



ILMO. SR. PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO - RR

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 10/2016

TELEMAR NORTE LESTE S/A., com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, simplesmente denominada **Oi** vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO - RR instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, sob o n.º 10/2016, visando a contratação de empresa especializada na prestação de SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO – STFC LOCAL , NACIONAL PARA A SEÇÃO JUDICIÁRIA DE RORAIMA. conforme especificações mínimas e quantidades estimadas constantes no Anexo I deste Edital .

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. Da Tarifação por Ramal

O item 4.5 do Termo de Referência prevê - Fornecer o demonstrativo de utilização dos serviços por ramal, bem como fornecer as faturas impressas no respectivo mês contendo o detalhamento das ligações;

Conforme exposto em outras licitações a demais órgãos da administração pública, o CONTRATANTE, ao adquirir sua central telefônica privativa (PABX), adquire também um software de bilhetagem/tarifação. Tal sistema é utilizado justamente para que o órgão possa analisar detalhadamente a utilização dos serviços por linha, ou ramal DDR, emitindo os relatórios necessários para tal análise.

Fazer tal exigência das operadoras, além de ser redundante, onera os custos da contratação, tendo-se em vista que as mesmas devem fazer elevados investimentos em infraestrutura para atender tal solicitação.

Desta maneira, visando não onerar a contratação com esta exigência redundante, informamos que tal exigência será atendida pelo sistema de bilhetagem/tarifação adquirido pela CONTRATANTE com a instalação do Software no equipamento PABX do cliente.

Solicitamos assim que seja retirado esse item do Termo de Referência e demais anexos do Edital.

Informamos ainda que todos os meses, será encaminhada a nota fiscal/fatura na qual constará inclusive o demonstrativo do faturamento. A fatura seja detalhada apenas pelo número chave (agrupado).



2. Vantagens do Mercado

O item 4.9 do Termo de Referência prevê – Por repassar à Contratante, durante o período de vigência do contrato, todos os preços e vantagens ofertadas ao mercado, inclusive os de horário reduzido, sempre que estes forem mais vantajosos do que os ofertados neste contrato;

Assegurar à Administração o repasse dos descontos e ofertas pecuniárias, com tratamento isonômico, quando fornecidos aos outros usuários com semelhante perfil de utilização de ligações telefônicas;

No entanto, a generalidade da previsão relativa às vantagens pretendidas, bem como à universalidade dos usuários, impede, de início, o seu cumprimento pela Contratada.

Com efeito, a exigência de repasse dos descontos e vantagens conferidos pela Contratada ao mercado em geral viola o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É inequívoco que o fato de tornar obrigatório que todos os preços e vantagens, sejam sempre repassados à Administração, ocasiona o impedimento, por parte da Contratante, de que seja elaborada uma oferta bem planejada, e que melhor atenda aos interesses da Administração Pública.

Tal conclusão se deve à impossibilidade de previsão, ainda que estimada, quanto aos descontos e promoções futuras, que são naturalmente oferecidas aos usuários que não são atendidos a partir de um processo licitatório, bem como, à diferenciação das premissas e condições de prestação do serviço aos diferentes usuários.

E não é só: a apresentação de uma proposta comercial a um órgão da Administração Pública, em virtude de procedimento licitatório, condiciona a oferta dos preços às necessidades e interesses da Contratante, conforme o perfil de tráfego e serviços desejados, previstos no ato convocatório. Sendo assim, não se pode afirmar que o oferecimento de descontos e vantagens aos usuários em geral será realizada nas mesmas condições comerciais enquadradas no ajuste a ser firmado em virtude de tal procedimento.

Assim, a prevalecerem os termos da exigência, inviável se mostrará sua execução fiel, motivo pelo qual requer seja excluído ou caso esta contratante não concorde, alterado o item em comento, para que se exija que a Contratada apenas repasse os descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da Contratante, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses forem mais vantajosos para esta contratante.



3. Do prazo de reparo

O item 4.14 do Termo de Referência prevê – Por atender prontamente, corrigindo no prazo máximo de 04 (quatro) horas após sua notificação, qualquer ocorrência de interrupção na prestação dos serviços contratados;

Diante disso, é mister trazer à baila a Resolução nº 605/2012, que estabelece o Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC – RGQ/STFC, *in verbis*:

“Art. 22. O atendimento das solicitações de reparo de acessos individuais deve se dar, no mínimo, em 98% (noventa e oito por cento) dos casos, nos seguintes prazos a partir da solicitação pelo usuário:

(...)

II - até 8 (oito) horas para a classe de assinantes não residenciais; e

(...)

Portanto, é patente que o período de reparo previsto no instrumento convocatório está em desacordo com o período estabelecido na Resolução nº 605/2012, posto que essa determina que o atendimento de reparo deve se dar em até 8 (oito) horas para o STFC, contadas da solicitação, para a classe de assinantes não residenciais.

Por outro lado, importante destacar, também, 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.



Ante o exposto, requer a alteração dos itens em comento, de forma que o período de reparo seja de até 8 horas, contados da solicitação, nos casos de serviço de STFC e de até 24 horas, também contados da solicitação, nos casos de serviço de SCM, nos termos das determinações da Agência Reguladora do Setor de Telecomunicações.

4. Multas

O item 6.8 do edital e anexo prevê - A inexecução parcial ou total deste instrumento por parte da Contratada poderá ensejar a rescisão contratual, com cancelamento do saldo de empenho e a aplicação da multa no percentual de 15% (quinze por cento) sobre a parte não entregue/executada ou sobre o valor total contratado, sem prejuízo de outras penalidades previstas no item 1.

O item 6.8 do Edital e anexos determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**”¹ (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o *quantum* a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.



9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.**”² (grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, **aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério**. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.**” (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o *quantum* referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação dos itens em comento, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.



5. Prazo de ativação

O item 1.2. da minuta prevê - Iniciar a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, na modalidade (LOCAL e LONGA DISTÂNCIA NACIONAL), no prazo máximo de 15 (quinze) dias corridos, contados da assinatura deste contrato;

Devido à complexidade técnica da solução solicitada pelo CONTRATANTE, e por se tratar de ponto novo haverá a necessidade implantação de projeto, uma vez que tal serviço implementará o projeto de infraestrutura com possível instalação de rede de acesso para serem atendidos, solicitamos uma flexibilização do prazo de instalação da seguinte forma:

Prazo de ativação de até 60 (Noventa) dias. Contados após a disponibilização por parte da contratante, dos requisitos mínimos de infraestrutura exigidos, quando for o caso, a serem indicados pela CONTRATADA.

Assim por se tratar de um serviço customizado projetado exclusivamente para atender as necessidades deste órgão, o mais Prudente seria estipular um maior prazo para entrega e ativação do circuito a fim de possibilitar, um projeto bem elaborado e garantir a ampla concorrência entre as operadoras além de garantir a boa relação entre contratante e contratada.

6. Sinalização PABX

Conforme informado no edital e anexo a contratante possui no órgão o equipamento PABX que já encontra – se instalado no local. Contudo para um dimensionamento do projeto é importante termos informação do modelo do PABX e o tipo de sinalização que é utilizada em todos os PABX do cliente. Devido a esse item é necessário que o cliente informe a o tipo de sinalização utilizada em seu PABX.

Assim solicitamos que o tipo de sinalização utilizada no **PABX da contratada seria R2-CAS ou ISDN.**

PEDIDO



Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi** requer que V. S^a julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Brasília / DF, 8 de Julho de 2016.