espécie as disposições da Lei n. 8.666, de 1993”.

Com efeito, a não inscrição no CEIS e no CAFIMP é condição de participação no certame.

A consulta ao CEIS é obrigação decorrente da lei 13.303, que em seu art. 37 determina:

Art. 37. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão informar os dados relativos às sanções por elas aplicadas aos contratados, nos termos definidos no art. 83, de forma a manter atualizado o cadastro de empresas inidôneas de que trata o art. 23 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.
§ 1º O fornecedor incluído no cadastro referido no caput não poderá disputar licitação ou participar, direta ou indiretamente, da execução de contrato.

Em relação ao CAFIMP, a Lei Estadual 13.994/2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual, aplica-se ao BDMG, nos termos do art. 1º, e o Decreto Estadual 45.902/2012, que regulamenta a lei, prescreve:

Art. 52. **É obrigatória a consulta prévia ao CAFIMP para:**
I - realização de pagamentos;
II - celebração de convênios, acordos, ajustes, contratos e respectivos aditamentos, que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos;
III - habilitação em processo licitatório.

A condição de não inscrição no CAFIMP e no CEIS é verificada no momento da habilitação, tendo em conta inclusive o sigilo das propostas, que vigorará até o estabelecimento da classificação, após a fase competitiva.

Portanto, a regra altercada será mantida, vez que decorre de imposição legal.

³ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Denúncia n. 1054240. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 14/03/2019. Disponibilizada no DOC do dia 05/04/2019. Disponível em: <<https://tjuris.tce.mg.gov.br/Home/BaixarArquivoArq?arquivo=1822260>>

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS SÓCIOS E FUNCIONÁRIOS

Alega a TELEMAR que “o item 3.3, alíneas ‘III’, ‘IV’, ‘VI’, ‘VII’, ‘VIII’, ‘IX’, ‘XII’ e ‘XIII’ do Edital, vedam inclusive a participação de empresas prestadoras de serviços que tenham como sócios, gerentes, diretores ou seus parentes, até o terceiro grau civil, com algum vínculo com os Correios ou com empresas penalizadas pela administração pública”, que “não é possível obrigar as operadoras de serviços de telecomunicações do porte da Oi a prestar declarações deste tipo”, fazendo nova remissão à Lei Geral de Licitações e ao princípio da legalidade, requerendo “a exclusão da exigência prevista nos itens em comento em atendimento ao princípio da legalidade”.

O pedido não será atendido.

O alcance objetivo da Lei Federal 8.666/93 sobre esta licitação restringe-se ao que determina Lei Federal 13.303/2019 nos artigos 41 e 55, inciso III. Tal limite advém do estabelecimento de regimes licitatórios diferenciados, pela Constituição da República, conforme já posto e reiterado.

Os requisitos de participação decorrem de comandos expressos na legislação específica. Diz a Lei 13.303/2016:

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:

...

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante;

II - suspensa pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

...

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

...

Parágrafo único. Aplica-se a vedação prevista no caput:

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

...

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

- a) dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista;
- b) empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação;
- c) autoridade do ente público a que a empresa pública ou sociedade de economia mista esteja vinculada.

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista promotora da licitação ou contratante há menos de 6 (seis) meses

Portanto, em observação ao princípio da legalidade, o edital não será alterado.

4. REAJUSTE DOS PREÇOS

Insurgindo-se contra o que dispõe o edital, Anexo IV, item 5.3, a TELEMAR, juntando excertos de bibliografia técnica específica e remetendo ao que dispõem a Constituição da República, art. 37, XXI, e a Lei Federal 8.666/93, acerca do reajuste dos valores contratados, requer “a adequação do item 5.3 da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma: ‘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’”.

O pedido não terá provimento.

Preliminarmente, reitere-se mais uma vez que o pregão do BDMG, empresa pública do Estado de Minas Gerais, não se vincula, nem mesmo subsidiariamente, ao que prescreve a Lei Federal 8.666/93. segundo o entendimento da bibliografia técnica. Tenha-se, da Constituição da República:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III

...

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

...

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Sobre o reajustamento de valores contratados, o estatuto jurídico da empresa pública – Lei Federal 13.303/2016 – assim define:

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

...

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

No edital, tais requisitos foram supridos no Anexo IV, cláusulas quinta e sexta.

