

Ilmo. Sr. Pregoeiro

PODER JUDICIÁRIO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

Diretoria Geral – Comissão Permanente de Licitação

**PREGÃO PRESENCIAL**  
**nº 262/2009**

GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF nº 03.420.926/0001-24, por seu representante legal, vem respeitosamente perante V. Sa. deduzir **Impugnação** aos termos do Edital, o que faz nos seguintes termos:

**DA INEQUILIBRIDADE  
DO PRAZO DE ATIVAÇÃO  
DOS SERVIÇOS –  
CERCEAMENTO DE  
PARTICIPAÇÃO**

Em face do que prenuncia o item 67 do Edital, o prazo para ativação dos serviços é inexistente, ou seja, após a assinatura do Contrato, estes terão de ser prestados imediatamente:

*67. Os serviços serão iniciados no primeiro dia útil subsequente à assinatura do contrato.*

Diante da complexidade da prestação a ser contratada o prazo se faz extremamente exíguo, de modo que apenas uma das Licitantes pode cumpri-lo: **a atual prestadora do serviço**. Tal se dá, única e exclusivamente pelo fato de que a mesma já se encontra alocada de tal forma. A necessidade de prazo ocorre especialmente em razão, não apenas da necessidade de promover instalação e ativação imediata dos serviços, mas, sobretudo em face da impossibilidade de interrupção dos serviços.

Importante lembrar que as demais Licitantes que não sejam a atual prestadora, não possuem qualquer instalação pronta para operação nas locali-



dades apontadas. Assim, jamais poderão atender a exigência de ativação imediata. Possuindo a atual prestadora instalação pronta para operar, visto que assim já procede, esta se apresenta como única empresa capaz de atender a exigência consubstanciada pela resposta ao questionamento realizado.

Desse modo, **não haveria capacidade material de nenhuma outra empresa para adimplir integralmente o que exige o objeto do Certame!**

Em assim ocorrendo, flagrante o desrespeito ao que preuncia o artigo 3º, Inciso I, Parágrafo Primeiro, da Lei 8.666/1993.

Evidente que se apenas uma das Licitantes é capaz de adimplir integralmente o objeto da contratação, não há qualquer competitividade no Certame.

Tendo em vista o discorrido, impugna-se a insuficiente concessão de prazo de ativação, vez que impossibilita totalmente a real ocorrência da Licitação. Para que houvesse possibilidade de atendimento pelas demais operadoras, o prazo deveria ser de pelo menos 45 (quarenta e cinco) dias.

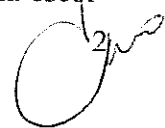
## D A I L E G A L I D A D E C O N S T A N T E D O I T E M 8 3 D O E D I T A L

O Item 83 do Edital aponta que no caso de haver rescisão contratual derivada de alguma das hipóteses descritas no artigo 78, da Lei nº 8.66/1993, a Contratante não deverá qualquer ressarcimento à Contratada:

*83. O Tribunal de Justiça reserva-se o direito de rescindir o contrato, de pleno direito, independentemente de interpeção judicial ou extrajudicial, sem que caiba à empresa contratada direito à indenização de qualquer espécie, quando ocorrerem os casos previstos no artigo 78, da Lei nº 8.666/1993.*

Veja-se que em muitas dos casos constantes do mencionado dispositivo legal, especificamente nos que a Contratada der ensejo à rescisão, de veras não haverá qualquer direito desta a ser ressarcida.

Entretanto, nas hipóteses em que a rescisão partir da Administração, ou seja, nos casos em que a Contratada estiver cumprindo de forma escor-



reita com suas obrigações, há, sim, a total obrigação de ressarcimento desta pelos esforços empregados, especificamente os derivados da expectativa de cumprimento integral do contrato firmado.

Do ponto de vista pragmático, comercial, importante atentar que os valores atribuídos à prestação apenas são realizados em razão do interregno temporal pelo qual esta perdurará, dado que o lucro da prestadora ocorrerá ao longo da prestação, não de imediato. Em havendo uma ruptura abrupta da prestação, ao arrepio do Instrumento Contratual firmado, evidente que o equilíbrio econômico da prestação restará seriamente comprometido!

Evidente que o não cumprimento de contrato válido é frustração de direito adquirido (no caso, direito subjetivo) da Contratada, afinal esta é o objetivo de tal instrumento, ou seja, a estabilização de expectativas.

