ILMO. SR. PREGOEIRO DA FUNDAÇÃO PARQUE TECNOLÓGICO ITAIPU – BRASIL (FPTI-BR)

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL FPTI – BR Nº. 1555/2020

Oi S.A., em Recuperação Judicial, sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43, doravante denominada "Oi", vêm por seus representantes legais, com fulcro no item 8.1 do Edital, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do instrumento convocatório em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

A FUNDAÇÃO PARQUE TECNOLÓGICO ITAIPU – BRASIL (FPTI-BR), instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, do tipo menor preço, sob o n.º 1555/2020, visando à contratação de empresa especializada na prestação de serviços telefônicos, por meio de linhas analógicas, circuitos digitais com sinalização R2D ou SIP e discagem direta gratuita DDG 0800, incluindo o fornecimento de circuitos digitais e PABX, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

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 comprometidos 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

Sem prejuízo das regras constantes do Regulamento de Licitações, Contratos e Convênios da Fundação Parque Tecnológico Itaipu – Brasil (RELC), verifica-se que de acordo com o item 1.2 do Edital, aplicar-se-á no que couber, a legislação brasileira pertinente conforme a abrangência do certame, na forma do Tratado celebrado entre o Brasil e o Paraguai em 26 de abril de 1973.

No mesmo sentido, vale destacar a decisão do STF no REsp n.° 215988/PR (RECURSO ESPECIAL 1999/0045485-5- Relator(a) Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento 04/09/2001 - Data da Publicação/Fonte DJ 12/11/2001 p. 127 - RSTJ vol. 154 p. 99.

Em sua decisão, o Supremo defende, em resumo, que "a ITAIPU Binacional, por ser empresa sediada em Brasília e Assunção, submete-se à Lei brasileira que regula as obrigações decorrentes dos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas e residentes no Brasil, nos termos do art. XIX do Tratado que a instituiu e art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.".

Diante disso, as regras do Regulamento de Licitações, Contratos e Convênios da Fundação Parque Tecnológico Itaipu – Brasil (RELC) que divergirem das fixadas pela Lei 8.666/93, não devem prosperar, razão pela qual, apresenta-se a seguir impugnação de determinados itens que colidem frontalmente com a aludida lei.

1. POSSIBILIDADE DE CONSULTA AO SICAF PARA VERIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO

O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF é um sistema automatizado de informações por meio do qual os fornecedores se cadastram gratuitamente, com a finalidade de fornecer materiais ou prestar serviços para os órgãos da Administração Pública Federal Direta, Autarquias e Fundações. Este cadastro possui validade anual em todo o território nacional.

O registro cadastral está dividido em duas etapas, cada uma das quais habilitando o fornecedor a participar de determinadas modalidades de licitação. Essas etapas são:

> **Cadastramento** - Habilita os fornecedores a participar de licitações nas modalidades Convite, Aquisição Direta e Pregão, aplicando-se subsidiariamente, para a modalidade Pregão, as normas da Lei n.º 8.666 de

21 de junho de 1.993 conforme constante da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002; e

Habilitação parcial - Habilita os fornecedores a participar de licitações nas modalidades acima e ainda de Tomada de Preços, Leilão, Concorrência e Pregão, aplicando-se subsidiariamente, para a modalidade Pregão, as normas da Lei n.º 8.666/93, conforme constante da Lei n.º 10.520/2002.

Portanto, não restam dúvidas da utilização do SICAF para a verificação das condições de habilitação das licitantes.

Nesse sentido cumpre colacionar o inciso XIV do art. 4º da Lei n.º 10.520/2002:

> "Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
>
> (...)
>
> XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;"

Com efeito, o parágrafo único do art. 13 do Decreto n.º 3.555/2000, que regulamenta o Pregão

> "Art. 13. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação prevista na legislação geral para a Administração, relativa à:
>
> I - habilitação jurídica;
>
> II - qualificação técnica;
>
> III - qualificação econômico-financeira;
>
> IV - regularidade fiscal; e
>
> V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição e na Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999.

> Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III e IV deste artigo deverá ser substituída pelo registro cadastral do SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangido pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral." (grifo nosso)

Dessa forma, para o pregão presencial, é obrigatória a substituição da documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal da licitante vencedora pelo registro cadastral do SICAF, ou por outro registro cadastral que atenda aos requisitos legais.

No que diz respeito ao Pregão Eletrônico, o parágrafo único do art. 14 do Decreto Federal n.º 5.450/2005 faculta a substituição da entrega da documentação por consulta ao SICAF[1].

Ainda que a consulta ao SICAF para verificação das condições de habilitação da licitante vencedora não seja obrigatória, nesse caso, faz-se imprescindível que a Administração adote este procedimento, tendo em vista a celeridade inerente à modalidade de licitação pregão.