Sobre a utilização de índice de reajuste diverso do estabelecido no item altercado do edital, a impugnante não expõe razões determinantes para a alteração requerida, consistindo fundamentalmente seu arrazoado em remissões à Lei Geral de Licitações, não aplicável ao BDMG, e em definições sobre o modus operandi das empresas de telecomunicações.

Por outro lado, o IPCA é índice padrão de reajustamento estipulado pelo Governo do Estado, mediante a Resolução Conjunta SEPLAG/SEF nº 8.888/2013, e sua aplicação tanto atende à regra da Lei Federal 10.192/2011, art. 2º, quanto privilegia o princípio da economicidade ao qual se junte o Banco, nos termos da Lei Federal 13.303/2016, art. 31, *caput*.

Assim, a regra impugnada será mantida.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

5. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Pugna a TELEMAR, novamente fundamentando-se na Lei Geral não aplicável ao BDMG, que *“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”* e que *“faz-se necessária a alteração do item 6.11 da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento 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”*.

Pedido não acolhido.

O princípio da economicidade obriga as condições editalícias, por força da lei, conforme já posto.

6. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Defende a Impugnante, apegando-se equivocadamente à Lei 8.666/93, conforme repisado, que *“o item 13.4, alínea ‘b’ da Minuta do Contrato determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto nº 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991”* que *“a fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória nº 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública”* e *“requer a adequação do 13.4, alínea ‘b’ da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato”*.

Pedido não acolhido.

É discricionário da Administração definição do valor da multa, como reconhece a própria Impugnante, e tendo em vista a natureza dos serviços objeto do edital impugnado é razoável o estabelecimento do patamar de 20%, nos termos do edital, ANEXO V, item 13.4.b.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

Nesse sentido decidiram o STJ e o TJMG, conforme abaixo.

Definiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DE MULTA IMPOSTA POR INEXECUÇÃO TOTAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O ato impugnado neste mandado de segurança – consubstanciado no indeferimento da solicitação de dispensa de pagamento de multa prevista em contrato administrativo – não viola o princípio da legalidade a que se refere o art. 37, caput, da Constituição da República, tampouco os arts. 393 do Código Civil e 70 da Lei 8.666/93. A inexecução contratual não decorreu de força maior ou de fato de terceiro, mas de conduta culposa da impetrante.

2. Não assiste razão à recorrente quando alega que teria havido violação do princípio do interesse público. A pretensão de que a multa não seja aplicada constitui e integra o rol dos interesses meramente privados da impetrante. A sua aplicação, ao reverso, tem por escopo o interesse público: (I) por conferir efetividade às normas da Lei 8.666/93 relativas à inexecução contratual; (II) por ter efeito e caráter didático, obstando ações temerárias por parte dos pretendentes a contratar com a Administração Pública (e a conduta da impetrante foi temerária e negligente). O contrato tem por objeto atender finalidade pública que será postergada e adiada pela necessidade de se realizar nova contratação. Há que ser considerado o tempo e os recursos financeiros e humanos empreendidos na licitação e na contratação. Portanto, violadora do interesse público seria a não aplicação de sanção legal e contratualmente prevista para a hipótese.

3. Não procede a alegada violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Dada a inexecução do contrato administrativo em questão, para o qual ficou avençado o valor total de R\$ 3.877.046,00, **não deve ser considerada desproporcional ou desrazoável a multa fixada em vinte por cento (20%) sobre o valor correspondente apenas aos componentes de hardware e software da Solução de Automação de Fitoteca contratada.**

4. Não merece prosperar a alegada violação do princípio da motivação dos atos administrativos. A decisão que indeferiu a solicitação de dispensa da multa contratual indicou os fundamentos de fato e de direito necessários para a imposição da sanção administrativa. O motivo de direito foi a previsão legal e contratual expressa da multa. O motivo de fato foram a inexecução contratual e a conduta culposa da impetrante.

5. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 21949/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010)

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

De julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem-se:

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. OBEDIÊNCIA AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. MULTA CONTRATUAL. PREVISÃO CONTRATUAL. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PRETENSÃO JÁ ANALISADA PELO COLEGIADO. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. FINS DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO ACOLHIMENTO.

I. Não havendo no acórdão embargado qualquer dos vícios elencados no art. 535 do CPC a justificar a interposição dos embargos declaratórios, o recurso deve ser rejeitado.

II. Demonstrado por meios probatórios fáticos, que o atraso no cronograma da execução do objeto contratual ocorreu por culpa exclusiva da empresa contratada, mostra-se possível à rescisão contratual unilateral pela Administração Pública.

