



ILMA. SRA. GLÁUCIA MARIA DE ARAÚJO RIBEIRO – PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO – PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS.

Ref. Impugnação aos termos do Edital do PREGÃO PRESENCIAL N.º. 010/2007 – CPL/MP/PGJ.

TELEMAR NORTE LESTE S/A, sociedade anônima prestadora de serviços de telecomunicações, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 33.000.118/0001-79, com sede à Rua General Polidoro nº. 99, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ, (“OI”) neste ato representado pelos procuradores legalmente constituídos, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de V. S^a., **IMPUGNAR** os termos do Edital em referência, pelas razões de fato e de Direito que a seguir passa a expor:

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Na expectativa de participar do certame em referência, a OI adquiriu o Edital que o rege, cujo objeto é a:

“1. DO OBJETO

1.1. O presente Pregão tem por objeto a contratação de pessoa jurídica de acesso contínuo através de circuito dedicado à rede mundial de computadores velocidade de 2Mbps e um link de dados de conectividade IP, ponto- velocidade de 256 KBPS para a Procuradoria Geral de Justiça do Estado especificações e condições constantes deste Edital e seus Anexos.”

Lamentavelmente, a OI tem este seu intento frustrado pelas inúmeras imperfeições postas no instrumento convocatório, contra as quais, com o devido respeito, ora se investe.



Os pontos a seguir descritos demonstram que da forma como se confeccionou o Edital e os instrumentos que o acompanham, os Licitantes encontrarão inúmeras dificuldades em participar de forma competitiva do certame, havendo a possibilidade de impedimento de disputarem o objeto deste Pregão, em contrariedade ao objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório.

Tal objetivo corresponde à obtenção da melhor proposta 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.

Além disso, o Edital traz tamanha gama de imprecisões e de incertezas que mesmo aquele que pretenda participar do pleito elaborará proposta de maneira insegura e inconsistente.

Vê-se então a OI obrigada a apresentar esta Impugnação, como forma de garantir a correta execução deste procedimento licitatório, em respeito estrito à legislação vigente, sob pena de impedir-se a participação de diversos interessados, diminuindo o número de possibilidades ofertadas à Administração, em prejuízo do Interesse público.

A respeito da necessidade de precisão do instrumento convocatório e de seus anexos, assim disciplina Marçal Justen Filho:

"A maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório. Não seria exagero afirmar que os equívocos na elaboração dos editais constituem-se em fatores muito mais prejudiciais do que as complexidades ou defeitos da Lei nº. 8.666.^{1}"*

DAS ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO INSTRUMENTO EDITALÍCIO E SEUS ANEXOS

- ***Das disposições gerais***

O item 16.6 do Edital determina que:

"16.6. Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, o Pregoeiro poderá fixar aos licitantes o prazo de 3 (três) dias úteis

¹ FILHO, Marçal Justen, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005. p. 384.



para apresentar nova documentação ou nova proposta escoimadas nas causas que ensejaram a inabilitação ou desclassificação das empresas." (grifo nosso).

Contudo, a Lei Geral de Licitações estabelece entendimento diverso quanto ao prazo a ser fixado para a apresentação de nova documentação ou proposta pelas licitantes:

"Art. 48. Serão desclassificadas:

(...)

§ 3 Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis." (grifo nosso).

Portanto o Edital fala em apenas **03 (três) dias úteis**, enquanto o artigo 48, §3º, da Lei n.º. 8.666/1993 estabelece o prazo de **08 (oito) dias** para a apresentação de nova documentação ou propostas caso todos os licitantes sejam inabilitados ou se todas as propostas forem desclassificadas.

Por esta razão, a OI solicita que V. Sª. providencie a correção do Edital, estabelecendo no item 16.6 que na hipótese de todos os licitantes serem inabilitados ou se todas as propostas forem desclassificadas, V. Sª. poderá fixar prazo de até 08 (oito) dias úteis.

