



3

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE VÁRZEA GRANDE
- MT

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Presencial n.º 19/2013

OI S/A, nova razão social da BRASIL TELECOM S/A, sociedade anônima com sede à Rua General Polidoro, n.º 99, Botafogo, andar 5 PARTE, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, por seus representantes legais, por seus representantes legais com fulcro no art. 12 do Decreto n.º 3.555/2000, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Prefeitura Municipal de Várzea Grande – MT instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma presencial, sob o n.º 19/2013, do tipo menor preço do lote, visando REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO DE SERVIÇO TELEFONICO FIXO COMUTADO (STFC), NAS MODALIDADES LOCAL E LONGA DISTÂNCIA NACIONAL (LDN), TRONCOS DIGITAIS (DDR) E 0800 (DDG), INCLUINDO INSTALAÇÃO CONFIGURAÇÃO, MANUTENÇÃO E SERVIÇOS TECNICOS DE SUPORTE DURANTE A VIGENCIA DE



CONTRATO, CONFORME ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS CONSTANTES NO TERMO DE REFERÊNCIA E AS DEMAIS CONDIÇÕES DO 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

1. NECESSIDADE DE PERMISSÃO DE CONSÓRCIO DE EMPRESAS

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 fenómeno 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 económicos 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 pode se poderm admitir as restrições objetivas e legítimas.

scatan

No presente o **Item 4.3 alínea "d" do Edital não permite a participação de empresas reunidas em consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição.**

No caso em tela, faz-se necessária a permissão expressa da participação de empresas em regime de consórcio nos termos do artigo 33 da Lei n.º-8666/93 e do art. 105 da Lei Estadual 9.433/95, haja vista que a complexidade e diversidade do objeto tornam problemática a competição e que várias empresas isoladamente não dispõem de condições para participar da licitação.

Isso porque estamos diante de uma situação peculiar que caracteriza o mercado de prestação de serviços de telecomunicações no país, pois se trata de atividade restrita àqueles que possuam outorga pelo Poder Público.

Desta forma, inexistente no mercado um amplo leque de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Diante disso, o consórcio é a via adequada para propiciar a ampliação do universo de licitantes.

Convém lembrar que a admissão ou não da participação de empresas reunidas em consórcio trata-se de escolha discricionária da Administração. Portanto, admitir ou negar a participação de consórcios é resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

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

"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)

A princípio não há qualquer restrição à constituição de um consórcio, considerando o que está exposto no art. 278 da Lei n.º 6.404/76, Lei das Sociedades por Ações. A Lei n.º 8.884/94 proíbe a formação de consórcio de empresas apenas se isto restringir a liberdade de comércio,

2.1

ACATA

2.2

visando dominar o mercado, eliminar a concorrência ou monopolizar a obtenção de aumento de preço, dada a ilegalidade de tais finalidades, o que não é o caso.

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

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 alteração do **Item 4.3 alínea "d" do Edital** para que permita a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

Alta
A. Costa

2. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO

O **Item 6.2.3** e o **Item 12.5.17** do Edital estabelecem que será necessário preencher declaração de que atende plenamente os requisitos de habilitação.

Todavia, a exigência de o licitante declarar a inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação não tem respaldo na Lei.

Inicialmente, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

Art. 32 Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

(...) Verificam o SS 3º desde que previsto no edital.

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, **obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.** (grifo nosso)

Com efeito, nos termos do § 2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, é possível concluir a obrigatoriedade da parte declarar a superveniência de fato impeditivo. Em momento algum a Lei de Licitações exigiu ou autorizou o dever de declarar a ausência de fato impeditivo.

Os arts. 34 e seguintes da Lei de Licitações permitem que os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações mantenham registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

Por sua vez, cabe aos inscritos nos cadastros atualizarem permanentemente o registro (art. 36, § 1º).

Ora, se o licitante apresenta todos os documentos e tem seu cadastramento em perfeita ordem, não há sentido em reafirmar, por declaração, que tem as condições para a habilitação.

Portanto, não se pode inabilitar determinado licitante pela ausência de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação, posto que tal exigência, além de não ter amparo legal, não faz qualquer sentido lógico.