O Tribunal de Contas da União entende que quando previsto no ato convocatório, a documentação de licitantes abrangida pelo Sicaf pode ser verificada diretamente nesse sistema, conforme se depreende do trecho retirado do Acórdão n.º 2237/2006, da Primeira Câmara:

> "Realize consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf sobre a situação das empresas no momento da realização da licitação, dispensa ou inexigibilidade, bem assim da contratação e do pagamento da despesa, nos termos dos artigos 27 a 32 da Lei no 8.666/1993 e itens 8.7 e 8.8 da IN/Mare no 5/1995.
>
> Detalhe e anexe ao processo a consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf, quando esta acusar inscrição de ocorrências contra a empresa contratada, e analise o tipo de infração cometida para que sejam tomadas as providencias cabíveis, nos termos do item 6 da IN/Maré no 5/1995."

---

[1] "Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:
(...) Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral."

Isso porque o principio da celeridade, consagrado como uma das diretrizes a ser observada em licitações na modalidade pregão, busca simplificar procedimentos de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias.

Assim, para permitir maior celeridade e eficiência na análise da documentação de habilitação da licitante vencedora, deve a Administração realizar consulta aos documentos constantes do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangido pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.

2. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

O item 2.13, "b", do Edital veda a participação de empresas impedidas perante a ITAIPU, a ANDE ou a ELETROBRAS, **ou com restrições em outros órgãos ou entidades públicas do Brasil** ou do Paraguai**.**

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

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

> "Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;
>
> XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;"

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

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

> "**Administração Pública**: A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com 'Poder Executivo'. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada 'Administração Direta' (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a 'Administração Indireta' (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as 'fundações' instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito."
>
> "**Administração**: A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade."[2]

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

> "A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público."[3]

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)[4], segundo o qual **os efeitos jurídicos da referida sanção <u>está adstrita ao órgão que a aplicou.</u>** Nesse sentido, destaca-se:

---

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

[3] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

[4] Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.

Informativo TCU nº 147:

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

"[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que "*a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)*". E mais: "*Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal*". Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo "*Administração*" constante do item 2.2, "c", os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão "*refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal*" e que, portanto, "*o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte*". [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) "*recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal*". ***Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.***

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

Cabe salientar que o Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a **Instrução Normativa nº 02/2010** definindo que a aplicação da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção (art. 40, §1º, da IN nº 2/2010 SLTI-MPOG).

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a ***Administração***

é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o *órgão público*. Já a **Administração Pública** é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Portanto, requer seja alterado o item em comento, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.

3. A APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM PRAZO DIVERSO DO ARTIGO 87, INCISO III DA LEI N.º 8.666/93.

O item 2.11.1, "d", do Capítulo II do Edital estabelece penalidade de suspensão de licitar pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das demais cominações legais.

Deve-se observar que o item anteriormente mencionado colide frontalmente com o disposto no artigo 87, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

A lei de licitações estatui que a aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração será de até 02 (DOIS) anos. Assim, tal item está em total desacordo com o disposto no artigo 87, inciso III da Lei n.º 8.666/93.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, **a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por até 2 (dois) anos**.

Portanto, requer seja alterado o item em comento para que seja adotado o período legal de 02 (dois) anos.

4. NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

Da leitura do instrumento convocatório, é possível perceber que não há previsão sobre penalidades à Contratante na hipótese desta, por sua culpa, ter dado atraso ao pagamento pelos serviços prestados pela Contratada.

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.

Pelo exposto, faz-se necessária a inclusão de previsão no Edital 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.

5. SOBRE À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

Verifica-se que o edital nada dispõe acerca da possibilidade de participação de empresas reunidas em 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 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 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 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[5]." (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)

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

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

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

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 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 inclusão de no Edital, para que seja permitida expressamente a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

6. DA AUSÊNCIA DE MINUTA DO CONTRATO

Da análise do instrumento convocatório ora impugnado constata-se a ausência de minuta do contrato.

A Lei nº 10.520/02, que institui a modalidade de licitação pregão, prevê em seu artigo 3º, inciso I, e em seu artigo 4º, inciso III, o seguinte:

> "Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
>
> I – a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as **cláusulas do contrato**, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;" (grifo nosso)
>
> "Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
>
> III – **do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso**;"

Logo, a lei exige que as cláusulas contratuais devem estar inseridas no instrumento convocatório, ou seja, que o edital contenha minuta do contrato, salvo hipótese de dispensa e substituição desta, as quais estão previstas no art. 62, §4º da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, é a lição do administrativista Marçal Justen Filho:

> "**As condições do contrato deverão constar do instrumento convocatório**. Aplicam-se as disposições da Lei nº 8.666 acerca do conteúdo e da formalização do contrato. **Isso significa que uma minuta do futuro contrato constará como anexo do edital**. As cláusulas contratuais deverão obedecer às normas gerais acerca de licitação, inclusive consagrando as regras obrigatórias. O dispositivo ora examinado não implica exceção à regra do art. 62, §4º, da Lei nº 8.666, acerca da formalização da contratação. Portanto, poderá dispensar-se a formalização através de instrumento de contrato, facultada a adoção de vias alternativas, segundo as regras usuais" (grifo nosso) (Pregão, Ed. Dialética, 4ª edição, 2006, pg. 76)

A Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente à Lei nº 10.520/02, prevê a obrigatoriedade de minuta de contrato no edital, conforme artigo 40, parágrafo 2º, inciso III da referida lei:

> "(...)
>
> §2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
>
> (...)
>
> III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor."

