



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE
IMBUIA – SC**

Ref.: Pregão Presencial n.º 40/2018

OI S/A (em Recuperação Judicial), nome comercial “**Oi**”, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 76.535.764/0001-43, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2.º andar, vem, tempestivamente, com fulcro no item 11.1 do Edital, bem como artigo 12 do Decreto 3.555/00, apresentar

IMPUGNAÇÃO

Aos termos do Edital em referência, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.



I – DOS FATOS

A Prefeitura de Imbuia instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma Presencial, sob o nº. 40/2018, visando à contratação de serviços de internet com fibra óptica e via rádio.

Interessada em participar da licitação, a ora Impugnante denota, no entanto, a presença de alguns vícios de legalidade no Edital, cuja prévia correção se mostra indispensável à abertura do certame e formulação de propostas.

Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, a Oi **SOLICITA URGÊNCIA** na análise do mérito desta Impugnação pelo Sr. Pregoeiro, a fim de evitar prejuízos sérios para o erário, o qual certamente será lesado caso o Edital permaneça nos termos atuais. Tal é o que se passa a demonstrar.

II – DO DIREITO

1. **DA PREVISÃO DE MULTAS ABUSIVAS**

Da leitura dos itens 14.2 do Edital, bem como Cláusula Décima Quarta do Anexo VI denota-se a aplicação de multa em percentual de 10% sobre o valor do contrato por descumprimento.

Ora, é notória a ilegalidade de que se revestem os referidos itens Editalícios, vez que o excesso de penalidade é incompatível com o objeto do Edital ora impugnado.

É de mister analisar qual é efetivamente a finalidade de se exigir penalidades em procedimentos licitatórios, a fim de que se possa ponderar a ilegalidade dos itens editalícios ora impugnados.

Com efeito, toda e qualquer exigência constante no Edital de licitação deve guardar perfeita consonância com o seu fim, vez que a finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato.



A efetiva legalidade do procedimento, como um todo, está intimamente relacionada com a legalidade de cada uma das exigências constantes no Edital, cuja comprovação depende da existência, ao menos implícita, de uma causa e um efeito, ou seja, uma finalidade específica justificadora.

Nesse diapasão, é notório que a exigência das penalidades tem por finalidade evitar o possível insucesso da contratação da licitante vencedora do certame.

Em outras palavras, cabe inferir que a finalidade das penalidades constantes nos Editais é garantir que a licitante vencedora irá executar o objeto licitado, de tal sorte que não comprometa o interesse da Administração e conseqüentemente o interesse público.

Ou seja, a finalidade dos contratos administrativos é a prestação de serviço, e não a criação de nova fonte de receitas mediante arrecadação de valores com multas.

De igual sorte, a ilegalidade do item e da cláusula editalícia em apreço pode ser ainda revelada pelo fato de que, para serem válidos, os atos da Administração Pública devem respeitar o Princípio da Razoabilidade. Com efeito, as exigências constantes no Edital não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

Logo, pelos motivos ora expostos, é evidente que as penalidades constantes no Edital não estão de acordo com a sua finalidade, vez que não guardam correspondência lógica com a mesma.

Na senda destas razões, vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Colha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legitimados de seu contratante, pois não assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte". (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 15ª edição, p.591).



Destarte, não resta a menor dúvida de que tais penalidades não são razoáveis e que não correspondem à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, em total afronta aos Princípios norteadores do procedimento licitatório - artigo 3º da Lei n.º 8.666/93.

De todo o exposto, é irrefutável que as penalidades constantes no ato convocatório estão em desacordo com a realidade fática e com a legislação vigente, motivo pelo qual requer-se que as mesmas sejam adequadas de modo a enquadrar-se à realidade do setor, motivo pelo qual sugere-se o percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor mensal da fatura em qualquer situação.

2. DA GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

O ato convocatório não prevê as garantias da contratada para o caso de inadimplemento da Administração, o que deve ser revisto.