Como se sabe, a Contratada está obrigada a manter durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, consoante o inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93. OK

Assim, caso ocorra fato superveniente à contratação que impeça a sua habilitação, tal fato deverá imediatamente ser declarado à Administração.

Sendo assim, a Oi requer a V. S. a exclusão do **Item 6.2.3 e do Item 12.5.17 do Edital** ou sua adequação aos termos do parágrafo 2.º, artigo 32 da Lei n.º 8666/93. não

3. INDEVIDA INCIDÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS)

O **Parágrafo Sexto da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato** estabelece que "competete a Secretaria Municipal de Fazenda fazer a retenção do ISSQN sobre o valor dos pagamentos efetuados".

Acatar

Contudo, tal previsão não tem razão de ser, haja vista que é vedada a aplicação deste tributo aos serviços de Telecomunicações.

Como é cediço, o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza é disciplinado pela Lei Complementar n.º 116/2003 e incide sobre fatos geradores definidos em lista anexa a lei^[1]. Cumpre ressaltar que a lista é taxativa.

[1] "Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador."

3.2



Logo, como o serviço de telecomunicações não está incluído naquela lista, o ISS não incide sobre esta atividade.

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que, em decisão suficientemente motivada, decidiu pela não incidência do ISS sobre ligações telefônicas realizadas no âmbito municipal, em consonância com a jurisprudência do STF (v.g. RE 83.600, Pleno, Moreira Alves, DJ 10.08.79): ausência de negativa de prestação jurisdicional."^[2]

Ademais, a interpretação integrativa da Constituição não deixa dúvidas: o **ISS incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, porém não incide naqueles serviços contidos no art. 155, inciso II**. Note-se que os serviços de comunicação são fatos geradores do ICMS, porém não do ISS.

Para sanar todas as possíveis dúvidas ou indagações a respeito do tema, vale transcrever os artigos 155, II c/c 156, III, da Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal **e de comunicação**, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, **não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.**" (grifo nosso)

De fato, nos serviços de comunicação – telefonia – não incide o ISS, uma vez que a hipótese de incidência configura fato gerador do ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação

^[2] Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 269.531, julgado em 14.06.05, DJ 05.08.05.

de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Ante o exposto, requer seja excluída a necessidade de retenção do Imposto sobre Serviços – ISS, prevista nos itens indicados, tendo em vista que o imposto que incide sobre os serviços ora licitado é o Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS, e não o ISS.

4. DA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO PARA COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL DAS LICITANTES

O Edital deste certame licitatório, no **Item 11.5** estabelece que “sob pena de inabilitação, todos os documentos apresentados para a habilitação deverão estar em nome da licitante e com número do CNPJ, com o endereço respectivo, ou seja, se a licitante for a Matriz, todos os documentos deverão estar em nome da Matriz; ou se a licitante for a filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial”.

As mencionadas exigências previstas no **Item 11.5 do Edital** se mostram ofensoras a prescrições licitatórias e tributárias. Vejamos.

Inicialmente, vale destacar que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 108) define com clareza que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Com isso, verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

Do ponto de vista licitatório, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93 possibilita, ao participante da licitação, que comprove sua regularidade fiscal com documentação **do domicílio ou da sede**. Portanto, cabe à proponente a alternativa na apresentação de um ou outro, ou seja, tem a licitante a prerrogativa, autorizada em lei, de apresentar **documentação da sua filial ou da matriz**.

4.1

}

/

Handwritten signature and scribbles.

OK

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já se manifestou afirmando "[...] que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ." (Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário).

Vale salientar que **matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas**. A matriz e a filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica (TCU, Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário). Por isso, não há óbice em o estabelecimento matriz ter sido habilitado e a filial entregar os produtos/serviços contratados.

Entretanto, *no que concerne à questão tributária*, a diferenciação matriz/filial assume relevância. Isto porque, sendo os serviços de telecomunicação tributados por ICMS (art. 155, II, da CF/88), imposto estadual, **cada filial é contribuinte no Estado em que domiciliada**.