Ratificando a indispensabilidade da Minuta do Contrato integrar o edital, previu o legislador, mais uma vez, agora no artigo 62, parágrafo 1º, o seguinte:

> "(...)
>
> §1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação."

O art. 62, §4º, da Lei nº 8.666/93 prevê as hipóteses em que se admite a dispensa o termo de contrato, permitindo sua substituição, conforme disposto *in litteris*:

> "Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujo preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesas, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.
>
> (...)
>
> § 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com **entrega imediata e integral dos bens adquiridos**, **dos quais não resultem obrigações futuras**, inclusive assistência técnica." (grifo nosso)

Ou seja, a Lei nº 8.666/93 prevê a obrigatoriedade de minuta do contrato no instrumento convocatório, mas admite a dispensa do termo de contrato desde que da contratação não corresponda a aquisição de bens com entrega imediata e integral e que não resultem obrigações futuras entre as partes.

Ocorre que da leitura do edital nota-se que além do objeto não ser de entrega imediata e integral dos bens adquiridos, mas sim de prestação de serviços, há ainda **obrigações futuras** entre as partes, fato que impossibilita a aplicação do parágrafo 4º, do art. 62, da Lei de Licitações, e, conseqüentemente, veda utilização da discricionariedade da Administração Pública de dispensar o "termo de contrato", substituindo-o pelas hipóteses previstas na lei.

A ausência de minuta do contrato impede o conhecimento pelos interessados dos direitos e obrigações que estabelecerão com a Administração caso saiam vencedores do certame, bem como de informações suficientes para a devida formulação de suas propostas.

Nos ensinamentos de Jessé Torres Pereira Júnior, [6]

> "A própria elaboração das propostas pelos licitantes beneficia-se do conhecimento antecipado dos termos do futuro contrato, a par da certeza, que a todos os interessados tranqüiliza, quanto aos direitos e obrigações que estabelecerá com a Administração a empresa que surtir vencedora do certame."

[6] Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 5ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 624.

Fazendo remissão à exigência do artigo 62, parágrafo 1º, da Lei n.º 8.666/93, no sentido da obrigatoriedade da minuta do contrato como anexo do edital, o doutrinador supracitado assim dispôs:

> "A minuta do contrato integra, **necessariamente e sempre**, como anexo, o ato convocatório"[7] (grifamos)

É importante relembrar que:

> "(...) o esboço do contrato administrativo deve ser elaborado ainda durante a fase interna da licitação, não se admitindo que a Administração, dispondo da minuta, recuse-se a exibi-la aos interessados. A Administração não pode ocultar o modelo do instrumento."[8]

Sobre o tema pertinente a lição do administrativista MARÇAL JUSTEN FILHO*, in verbis:*

> "**Cabe a Administração a definição do contrato a ser realizado em todas as circunstâncias (objeto, prazos, sanções etc.),** assim como a estruturação do procedimento licitatório (local de realização, fases, julgamentos etc.)[...]
>
> **Há omissão de elementos necessários indispensáveis quando o edital deixar de cumprir as funções a que se destina. Isso se verifica quando o edital**:[...]
>
> b) **não fornecer as informações necessárias a que os interessados formulem adequadamente suas propostas**. O edital descumpre tanto sua função divulgatória quanto a sua função normativa. **A omissão impede que os interessados formulem de modo adequado suas propostas**: desconhecem o objeto da licitação; ou não podem avaliar os critérios de julgamento**; ou ignoram os deveres que assumirão e os direitos de que serão titulares etc.**
>
> c) **não formular as regras concretas e específicas que disciplinem o curso da licitação e da futura contratação**. Há ofensa à função normativa**. O ato convocatório tem de exaurir as competências discricionárias da Administração. A omissão de disciplina acerca das**

[7] Idem, p. 624
[8] FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6ª ed. São Paulo.

fases posteriores acarretará necessidade de exercício da discricionariedade em momento posterior.

Em todas essas hipótese, há ofensa ao interesse público. As omissões impedem a consecução da finalidade primordial da licitação. Por isso, esses vícios não são sanáveis através do silencia dos interessados" [grifo nosso]. [Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. 8ª Edição. São Paulo: Dialética, 2000]

Ante o exposto, requer seja inserido no edital a minuta do Contrato.

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a Oi** requer que V. Sª 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.

Paraná, 04 de dezembro de 2020.