Vale ressaltar previsão expressa da Lei de Licitações de que aos contratos administrativos aplicam-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos, conforme revela o seu art. 54, “caput”:

*“Art. 54 – Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, **aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.**”*(grifamos)

E mais, o art. 66 do mesmo diploma legal destaca a responsabilidade atribuível a cada parte quando da execução do contrato, *in literis*:

*“Art. 66 – O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, **respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.**”*(grifamos)



Portanto, ante o arcabouço legal e doutrinário apresentado, não resta dúvida de que a Contratante deverá arcar com os encargos legais devidos, na hipótese de inadimplemento e de mora, sob pena de, não o fazendo, criar um notável desequilíbrio na relação entre as partes.

Na senda destas razões, pertinente aqui recordar a lição do renomado Administrativista Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, *in verbis*:

“O sujeito (inclusive o Estado) tem o dever de cumprir a prestação assumida, no prazo e condições determinadas. Ao infringir esse dever, sujeita-se à obrigação de indenizar a parte inocente por perdas e danos. Entre os danos emergentes encontra-se, no mínimo, a perda do valor da moeda proveniente da inflação. Portanto, se o Estado atrasar o pagamento, deverá pagar com correção monetária.

Os Tribunais não têm hesitado em seguir esse caminho, na vigência do Plano Real. Adota-se, geralmente, a variação do IGP-M da FGV como índice para apuração da correção.”[Dialética, 7ª edição, p.412]

Outrossim, a Decisão n.º 686/99, Plenário, do Tribunal de Contas da União também se manifesta em sentido similar quanto à aplicação de multa contra a Administração pública, onde são defendidas sanções moratórias impostas à Administração no caso de inadimplência, *in litteris*:

“[...] a cobrança de multa moratória, pela concessionárias de serviços públicos, sejam elas privadas ou integrantes da Administração Pública, em desfavor dos órgãos e entidades públicos, por atraso no pagamento.

[...] quando a Administração age na qualidade de usuária de serviço público, em uma relação de consumo, a eventual multa moratória decorrente de atraso no pagamento tem natureza contratual, prescindindo de previsão legal, porquanto, nessa condições, a Administração figura como parte de um contrato da natureza privada e, como tal, despida dos privilégios que



caracterizam os contratos administrativos.” [Decisão n.º 686/99, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin. D.O.U. de 08.11.1999, pg. 35-38]

Resta evidente, assim, que o Edital merece reparo neste aspecto, a fim de que sejam estabelecidos expressamente os ônus legalmente devidos pela Administração em casos de inadimplência e de mora em relação ao cumprimento da obrigação.

Acrescente-se ainda que, de acordo com o Parecer da Advocacia Geral da União n.º GQ-170, devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso em 13 de outubro de 1998, resta cristalina a legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.

Nesse passo, entendemos que deveria constar da futura minuta do contrato o seguinte:

“O não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento sujeitará o Contratante, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, às seguintes sanções:

- a) Multa de 2% sobre o valor devido;*
- b) Juros de mora de 1% a.m.; e*
- c) correção monetária pelo IGP-DI.”*

3. DO REAJUSTE DOS PREÇOS

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

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



O reajuste nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. É alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

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

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

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

Para Marçal Justen Filho:

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexecutável ou a distorção da competição.”¹

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).

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



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.*”

Ante o exposto, requer a inclusão de um critério claro e expresso de reajuste dos preços e o índice financeiro a ser utilizado, da seguinte forma:

“A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI”.

4. DAS QUESTÕES TÉCNICAS

A empresa Oi na análise criteriosa das especificações e condições gerais do objeto a ser contratado pela Prefeitura de Imbuia contidas no Termo de Referência, entende que algumas exigências técnicas devem ser revistas e readequadas. Diante de tal situação, passamos a expor as nossas razões.

4.1

LOTE 1

Unidade da Prefeitura – link de internet IP Dedicado com taxas 15.360 (15Mbps) de download e 15.360 kbps de upload com 100% de garantia de Banda.

Solicitamos que seja revista a taxa para que seja de 15 Mbps ou superior, para melhor atender as necessidades desse Órgão.