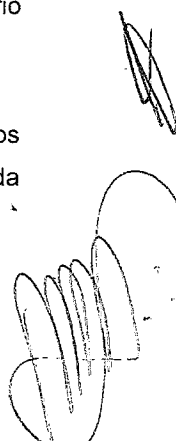
Melhor explicando: não obstante o CNPJ da matriz conste da Fatura apresentada, mensalmente, à Administração Pública, as notas fiscais, em atendimento à legislação que regula o recolhimento dos tributos incidentes sobre os serviços prestados (telecomunicação), são emitidas em cada local da prestação do serviço.

Assim, uma vez que o ICMS é incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicações e sendo esse um tributo de competência estadual, em cada Estado onde o serviço de telecomunicações é prestado pela Oi, se dá a emissão da nota fiscal correspondente, razão pela qual as notas fiscais são emitidas pelas filiais.

Diante do exposto, ao emitir a nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado pela Oi - Matriz, a Oi nada mais faz do que cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei n. 8.666/93 que, como se vê aqui, igualmente encontra-se observada em sua íntegra.

Assim, frise-se, não obstante a participação da proponente no certame licitatório se dê com apresentação de seus documentos da matriz **OU** da Filial, na forma do artigo 29 da Lei n. 8.666/93, as notas fiscais devem ser emitidas no CNPJ da filial do local onde é prestado o serviço, pois é este estabelecimento, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, o contribuinte de ICMS para o Estado.

Diante do exposto, requer a alteração do **Item 11.5 do Edital** para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida



nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato possa ser firmado pela matriz na forma do art. 29 da Lei n. 8666/93.

5. DA POSSIBILIDADE DE APRESENTAR CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA EM RELAÇÃO AOS DÉBITOS TRABALHISTAS

O Item 12.5.6 do Edital dispõe que deve ser apresentada prova de inexistência de débito inadimplido perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação da respectiva certidão negativa, porém, nada mencionou acerca da possibilidade de apresentar certidão positiva com efeitos de negativa. OK

Sobre o tema da Certidão Negativa de Débitos Trabalhista, de início, vale salientar a modificação presente na Lei n. 8.666/93, trazida pela Lei n. 12.440/11, que acrescentou ao elenco dos requisitos de habilitação nas licitações a comprovação de **regularidade trabalhista** (art. 27, IV).

Também foi incluído ao artigo 29, da Lei n. 8.666/93, o inciso V prevendo que a documentação relativa à regularidade trabalhista consistirá em prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, **mediante a apresentação de certidão negativa**, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1o de maio de 1943.

É de suma importância observar que a **própria Lei n.º 12440/2011** estabelece que a Certidão Positiva com efeitos negativos de Débitos Trabalhistas, é passível de surtir os mesmos efeitos da CNDT. *In verbis*:

“Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

(...)

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.”

No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional já se manifestava anteriormente através do artigo 206, senão vejamos:

[Handwritten signature]

"CAPÍTULO III

Certidões Negativas

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa."

Não restam dúvidas de que a legislação acolhe a Certidão Positiva com efeitos de Negativa como instrumento válido para retratar a regularidade do seu apresentante.

Neste sentido, é importante ressaltar ainda que a necessidade de vinculação da atuação administrativa a texto de lei se aplica à licitação no sentido de "que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais" (Idem, p. 224). Importa dizer que todo ato e procedimento adotado deverá ter embasamento legal, sob pena de não poder compor a licitação.

Cabe aqui colacionar o entendimento do TCU quanto à importância do princípio em questão:

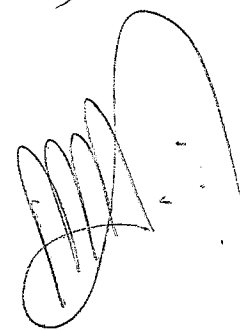
"O princípio constitucional mais importante, imanente a toda a atuação da Administração Pública, é o princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração só pode fazer ou deixar de fazer o que a lei autoriza ou define. A Administração deve sempre prestar obsequiosa reverência à lei, sobretudo em atos que gerem despesas administrativas." (Acórdão 1472/2010 - Plenário)

Verifica-se, portanto, que o princípio da legalidade é a pedra de toque de toda atividade administrativa, não se admitindo outra atuação por parte da Administração, exceto a estritamente legal.