Sobre o tema da responsabilidade do Estado sobre a frustração de tais expectativas, discorre o Professor Marcelo Meireles LOBÃO:

*Fê-se, portanto, que o cerne o elemento principal do suporte fático da responsabilidade, qualquer que seja a modalidade (subjetiva, objetiva ou subjetivo-ativa), é a violação do direito subjetivo, relativo ou absoluto.*

*(...)*

*Feitas estas considerações, pode-se deduzir que o fundamento jurídico da responsabilidade é o respeito aos direitos constituídos. Qualquer sistema jurídico comprometido com os ditames da Justiça e com os valores fundamentais da Democracia deve velar pela reparação integral dos direitos individuais violados por atos do Estado, mesmo que a ação estatal seja legitimada por lei.<sup>1</sup>*

Tendo em vista a total antijuridicidade contida na conduta estatal prevista como possível no mencionado item do Edital, de rescindir o contrato em razão de ação exclusivamente sua, sem qualquer tipo de indenização à Contratada, particular de boa-fé, imperativa sua retirada do Instrumento Convocatório do Certame, sob pena de crassa afronta ao Ordenamento. Ao Estado Democrático de Direito como um todo, dado que ao Estado será permitido não subjugar-se ao Ordenamento!

---

<sup>1</sup> LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade do Estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 49-53.



## DAS PENALIDADES INERENTES AO INADIMPLEMENTO DA CONTRATANTE

Necessária exigência constante da Lei 8.666/93 que não pôde ser observada no Edital em discussão é o **estabelecimento de penalizações por eventuais atrasos nos pagamentos a serem realizados pela contratante**. Tal exigência é pertencente ao rol do seu **artigo 40, XIV, “d”, da Lei 8.666/93**.

Sobre isto faz ponto Marçal JUSTEN FILHO<sup>2</sup>, no momento em que comenta o mencionado dispositivo. Em seus apontamentos, menciona que o ato convocatório deve necessariamente disciplinar as condições de adimplemento e consequências da inexecução, tanto no tocante ao particular, como à própria Administração. Assevera ainda, que se apresenta como um desvio de ótica, incompatível com o Estado Democrático de Direito, omitir disciplina da conduta estatal.

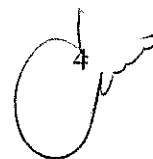
*Imperativo atentar para a impossibilidade de confusão entre a atualização monetária a ser procedida e o estabelecimento de penalidades pecuniárias decorrentes do inadimplemento.* As cobranças possuem naturezas diversas, enquanto a atualização busca apenas resguardar o direito de recebimento que possui o credor, a penalidade visa impor sanção ao devedor para que seu ato de mora não mais se repita.

Ademais, suscita-se que **as penalidades impostas ao particular contratado devem ser congruentes às aplicáveis ao Ente Contratante**. Neste ponto *não há qualquer violação da Supremacia do Interesse Público, visto que já é possível observar expressa manifestação de tal desequilíbrio<sup>3</sup> na possibilidade de haver a declaração de inidoneidade e a proibição de contratação com a Administração.* Tais penalidades apenas podem ser impostas pelo Estado em face do particular, nunca na

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed., São Paulo: Dialética, 2005. p. 397.

<sup>3</sup> Autorizado por lei.



via contrária. Por isso é clara materialização do natural desequilíbrio contratual em favor do “Interesse Público”, obviamente em decorrência de Lei.

**Em ocorrendo disparidade maior do que a mencionada no parágrafo anterior, verifica-se clara violação de conduta por parte da Administração, vez que esta apenas pode agir nos estritos limites legais.** Havendo previsão legislativa para específica manifestação da “Supremacia do Interesse Público” por meio de ocorrência determinada, não há possibilidade de que o Administrador venha a acentuar a desigualdade contratual de forma discricionária, sob pena de incorrer em cláusula abusiva.

**Portanto, em havendo previsão de multa sobre o descumprimento de alguma previsão Editalícia aplicável ao particular contratado, o percentual cobrado sobre esta falta deverá ser o mesmo aplicável ao equivalente inadimplemento pecuniário perpetrado pela Administração.**

Em face de tais apontamentos legais e doutrinários, é procedida **impugnação acerca da não inclusão da disposição legal** em comento, uma vez que a mesma é **obrigatória**.

## REQUERIMENTO

Isto posto ***impugna-se o Edital*** em razão: **a)** do nulo prazo de ativação dos serviços contratados, os quais deverão ter sua prestação iniciada de forma imediata após a assinatura do Contrato; **b)** do ilegal e inconstitucional apontamento de que a Administração não deverá indenizar a Contratada em caso de rescisão contratual à que der origem solitariamente; **c)** do não estabelecimento de penalidades aplicáveis sobre o inadimplemento contratual da Administração.