- **Do pagamento**

- A Cláusula Décima Primeira da minuta contratual estabelece a realização do pagamento mensalmente, até o décimo dia da apresentação da nota fiscal ou fatura do serviço executado devidamente atestado pelo setor competente, por meio de depósito na conta-corrente da Contratada, através de ordem bancária.

Contudo, cabe informar que a OI juntamente com outras Operadoras, trabalha através do sistema de faturamento por Nota Fiscal/Fatura emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via única (modelo 22) de serviço de telecomunicações, conforme legislação da Secretaria de Fazenda.

Deste modo, não há como ser alterada a forma de faturamento a fim de atender aos interesses da Contratante, sob pena de ser dado um tratamento não isonômico e privilegiado a



essa Contratante, não obstante o entendimento de V. S^a. no sentido de que este procedimento já seria comum no mercado de prestação de serviços de telefonia.

Isso porque, a manutenção deste entendimento possui o condão de macular o teor dos princípios da isonomia e competitividade inerentes aos procedimentos licitatórios, podendo ainda vir a prejudicar o oferecimento de melhores ofertas por parte das licitantes interessadas, que, como visto, emitem suas faturas de forma diversa da pretendida pela Contratante.

Por essas razões, a OI a V. S^a. seja corrigido o instrumento editalício e seus anexos, para que dos mesmos conste a possibilidade de pagamento mediante código de barras, devendo ser complementados os referidos itens neste sentido.

• Como supramencionado, a cláusula décima primeira estabelece o preço e a forma de pagamento, estabelecendo, para as hipóteses de atraso no pagamento das parcelas devidas pela Contratante à Contratada, a atualização financeira pelo IGP-M (sendo que o **IGP-DI** é o índice utilizado para os serviços de telecomunicações), sendo omissa quanto aos juros de mora e à multa.

Isto afronta aos termos da Lei n.º. 8.666/93, em seus artigos 40, inciso XIV e 55, inciso III, que determina que estejam previstas na minuta contratual as penalidades e critérios de atualização financeira aplicáveis.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a execução do contrato administrativo nada mais é do que o cumprimento de suas cláusulas. ² Também na execução do contrato administrativo, as partes devem observar a boa-fé, seja pela aplicação supletiva do artigo 422 do Código Civil/2002, seja pelo que determina o *caput* do artigo 66 da Lei n.º. 8.666/1993, que menciona expressamente o dever de as partes cumprirem fielmente o contrato.

O artigo 66 da Lei n.º. 8.666/93 diz que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas legais, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução, total ou parcial.

Desta forma, o artigo não faz distinção entre a Contratante e o Contratado, uma vez que ambos são partes no contrato e, portanto, a ambos se aplicam, conseqüentemente, as normas pertinentes ao inadimplemento das obrigações pactuadas. A respeito das

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 186.



conseqüências do inadimplemento das obrigações contratuais, rege a matéria a Lei Geral de Licitações (LGT – lei n.º. 8.666,1993), assim como o Código Civil/2002.

A propósito, segundo o artigo 389 do Código Civil, se não for cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Quanto aos juros de mora, oportuno analisar o teor do artigo 406 do Código Civil/2002, juntamente com o artigo 161, §1º, do Código Tributário Nacional, segundo os quais:

“Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.” (grifo nosso).

Portanto, resta claro que o Edital e seus Anexos devem ser complementados, como ora solicita a OI a V. Sª. e sua Equipe de Apoio, para incluir a previsão de: a) Multa moratória de 2 % (dois por cento); b) Juros de 1% ao mês; e c) atualização monetária com base no índice IGP-DI.

• O parágrafo segundo da referida cláusula determina que o prazo de pagamento seja suspenso se os serviços não estiverem de acordo com as especificações estipuladas neste instrumento, casos em que o prazo de dez dias será contado a partir da efetiva regularização da Contratada.