Desta forma, requer a alteração do **Item 12.5.6 do Edital** para que a Certidão Positiva com Efeito de Negativa também comprove a inexistência de débitos inadimplidos.

6

OK



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.*”

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.

Ressalte-se que apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC poderá ser prestado em regime público, por meio de Concessão do Poder Concedente. Assim, as concessionárias são remuneradas pela cobrança de tarifas, conforme acima explicado.

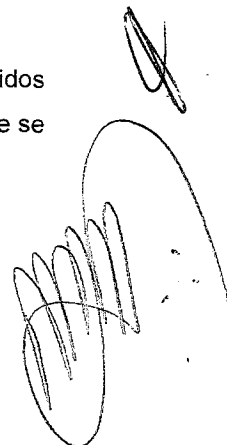
Acerca das tarifas do STFC, o art. 42 da Resolução n.º 426/2005, que aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, assim determina:

“Art. 42. Visando a preservação da justa equivalência entre a prestação do serviço e sua remuneração, as tarifas ou preços de planos de serviço ou PUC podem ser reajustados ou revisados.

Parágrafo único. Os reajustes dos valores das tarifas ou preços podem ser realizados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, limitados estes à variação do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) ou qualquer outro índice que venha a substituí-lo, correspondente ao período de reajuste, observadas as disposições dos contratos de concessão ou termos de permissão ou autorização.” (grifo nosso).

Com base no acima exposto, o reajuste tarifário deverá ser aplicado a partir do Contrato de Concessão, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato.

De outro lado, o reajuste dos preços, ao contrário das tarifas, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.



6. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

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 competição."¹

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes de punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contrato ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior."

Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, 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 também 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 preenchia 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

Diante disso, enquanto o reajuste das tarifas deverá acontecer de acordo com as determinações do Poder Concedente, o reajuste dos preços será aplicado automaticamente, decorridos 12 (doze) meses da Contratação.

No âmbito dos serviços telefônicos, objeto da presente licitação, o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste dos valores contratados é aquele expresso na Resolução n.º 539, de 03/08/2009, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST.

Ante o exposto, requer a adequação **Item 15.1 do Edital**, de modo que o reajuste dos preços e das tarifas referentes ao STFC seja realizado da seguinte forma:

"As tarifas serão reajustadas conforme homologação do Poder Concedente, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações".

7. INDEVIDAS HIPÓTESES DE RETENÇÃO DO PAGAMENTO DEVIDO À CONTRATADA

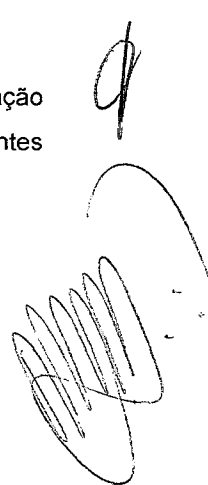
Os **Itens 15.2, 15.5 e 15.9 do Edital, Parágrafo Terceiro da Cláusula Décima da Minuta da Ata de Registro de Preços, Parágrafo Sétimo da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato** - estabelecem hipóteses de retenção de pagamento.

Assim é que destaca Celso Antônio Bandeira de Mello:

"O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições." (Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 87/88)

Ocorre que o art. 87 da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

"Art. 87 Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:



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.

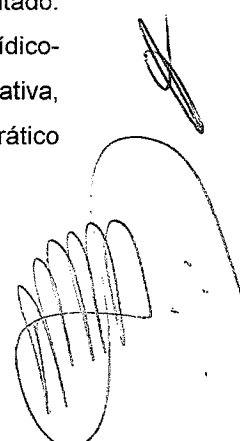
2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.

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).

5. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 633.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141)

Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, poderá a Administração, atendendo ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações, não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do dispositivo legal citado. Frise-se que o princípio da legalidade, sendo o elemento basilar do regime jurídico-administrativo, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático

A handwritten signature in the bottom right corner, consisting of a stylized name and a large, circular scribble below it.

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)

Nesse sentido, deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos como sanção ao não cumprimento da regularidade fiscal.