III. Aplica-se a multa contratual de 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato, em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

IV. Insustentável na via dos embargos de declaração, reavivar a própria discussão em torno do tema controvertido, sem o apontamento mínimo de vício no acórdão, o que escapa aos estreitos limites dos declaratórios, já que este recurso constitui em meio de integração e não de revisão do que foi decidido no acórdão.

V. O julgador não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos e argumentos trazidos pela parte, se já houver encontrado motivos suficientes para fundamentar a sua convicção/decisão.

VI. Ainda que para fins de prequestionamento, os embargos declaratórios só serão admitidos se a decisão padecer de algum dos vícios elencados no art. 535 do CPC. (TJMG - Embargos de Declaração- Cv 1.0024.10.198514-1/002, Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/07/2013, publicação da súmula em 26/07/2013)

Considere-se ainda, pela razoabilidade da regra combatida, que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal editou a Portaria GPR 2037/2017, em que define percentual limite acima do estabelecido pelo BDMG:

Art. 19...

§ 2º A inexecução parcial do objeto do contrato implica a aplicação de multa no percentual de até 20% (vinte por cento) sobre o valor da parcela não cumprida,

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

nos termos definidos no edital ou no contrato.

§ 3º **A inexecução total do objeto do contrato implica a aplicação de multa no percentual de até 30% (trinta por cento)**, a ser calculada sobre o valor total do contrato, nos termos definidos no edital ou no contrato. (Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-gpr/2017/portaria-gpr-2037-de-04-09-2017>> Acesso em: 19 abr. 2021.)

7. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

A Impugnante proclama ainda que *“item 11.3 do Edital e 13.1 da Minuta do Contrato não faz distinção quanto as penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato”* e que *“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”, requerendo “a alteração dos itens 11.3 do Edital e 13.1 da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato”*.

Pedido não provido.

Ao contrário do que afirma a Telemar, a distinção quanto as penalidades aplicadas em situações de inexecução total e parcial do contrato consta expressamente nos itens 13.4.a e 13.4.b da minuta contratual, Anexo IV do edital.

Sobre o que impõe o princípio da razoabilidade, não cabe definir como irrelevante qualquer defeito na execução das prestações contratuais, dada a natureza do objeto licitado. A multa conforme estabelecida condiz com a essencialidade dos serviços a serem contratados, para o funcionamento do BDMG: a qualidade do acesso à internet impacta objetivamente na eficiência e efetividade dos processos executados pelo Banco, tanto internamente quanto na relação com o cliente externo.

8. DOS ITENS TÉCNICOS

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

A. Sobre valor máximo de dotação

A impugnante argumenta que o “*valor de referência é inexequível e não reflete corretamente as importâncias necessárias para remunerar os serviços ora licitados*” e requer “*a adequação da dotação prevista no edital, de forma a ser previsto um preço justo e razoável, suficiente a cobrir o custo dos serviços e a permitir que o particular aufera lucro, coadunando-se assim à realidade do mercado*”.

O pedido não terá provimento.

O valor de referência foi determinado consideradas estimativas comerciais obtidas por meio de pesquisa de preços de mercado.

B. Da vedação à subcontratação

Contra o que estabelece o edital, Anexo IV, item 2.2.4, a TELEMAR afirma “*não ser razoável, visto que atualmente, a maioria das grandes empresas, principalmente operadoras utilizam equipes terceirizados para serviços acessórios como: passagem de cabeamento, instalação física dos roteadores, fusão e passagem de cabos ópticos, e manutenção de equipamentos de rede de acesso; os quais não são característico de atividade fim do serviço previsto no objeto deste edital, mas sim, atividades complementares/acessórias*”, pedindo que “*se exclua do item 4.7 do Edital a exceção aos serviços de gerência de redes e que esteja expresso no edital tal permissão, ou que se permite subcontratação parcial referente aos serviços acessórios os quais não se caracterizam atividade fim do objeto, mas sim, atividades meio ao objeto*”.

Não há no edital um item 4.7. referente a “*exceção dos serviços de gerência de redes*”, prejudicada, portanto, a análise.

Contudo, a vedação à subcontratação se refere à contratação de terceiros para o fornecimento total ou parcial de conectividade entre o BDMG e o ponto de presença da CONTRATADA, os quais são característicos de atividade fim do serviço previsto no objeto deste edital e que, portanto, não podem ser subcontratados.