### **DADOS DA EMPRESA:**

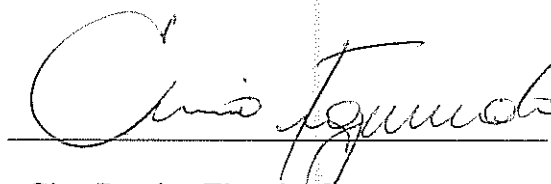
1. Razão Social: GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA
2. CNPJ (MF) n.º: 03.420.926/0001-24
4. Endereço: Rua João Paulino Vieira, No. 752 – Novo Centro – 87.020-015



5. Cidade: Maringá      Estado: PR  
6. Telefone: 61 3035-3068 / 61 9333-0886      Fax: 61 3035-3084  
7. Contato: **Bárbara Fortes Soares Dutra**  
8. E-mail: barbara.moraes@gvt.com.br

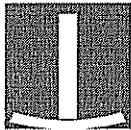
Termos em que pede deferimento.

Goiânia, 21 de dezembro de 2009.

A handwritten signature in black ink, reading "Ciro Pereira Figueiredo", written over a horizontal line.

**Ciro Pereira Figueiredo**

**Gerente de Vendas**



## IMPUGNAÇÃO

Protocolo nº 3203255/09

Referência: Pregão nº 262/09 (processo nº 3136825)

Impugnante: GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA

### 1. DOS FATOS:

Trata-se de análise da impugnação interposta tempestivamente pela **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA**, constante dos autos do processo licitatório, alusivo à Licitação nº 262/09, na modalidade Pregão Presencial, destinada à contratação de empresa especializada em execução de serviço de enlace de dados.

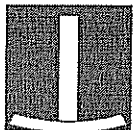
### 2. DAS RAZÕES DA IMPUGNANTE:

Em síntese, alega a impugnante que:

a) o prazo de ativação dos serviços estipulado no item 67 do Edital nº 262/09 é inexecutável, vez que *"diante da complexidade da prestação a ser contratada o prazo se faz extremamente exíguo, de modo que apenas uma das Licitantes pode cumpri-lo: a atual prestadora do serviço"*. Em sendo assim, incidiria flagrante ilegalidade no item 67 do ato convocatório consistente na restrição de competitividade do certame.

b) a previsão contida no item 83 do Edital nº 262/09 é flagrantemente ilegal, vez que, de acordo com os primados da boa-fé e segurança jurídica, não se pode admitir que a Administração a seu talante, rescinda unilateralmente o contrato sem que o contratado tenha qualquer direito à indenização.

c) inexistente no edital previsão de incidência de juros e aplicação de multa no caso de atraso de pagamento por parte da própria Administração, de modo que o ato convocatório só estaria compatível com o disposto na legislação e na jurisprudência se for prevista a possibilidade de cobrança por parte do contratado dos encargos moratórios e atualização dos valores em atraso.



### 3. ANÁLISE

#### 3.1. DA SUPOSTA INEXEQUIBILIDADE DO PRAZO FIXADO NO ITEM 67 DO EDITAL Nº 262/09

De fato, estipula o item 67 do ato convocatório que "os serviços serão iniciados no primeiro dia útil subsequente à assinatura do contrato".

Contudo, a impugnante buscar forçar uma interpretação de modo a tornar draconiana a mencionada previsão editalícia.

O próprio item 4.5 do Anexo II do Edital nº 262/09 estabelece um cronograma de prestação do serviço, prevendo, inclusive, um prazo de 60 (sessenta) dias para a instalação dos *links*.

Desse modo, fica claro que, ao contrário do que faz crer a impugnante, o serviço de enlace de dados propriamente dito não deverá ser automaticamente, a partir do dia seguinte subsequente à assinatura do contrato, iniciado. Há a previsão de um prazo razoável para a estruturação e implementação dos equipamentos necessários à consecução do objeto licitado.

#### 3.2. DA SUPOSTA ILEGALIDADE DO ITEM 83 DO EDITAL Nº 262/09

É cediço que a contratação em tela é decorrente do regime jurídico-administrativo cuja característica principal é a supremacia de uma das partes que, a seu turno, procede da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Nos dizeres de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>1</sup>, *in verbis*:

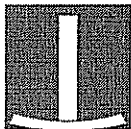
... as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua "exorbitância" ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns.

É de notas que as prerrogativas em pauta colocam o "contrato" à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontrada na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação "administrativo" aposta à palavra "contrato" parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo.

Com fulcro em tais premissas doutrinárias, conclui-se que a impugnante, já num primeiro momento, equivocadamente parte da premissa de que seriam aplicáveis aos contratos administrativos as mesmas características e condições regentes da contratação no regime tipicamente de Direito Privado.

<sup>1</sup> In Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 610.





A bem da verdade, a previsão contida no item 83 do Edital nº 262/09, nada mais é do que uma derivação ou explicitação do art. 78 da Lei nº 8.666/93.