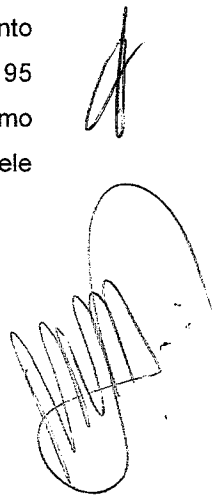
É nesse sentido o entendimento do TCU:

"O [STJ] entende ser ilegal a retenção de pagamento por serviços prestados quando se constata a irregularidade fiscal, pois tal hipótese não consta do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, ofendendo, portanto, o princípio constitucional da legalidade [...]. O parecer PGFN/CJU nº 401/2000, e a STN e SLTI, por meio da mensagem citada no parágrafo anterior, seguem esse entendimento. Resta ao órgão público a opção de rescindir o contrato e aplicar penalidade por descumprimento de cláusula contratual, caso a contratada, após aviso do órgão, não regularize sua situação fiscal no prazo definido pela administração." (Acórdão 3382/2010 - Plenário) (grifo nosso)

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência do STJ:

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



Pelo exposto, faz-se necessária a adequação do **Item 15.4 do Edital, Parágrafo Terceiro da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato** referente ao ressarcimento relativo 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.

9. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O **Item 15.8** do Edital, Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima da Minuta da Ata de Registro de Preços, Parágrafos Primeiro e Oitavo da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato preveem que "as notas fiscais/faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas a Contratada e seu vencimento ocorrerá em 30 (trinta) dias, com relação a parcela de instalação e de até o 5º (quinto) dias da prestação de serviço mensais, após a data de sua apresentação válida".

Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa.

Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

Diante disso, requer a adequação do **Item 15.8** do Edital, Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima da Minuta da Ata de Registro de Preços, Parágrafos Primeiro e Oitavo da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.



de Direito. Dessa forma, impor sanção que extrapola a lei importa em desrespeito inexorável ao princípio da legalidade.

Diante disso, tendo em vista que 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, requer a modificação dos **Itens 15.2, 15.5 e 15.9 do Edital, Parágrafo Terceiro da Cláusula Décima da Minuta da Ata de Registro de Preços, Parágrafo Sétimo da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato** - estabelecem hipóteses de retenção de pagamento., para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.

8. SOLICITAÇÃO DE ALTERAÇÃO NA PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

O **Item 15.4 do Edital, Parágrafo Terceiro da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato** prevê que "no caso de eventual atraso de pagamento, o valor devido poderá ser acrescido de juros moratórios de 0,5% ao mês, apurados desde a data acima referida ate a data do efetivo pagamento, calculados "pro rata die", sobre o valor da nota fiscal/fatura; e O não pagamento no prazo previsto nesta Cláusula acarretara, ao CONTRATANTE, multa de 0,03% (três centésimos por cento) do valor da parcela devida, a ser aplicada por dia de atraso ate o do efetivo pagamento".

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.



Nesse sentido, cumpre colacionar o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do tema:

“O particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros. O regime jurídico aplicável, porém, exige esclarecimento.

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.”² (grifos nossos)

Diante disso, cumpre trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Detectadas falhas em procedimento licitatório no qual não se apurou dano ao Erário, tampouco se vislumbrou dolo ou má-fé na atuação dos responsáveis, cumpre expedir determinações corretivas a entidade. (Acórdão n.º 2664/2007, Plenário)

Portanto, é evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada.

Ressalte-se que o dano direto é aquele que produz no bem imediatamente em consequência do evento determinante, enquanto que no dano indireto, o prejuízo só se verifica como consequência posterior.

Assim, caso tenha sido causado dano diretamente à Administração ou a terceiros, sem restar comprovada a culpa ou dolo da Contratada, a Contratante não poderá exigir indenização dos eventuais prejuízos causados, mas apenas determinar à Contratante a adoção de medidas corretivas.

Diante do exposto, requer seja alterado os **Itens 16.3.9 e 16.3.12 do Edital, Inciso XI da Cláusula Sétima, Incisos I, II e III da Cláusula Oitava da Minuta da Ata de Registro de**

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 782.

