



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO SEMASA ITAJAÍ – SC

Ref.: Pregão Presencial n.º 003/2019

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

O SEMASA instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma Presencial, sob o n.º. 003/2019, visando à contratação de empresa especializada na prestação de conjuntos de serviços de telefonia móvel pós-pago.

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 Preâmbulo do Edital, no item referente a não admissão no Edital, alínea *d e f*.

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.***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 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)

¹ 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 discricionabilidade 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. DO PAGAMENTO



Com relação ao conteúdo das faturas, o item 16.2 do Edital, bem como Cláusula Décima da Minuta do Contrato, determinam que deve constar na nota fiscal/fatura os dados bancários para pagamento.

A licitante adverte, no entanto, que as notas fiscais/faturas de telefonia obedecem a um padrão estabelecido pela Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN. Tal padronização, ressalte-se, é aprovada pelo IMETRO e certificada pelo BVQI. De acordo com o referido padrão, há um número máximo de caracteres, não havendo possibilidade técnica de se inserir mais caracteres do que o permitido.

Assim, requer-se a alteração do dispositivo, de forma que a fatura de serviços a ser emitida obedeça, tão somente, o padrão FEBRABAN.

Outro ponto, é que as faturas oriundas da prestação de serviços de telecomunicações são geradas com códigos de barras para pagamento dessa forma.

Através deste sistema, a Oi terá condições de verificar com maior agilidade e eficiência a efetivação do pagamento pela Contratante.

A Oi solicita seja estabelecida a possibilidade de realização do pagamento mediante código de barras.

Como é sabido, a Administração Pública tem o direito de acrescentar cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, contanto que as mesmas não ultrapassem o real objetivo que é o interesse público.

As características do contrato administrativo derivam da supremacia do interesse público sobre o particular, porém, de forma alguma, pode ocorrer a concepção autoritária do Estado. No entanto, reza a regra que a Administração Pública tem que ter cautela ao estipular cláusulas exorbitantes, para que não cause prejuízo a ela mesma. Neste caso em testilha, constatou-se no edital, exigência que compromete todo o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato.



Assim, ao fazer constar obrigação editalícia que não poderá ser cumprida por nenhuma empresa, a Contratante está afrontando a Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993, norma máxima reguladora de todo de qualquer procedimento licitatório.

Frente aos motivos expostos, requer tais alterações com a consequente republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame.

3. DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO

Os itens 16.4 e 16.5 do Edital dispõem que o pagamento somente será realizado se não houver qualquer penalidade ou descumprimento contratual, ou ainda pela não apresentação de certidões de regularidade fiscal.

Entendemos que não pode a Contratante condicionar o pagamento à inexistência de penalidades ou irregularidade fiscal, posto que não consta do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados.

Logo, não pode a Contratante aplicar a referida sanção à Contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a Administração a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

Este é o entendimento esposado por Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

"Além das hipóteses do art. 78, existem outras, implicitamente previstas na Lei. Assim, deve-se dar aplicação ao disposto no art. 55, inc. XIII. Verificando-se, após a contratação, que o contratante não preencha ou não preenche mais os requisitos para ser habilitado, deverá promover-se a rescisão do contrato. A rescisão tanto pode fundar-se na descoberta de que o particular não detinha as condições necessárias como em que, após a contratação,



deixou de preencher as exigências legais. Os requisitos de idoneidade devem estar presentes não apenas no momento anterior à contratação, mas têm de permanecer durante todo o período de execução do contrato. Rigorosamente, poderia ser caso de nulidade da licitação, vício que se estenderia ao contrato. Porém, podem supor-se situações em que teriam de ser aplicadas as regras da resolução, mormente quando existisse uma situação de fato consolidada. Imagine-se, assim, que a situação se configurasse relativamente a concessionário de serviço público. Aplicação rigorosa da teoria da nulidade produziria efeitos insuportáveis. Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. Isso não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança. " (São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549) (grifo nosso)

Finalmente, importante colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.



2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança." (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

Portanto, a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato.

Diante disso, requer a exclusão dos itens 12.5 e 12.8 do Edital, 9.3 e 9.7 do Anexo I, bem como Cláusula Quarta, § 1.º, da Minuta Contratual – Anexo VI 12.5 do Edital, para que não condicionem o pagamento.



4. DA GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

O ato convocatório prevê as garantias da contratada para o caso de inadimplemento da Administração, diferente do usual em telecomunicações, conforme se depreende no item 16.6 do Edital.

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.”*

5. DO PRAZO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL

O item 18.1 do Edital informa que o prazo contratual será da assinatura da avença até o término do exercício orçamentário, ou seja, 31 de dezembro de 2019. Já o item 8.1 do Anexo I informa que o prazo de vigência contratual será de 12 meses.

Primeiramente, salienta-se que o prazo de 08 meses de vigência contratual não são suficientes para diluir os altos custos de investimento que deverão ser realizados para prestar o serviço ora licitado, como por exemplo, o fornecimento de 40 aparelhos com especificações bem detalhadas e restritas no mercado a título de comodato.