O edital não será alterado.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

C. Da imprevisibilidade do momento de ocorrência de upgrade

A TELEMAR, “*visando que as licitantes possam ter maior precisão quanto aos custos e receitas estimadas, requer que o edital preveja em qual momento irá solicitar upgrades do link*”.

O pedido não será atendido.

Para objetivação do princípio da economicidade, as alterações na velocidade de transmissão do circuito serão realizados conforme demanda específica do BDMG, o que não impossibilita, em qualquer medida, a apresentação da proposta de preços pela licitante, esta a ser elaborada conforme as condições e requisitos estabelecidos para a prestação dos serviços como definidos no instrumento convocatório.

D. Do SLA de disponibilidade

Afirma a impugnante que, “*para o link de internet, objeto principal deste edital, a disponibilidade de portfólio é de 99,35%, estando de acordo com a Anatel exige disponibilidade mínima de 99%. Assim, de forma à viabilizar a participação do maior número de empresas no certame e assim auferindo melhor vantagem econômica para administração pública, requer alteração do SLA de disponibilidade requerido para 99,35%*”.

A licitação tem como fundamento a obtenção da proposta mais vantajosa ao BDMG, considerados o preço e o atendimento aos requisitos conforme estabelecidos aos serviços, sendo o princípio da obtenção de competitividade instrumental para a consecução desse objetivo.

O SLA de disponibilidade de 99,7% foi definido considerando-se a importância e a necessidade de manter de forma contínua os serviços licitados, para o regular desempenho de atividades essenciais do BDMG. Por isso, as premissas de redundância e alta disponibilidade precisam ser rigorosamente atendidas. Como referência, o SLA de disponibilidade do link dedicado de internet atualmente contratado pelo BDMG é de 99,6% e vem sendo cumprido regularmente pela atual operadora.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

Assim, o pedido não será atendido.

E. Do SLA de reparo

A impugnante informa que o seu “*prazo de atendimento para este tipo de serviço previsto no edital é de 06 horas*” e que “*a exigência de prazos inferiores à 06 horas requer soluções adicionais como técnicos residentes, o que oneraria sobremaneira nos preços à serem apresentados na Proposta*” e “*visando melhor vantagem financeira e economicidade para administração pública, requer readequação deste item de forma prever prazo dentro dos valores homologados pelo órgão regulador (ANATEL), bem como, para garantir ampla concorrência no certame e melhores preços para administração pública*”.

As condições estabelecidas no edital foram conforme a necessidade do BDMG, considerada a importância dos serviços objeto da licitação.

O prazo de 4 horas será mantido, pois se trata de tempo hábil e suficiente para que o reparo seja efetuado pela operadora. Como referência, o SLA de reparo do link dedicado de internet atualmente contratado pelo BDMG é de no máximo 3 horas.

F. Do prazo de ativação do link

A impugnante, em relação ao Anexo IV do edital, item 3.1, entende “*que o prazo de execução razoável para instalação do objeto deste edital deve ser de até 60 dias corridos, prorrogáveis por mais 30 dias, caso seja solicitado dilação de prazo devidamente justificada pela contratada*” e “*requer a adequação dos itens mencionados na forma acima solicitada*”.

O prazo de 45 dias para instalação e ativação do serviço é plenamente factível, uma vez que: o BDMG, onde serão prestados os serviços, localiza-se em importante via de acesso na região centro-sul da cidade de Belo Horizonte, por onde já passam circuitos ópticos de diversas operadoras de internet; e a demanda vem sido atendida, dentro dos prazos estipulados e por fornecedores homologados, nos certames licitatórios ao longo dos anos.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. – BDMG
PREGÃO ELETRÔNICO BDMG-12/2021
Nº DO PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201006 000003/2021
ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

Portanto, o pedido não será provido.

Ao final, a TELEMAR, *“para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios”* requer que este Pregoeiro *“julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame”*.

O prazo de dois dias úteis estabelecido no edital, para o julgamento da impugnação, decorre da legislação específica, o Decreto Estadual 48.012/2020, art. 24, §1º, e os pedidos não serão acolhidos, pelas razões e fundamentos expostos, não havendo no instrumento convocatório mácula a qualquer princípio ou norma norteadora do certame.

Atenciosamente,

Sérgio Vieira de Souza Júnior
Pregoeiro do BDMG