Desse modo, ocorrendo um dos casos previstos no mencionado dispositivo legal, a Administração poderá rescindir unilateralmente o contrato, tudo nos termos e condições estipulados na Lei nº 8.666/93. Ou seja, ocorrida uma das hipóteses que autorizam a rescisão unilateral, a Administração deverá, de forma motivada, instaurar incidente nos autos, assegurando o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, o próprio item 83 deve ser interpretado com base nos princípios mais caros à hermenêutica hodierna, quais sejam, a razoabilidade e a boa-fé. Resta claro, portanto, que o preceito editalício não está a conferir carta branca à Administração para, sem qualquer motivo ou pressuposto fático e a seu bel prazer, extinguir unilateralmente o contrato.

Havendo rescisão imotivada, afora dos casos previstos no art. 78 da Lei nº 8.666/93, e comprovada a existência de danos sofridos pelo contratado, haverá obrigatoriedade de pagamento de indenização.

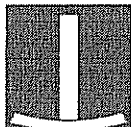
### 3.3. DA ESTIPULAÇÃO DE MULTA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO

Inicialmente, para a análise da questão, há que se ponderar sobre o regime jurídico dos contratos envolvendo a Administração Pública. É patente que o simples fato de a Administração Pública figurar como parte em um contrato faz com que este migre automaticamente para o campo do direito público.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>2</sup> preleciona que a Administração Pública, quando procede, em suas relações jurídicas com o particular, de comum acordo com este, estabelece contratos, que podem ser: a) contratos de direito privado da administração; ou b) 'contratos administrativos', diferindo ambos quanto à disciplina do vínculo, já que, enquanto os contratos de direito privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas de direito privado – ressalvadas as condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo direito administrativo –, os contratos administrativos sujeitam-se às regras e princípios estabelecidos no direito público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Dentre as peculiaridades do contrato administrativo, leciona o mestre ora buscado em auxílio, destaca-se a possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, seja alterando unilateralmente o que

<sup>2</sup> in 'Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 377/378.



fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, seja mesmo extinguindo unilateralmente esse vínculo, constituindo ambas as formas de instabilização um direito da Administração, ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte. Se a possibilidade aqui retratada não se verificar na avença, não se pode dizer que se esteja diante de um contrato administrativo.

No entanto, pode a Administração Pública firmar contratos regidos predominantemente por normas de direito público e contratos nos quais predominam as regras de direito privado, ressalvadas, como assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo direito administrativo. De fato, não importa o nome que se dê a este segundo tipo, contrato privado, contrato semipúblico ou contrato administrativo de figuração privada, é ele caracterizado pela prevalência de normas de direito privado.

Quanto ao objeto do contrato referente à Licitação nº 262/09, há que se avaliar a natureza da prestação de serviços em questão.

Conforme análise anterior, percebemos que as características dos contratos firmados entre a Administração e o particular serão reflexo das particularidades do modo de prestação do serviço. Sabe-se que em alguns casos, pela natureza do serviço, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceita as normas impostas pelo prestador, ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciadas suas reivindicações. Trata-se do contrato de adesão, que segundo o art. 54 da Lei n.º 8.078/90, "*é aquela cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*".

Exemplifica-se tal caso através dos contratos firmados entre a Administração e as concessionárias de serviços públicos, como o fornecimento de energia elétrica. Nesse caso específico não age a Administração com prerrogativas típicas de Poder Público, diferentemente do que ocorre na relação jurídica existente entre o poder concedente e a concessionária de energia elétrica. Portanto, nessa situação dever-se-ia aplicar predominantemente as normas de direito privado.

Ora, essa foi a situação analisada pelo TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO na oportunidade da Decisão nº686/99, publicada no D.O.U de 08/11/1999, na qual as Impugnantes basearam-se para lastrear sua sustentação quanto à necessidade de previsão de multas a serem aplicadas à Administração no caso de atraso no pagamento das faturas. Veja-se que a situação analisada na referida decisão não apresenta as mesmas características dos serviços licitados através do Pregão nº 262/09.



Todavia, a natureza dos serviços ora contratados não apresenta característica de serviço público essencial e, dessa forma, a relação contratual entre o fornecedor desse serviço e a Administração não poderia ser caracterizada como de adesão.

Assim sendo, permanece a relação contratual sob o regime jurídico de direito público, reconhecendo-se as prerrogativas da Administração e afastando-se a situação de igualdade entre as partes substanciada no direito privado.

In suma, reconhecendo-se a não aplicação da Decisão nº686 do TCU no caso em tela, conclui-se não serem aplicáveis as disposições provenientes do direito privado relativas à imputação de multa e juros moratórios à Administração.

#### 4. CONCLUSÃO:

Ante o exposto, conheço a impugnação interposta por considerá-la tempestiva e, **pelas razões acima apontadas, pugno pela improcedência dos argumentos ora levantados**, mantendo-se a data de realização da sessão pública do pregão ora designada no Edital nº 262/09.

Goiânia, 22 de dezembro de 2009.

  
VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM  
Pregoeiro