4.2



Configuração de QoS através de mangle e Queue Tree e WMM; SLA 4 horas, monitoramento de Uptime 24 horas por dia 7 dias por semana; Classe de 1 IP's Públicos;

Solicitamos que seja revista a questão do QoS, pois as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações não configuram QoS em acessos de IP Connect, apenas para rede de dados.

E ainda, exige SLA de 4 horas, ocorre que tal prazo não está de acordo com a Resolução n.º 574/2011 da Anatel, que estabelece o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM), in verbis:

“Art. 25. As solicitações de reparos por falhas ou defeitos na prestação do serviço devem ser atendidas em até vinte e quatro horas, contadas do recebimento da solicitação, [...]” (grifo nosso).

Portanto, é patente que o período de reparo previsto no instrumento convocatório está em desacordo com o período estabelecido na Resolução n.º 574/2011 da Anatel, posto que essa determina que o atendimento de reparo deve se dar em até 24 (vinte e quatro) horas para o SCM, contadas da solicitação do usuário.

De fato, o prazo de 4 (quatro) horas é INSUFICIENTE para o atendimento e/ou finalização dos reparos ou correção de falhas, especialmente pelo fato de que a complexidade da questão pode exigir um prazo maior para que esta seja solucionada.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de reparo dos serviços induz a aplicação das penalidades contratuais, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.



Mais justo seria tratar o SLA levando-se em conta as localidades onde o serviço é prestado, tratando os tempos de reparos, onde seja preciso deslocar um técnico até o local, isto é, que não pode ser solucionado remotamente, com prazo maior do que o especificado no Edital.

Ante o exposto, requer a alteração de forma que o período de reparo seja de no mínimo 6 (seis) horas, contadas da solicitação, levando em consideração tanto a importância da disponibilidade do circuito de comunicação de dados para a Contratante quanto os termos das determinações da Agência Reguladora do Setor de Telecomunicações.

4.3

LOTE 2

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE LINK EMPRESARIAL DE CONEXÃO A REDE INTERNET – NA VELOCIDADE 14 MBPS (Megabits por segundo) VIA RADIO

A Lei, quando da impossibilidade de se prever de antemão e abstratamente todas as diminutas situações a ser abarcada por seu comando, concede à Administração Pública certa margem discricionária, para que se trilhe o melhor caminho a atingir o interesse da coletividade no caso específico e concreto.

Todavia, não se pode olvidar que a Administração não tem o condão de agir a seu bel-prazer, perfilando caminhos que passam ao largo do interesse público, de forma disparatada e desarrazoada. Há que se respeitar os limites legais para que não se extrapole a concedida margem discricionária, agindo-se com o abuso de poder.

Deve-se destacar que a lei 8.666/93, norma máxima reguladora de todo e qualquer procedimento licitatório, permite ao Administrador impor regras e apresentar exigências não pré-fixadas, frente à impossibilidade de serem previstas todas as imposições devidas para a contratação de um serviço específico, por meio de um procedimento licitatório.



Entretanto, claro é que esta discricionariedade concedida encontra limites justamente na Finalidade do Ato Administrativo. A **Finalidade** é o resultado que a administração quer alcançar com a prática do ato, que consiste no direcionamento das atividades e dos serviços públicos à efetividade do bem comum.

Desta forma, a Administração Pública ao desempenhar as funções estabelecidas em lei, afinal, aos entes públicos só é dado agir “*secundum legem*”, ou seja, na estrita obediência à Lei, é adstrito a uma finalidade previamente estabelecida, o interesse público.

Portanto, é mister conceituar interesse público, para entender corretamente a função final da Administração Pública. Para tanto, utilizar-se-á, mais uma vez, os ensinamentos do I. jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra Curso de Direito Administrativo Brasileiro, página 53, 16ª edição, editores Malheiros, que preleciona que interesse público como:

“o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membro da Sociedade e pelo simples fato de o serem.”

A Administração Pública objetivando cumprir a sua finalidade necessita de poderes, sem os quais não teria como atendê-la, estes propiciarão o cumprimento do DEVER outorgado pela lei. Assim, o PODER jungido será instrumento para a Administração atingir fielmente o escopo a que estes estão indissolúvelmente atrelados.