10. DA INOBSERVÂNCIA DA RESPONSABILIDADE DO ARTIGO 69 DA LEI N.º 8.666/93

O **Item 16.3.7 do Edital** estabelece que a Contratada deverá responder pelos vícios e defeitos no serviço, porém, não limitou a referida responsabilidade segundo as determinações da lei de licitações.

“16.3.7 Reparar, corrigir, refazer ou substituir, no todo ou em parte, conforme Anexo I (Termo de Referência n.03) após a notificação, os produtos que apresentar qualquer impropriedade, sem implicar custos adicionais aos preços contratados”;

A redação do item está em total dissonância ao estatuído no artigo 69 da Lei n.º 8.666/93, senão vejamos:

“Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.”

O dispositivo legal é claro ao determina que somente há responsabilidade pelos vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, o que não foi observado no item 15.2, inciso II do edital.



Diante do exposto, requer a alteração do **Item 16.3.7 do Edital** para que se coadune ao estatuído no artigo 69 da Lei n.8.666/93.

11. LIMITES À RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELOS DANOS CAUSADOS À ADMINISTRAÇÃO

Os **Itens 16.3.9 e 16.3.12** do Edital, Inciso XI da Cláusula Sétima, Incisos I, II e III da Cláusula Oitava da Minuta da Ata de Registro de Preços, Parágrafo Nono da Cláusula Décima da Minuta do Contrato estabelecem responsabilidades em excesso a Empresa não prevendo o limite legal estatuído no artigo 70 da Lei de Licitações.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrente diretamente de sua culpa ou dolo, o que evidencia a ilegalidade dos itens em exame, nos termos do art. 70 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.” (grifo nosso)



19

apenas sobre aquela parcela e não sobre o valor integral da contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade.

Desta forma, **em caso de descumprimento parcial das obrigações a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.**

Com efeito, a reprovabilidade da conduta acima descrita traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente. O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.

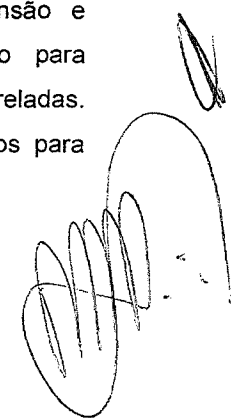
O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

“Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)

Este princípio (proporcionalidade) enuncia a idéia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessários para



Preços, Parágrafo Nono da Cláusula Décima da Minuta do Contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa.

12. APLICAÇÃO DE MULTAS QUE EXTRAPOLAM O LIMITE DE 10%

O Item 18.1.2 alínea "c" do Edital, Item 11.4.1 do Termo de Referência, Cláusula Quinta, Item 2.1 alínea "c" da Cláusula Décima Quarta da Minuta da Ata de Registro de Preços, Cláusula Sétima da Minuta do Contrato, Parágrafo Sétimo Inciso II alínea "c" da Cláusula Décima Terceira da Minuta do Contrato preveem que ocorrerá multas de até 15 % (quinze por cento) do valor do contrato, multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento), teto máximo de 10% tanto pelo Decreto n.º 22.626/33 (ressalte-se, ainda em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determinado pelo Decreto de 29 de novembro de 1991) como pela Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), e aplicável a **todas** as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração pública.

Deve-se frisar que, ainda que não conste na Lei n.º 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem os elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal; não pode a Contratante, assim, desconsiderar regulação específica que veda o locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas.

Daí a remissão ao Decreto n.º 22.626, que é aplicável a QUALQUER contrato, conforme ora explanado. Não há que se falar em inaplicabilidade do referido Decreto, mesmo porque a vedação à instituição de cláusula penal superior a 10% do total da dívida é cabível a quaisquer contratos firmados (exclusive os do sistema financeiro).

Ademais, o Item 18.1.2 alínea "c" do Edital, Item 2.1 alínea "c" da Cláusula Décima Quarta da Minuta da Ata de Registro de Preços, Parágrafo Sétimo Inciso II alínea "c" da Cláusula Décima Terceira da Minuta do Contrato, preveem multas que incidirão sobre o valor total do contrato, independente de a inexecução ser total ou parcial.

No entanto, não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incidã sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

Ora, não é justa nem razoável tal determinação, posto que uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do contrato celebrado, é razoável que o cálculo da penalidade incida