A vinculação da vigência contratual e o exercício orçamentário não é rigorosamente necessária, tendo em vista que o Legislador admite exceções, preceituadas nos incisos I, II, IV e no § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993.

Importância do dispositivo acima referido:

“Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: (...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;”



Nesse sentido, resta evidente que o serviço ora licitado de telefonia móvel pessoal se trata de um serviço de prestação continuada, de suma importância para a atividade fim desse Órgão, razão pela qual pode ser utilizada a exceção prevista em Lei de a duração do prazo contratual não estar adstrita a vigência do respectivo crédito orçamentário.

Resta evidenciar a orientação do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que editou o Pré-Julgado nº 0204, que trata especificamente dos prazos de Contratos de Telefonia Móvel Pessoal. Confira-se:

“1. Nos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público, não se aplica o artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93, conforme o estabelecido no artigo 62, § 3º, II, da mesma norma. A vigência do contrato de prestação de serviços de telefonia móvel celular está vinculada ao interesse do usuário em utilizá-lo.

2. A rescisão do contrato se dará quando a administração não mais desejar dispor do serviço público contratado.”

É o entendimento também do Tribunal de Contas da União no Julgado n.º 586/2002:

“(…)

d) não existe a necessidade de fixar a vigência coincidindo com o ano civil, nos contratos de serviços continuados cuja duração ultrapasse o exercício financeiro em curso, uma vez que não pode ser confundido o conceito de duração dos contratos administrativos (art. 57 da Lei nº 8.666/93) com a condição de comprovação de existência de recursos orçamentários para o pagamento das obrigações executadas no exercício financeiro em curso (art. 7º, § 2º, III, da Lei nº 8.666/93), pois nada impede que contratos desta natureza tenham a vigência fixada para 12 meses, ultrapassando o exercício financeiro inicial, e os créditos orçamentários fiquem adstritos ao exercício financeiro em que o termo contratual é pactuado, conforme dispõe o art. 30 e §§, do Decreto 93.872/86; (...)”

Bem como na Orientação Normativa n.º 1 de 01.04.2009 (DOU de 07.04.2009, S. 1, p. 13) :



“A vigência do contrato de serviço contínuo não está adstrita ao exercício financeiro”.

Diante do exposto, frente ao prazo de vigência contratual previsto (08 meses) ser demasiadamente exíguo para absorção dos altos custos de investimento que deverão ser realizados pela Contratada e pelo entendimento de que o serviço ora licitado se trata de um serviço de prestação continuada, requeremos a dilação do prazo contratual para no mínimo 12 meses para que as empresas participantes possam ter viabilidade financeira na contratação e possam computar seus custos e ganhos de maneira real, conforme já disposto no item 8.1 do Anexo I – Termo de Referência.

6. DO VALOR DA GARANTIA CONTRATUAL

O item 19.1 do Edital estipula que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor total do contrato.

Sem prejuízo da resposta do I. pregoeiro à impugnação anterior, faz-se necessário mencionar que levando-se em consideração o valor estimado da presente contratação, o percentual de garantia de 5% (cinco por cento) do valor total do contrato não é razoável.

Dessa forma, baseando-se na previsão legal contida no artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993, de que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato, importante reiterar a necessidade de redução do mesmo.

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 diversa²”.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.



O princípio da regra da razão se expressa em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger³.”

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

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.



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 dilates à própria regra de Direito⁴.”

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

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

Desta feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação do item 19.1 do Edital, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento) e sim 2% (dois por cento).

7. DO EXÍGUO PRAZO PARA O INÍCIO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

O item 4.9 do Anexo I – Termo de Referência exige o início da prestação dos serviços e entrega dos aparelhos no prazo de até 20 (vinte) dias após a assinatura do contrato. No entanto, o referido prazo é exíguo, uma vez que são necessários trâmites internos e requerimento de fornecimento de aparelhos junto aos fabricantes.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.



Como é sabido, a Administração Pública tem o direito de acrescentar cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, contanto que estas não ultrapassem o real objetivo que é o interesse público.

As características do contrato administrativo derivam da supremacia do interesse público sobre o particular, porém, de forma alguma poderá ocorrer a concepção autoritária do Estado. De fato, ao impor cláusulas que não configuram o real objetivo da Administração Pública, conduz à redução do universo dos particulares dispostos a contratar com a Administração Pública.

Nesse contexto, é imperioso esclarecer que as operadoras de Telefonia Móvel Pessoal não são as fabricantes dos aparelhos celulares e, portanto, a sua aquisição, para fornecimento aos contratantes não é gratuita, sendo necessária solicitação aos fabricantes.

Tendo em vista o exposto, requer-se a alteração do supracitado, fazendo constar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o início da prestação dos serviços e entrega dos aparelhos.

III. PEDIDO

Com o objetivo de que seja garantido o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi** solicita que V. S^a. 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.

Itajaí, 27 de novembro de 2018.

OI