Da simples leitura do objeto da presente licitação, constata-se que a discricionariedade conferida abstratamente ao agente público foi ilegalmente aplicada, uma vez que se exige, para a prestação do serviço licitado com relação a redundância, apenas a aplicação de tecnologia sem fio – via rádio, sendo que o mesmo serviço poderá ser prestado utilizando-se de demais tecnologias, por meio de rede com cabos (fibra óptica ou cabos metálicos), em flagrante imposição de condição irrelevante, a acarretar o comprometimento da competitividade no presente certame.



Nestes termos, insta frisar que os acessos terrestres possuem menor latência, menor custo mensal, bem como menor investimento de infraestrutura de instalação, possuindo, ademais, melhor qualidade de serviço, menor tempo de reparo, maior segurança no acionamento, dentre outras qualidades técnicas, considerada, portanto, de qualidade superior à tecnologia via rádio.

Em regra, sempre que possível são preferidos acessos terrestres, não podendo, desta forma, ser restringido o tipo de acesso à forma de atendimento via rádio em detrimento da modalidade terrestre.

Frisa-se que não se busca modificar as necessidades do órgão licitante, mas apenas a desconstituição da restrição da tecnologia a ser utilizada para se alcançá-las. Não se quer modificar o objeto a ser licitado, nem mesmo alterar a qualidade perquirida no Edital, quanto mais amoldá-los a interesses particulares, mas apenas se busca a permissão para atingi-la por outro meio que não a utilização da tecnologia via rádio possibilitando-se a prestação do serviço licitado por um preço menor.

Neste sentido, vale ressaltar as palavras do já citado Marçal Justen Filho:

*“O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada. Isso se verificará **quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse público concretamente identificável na hipótese.** Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de:*

a) exigência incompatível com o sistema jurídico;

*b) **desnecessidade da exigência;***

c) inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.

O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais. Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no



*edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o “fim” a ser atingido. **Todas as exigências se caracterizam como “meios” de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do “fim”**”^[3].*

Em suma, cabe a Administração reformular tal exigência, acrescentando a possibilidade do **objeto ser prestado também por via terrestre, ou seja, fibra óptica**, com a finalidade de aquisição da melhor técnica existente, juntamente com a melhor proposta financeira oferecida.

Vale lembrar mais uma vez, que a prestação do objeto via fibra óptica não acarretaria nenhum custo extra à Administração, pelo contrário, forneceria um serviço com qualidade superior à exigida no instrumento convocatório e, ainda, com valor mais vantajoso para o Órgão licitante.

Assim, por se tratar de restrição **ilegal**, consubstanciando-se num patente desrespeito aos Princípios da Busca da Proposta mais Vantajosa, da Isonomia, da Competitividade e da Legalidade, deve-se alterar o objeto ora licitado, para que se permita a prestação do serviço seja por meio da utilização de tecnologia via rádio, seja por meio terrestre.

4.4

Contradição prazo instalação – 60 dias e 30 dias

Os itens 3.1 do Edital, 13 do Anexo I e Cláusula Terceira da Minuta Contratual estabelecem o prazo de 60 dias corridos para o início da prestação do serviço contratado, já o item 9 do Anexo I e Cláusula Quinta da Minuta Contratual mencionam o prazo de 30 dias.

^[3] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 7ª ed. Dialética, 2000, p. 416



No entanto, tendo em vista a localidade e o serviço em si, por razões de ordem técnica e operacional, entende-se que o prazo que deve ser mantido é de 60 dias, para que a Contratada providencie a implantação do serviço.

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

Portanto, tendo em vista a contradição existente no que toca ao prazo para o início da prestação dos serviços é importante que seja estabelecido em todos os termos do Edital o prazo de 60 dias.

III. PEDIDO

Com o objetivo de que seja garantido o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi** solicita que V. S^a. julgue a presente Impugnação motivadamente e no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias no Edital e demais documentos indigitados, e sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Imbuia, 24 de agosto de 2018.


ALESSANDRA ROCHA ARAUJO
Especialista em Licitações

OI