Ocorre que, a minuta contratual estabelece a possibilidade de suspensão do prazo de pagamento caso os serviços não estejam de acordo com as estipulações editalícias, contudo, sem



determinar a possibilidade de ampla defesa pela Contratada, previamente à suspensão dos serviços.

Oportuno destacar que o direito à prévia e ampla defesa é garantido constitucionalmente, especificamente no artigo 5º, inciso LV, com base no qual, a Oi solicita a V. Sª. seja complementado este parágrafo segundo, garantindo-se a ampla defesa à Contratada, previamente à suspensão dos serviços por suposta inadequação às estipulações editalícias.

• **Do reajustamento**

Quanto ao reajuste dos preços, a Cláusula Décima Terceira da minuta contratual determina que:

"CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – DO REAJUSTAMENTO

O preço ora contratado não sofrerá reajustamento de qualquer espécie ou natureza durante todo o seu período de vigência, em conformidade com o disposto no parágrafo primeiro do artigo 28 da Lei nº 9.069, de 29/06/95, podendo, posteriormente ao referido prazo, ser reajustado pelo IGP-M/FGV, ou outro índice oficial que melhor reflita a variação monetária no período e/ou melhor espelhe o equilíbrio econômico-financeiro contratual, a critério da Administração." (grifo nosso).

Como o prazo de vigência contratual é de 12 (doze) meses, a minuta prevê corretamente que o reajuste incidirá após este período, porém, **equivoca-se somente quanto ao índice a ser aplicado, pois o IGP-DI é o índice que melhor reflete a variação dos insumos, sendo que, como acima transcrito, esta característica permite a substituição do IGP-M pelo IGP-DI.**

Desta forma, resta claro que o Edital e seus anexos devam ser alterados de maneira a incluir-se, desde já, a previsão abaixo, como ora a Oi solicita a V. Sª. com a republicação do Edital e designação de nova data para a realização do certame:

"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 (Índice Geral de Preços - Fundação Getúlio Vargas) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações."



• **Da Cláusula Essencial**

A Cláusula Vigésima Primeira da minuta contratual estabelece a impossibilidade de a Contratada apresentar a exceção de inadimplemento, como base a interrupção unilateral da prestação dos serviços, da seguinte forma:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMEIRA – DA CLÁUSULA ESSENCIAL

Constitui, também, Cláusula essencial do presente Contrato, de observância obrigatória por parte da CONTRATADA, a impossibilidade, perante o CONTRATANTE, da exceção de inadimplemento, como fundamento para a unilateral interrupção da prestação de serviços, exceto nos casos previstos na Lei n.º 8.666/93.

Parágrafo único. *A CONTRATADA obriga-se a manter durante toda a execução do contrato todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação." (grifo nosso).*

Contudo, a minuta prevê a possibilidade de a Contratada interromper unilateralmente a prestação dos serviços, utilizando-se da exceção de inadimplemento, nas hipóteses previstas na Lei n.º. 8.666/1993.

Dentre tais hipóteses, a Oi esclarece que o artigo 78, inciso XV, da Lei n.º. 8.666/1993 assim determina, quanto ao direito da Contratada de rescindir o contrato em caso de atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração Pública:

"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;"

Assim, a título de esclarecimento e para não haver dúvida quanto às hipóteses em que à Contratada é cabível rescindir unilateralmente o contrato por atraso no pagamento das parcelas devidas pela Contratante, a Oi solicita a V. Sª. seja Incluído na Cláusula Vigésima Primeira o artigo 78, inciso XV, da Lei n.º. 8.666/1993.



- **Da estimativa de preços/especificação técnica**

- O item 1 do Anexo I - Termo de Referência assim determina quanto à estimativa de preços/especificação técnica:

(...)

"Descrição Link de Internet 2Mbps:

- 1. implementação, operação e manutenção de um circuito de acesso, síncrono, dedicado à Internet, na velocidade de 2Mbps, (lê-se um megabyte) real de download e upload.*
- 2. Fornecimento de conectividade IP Internet Protocol - a 1 Mbps (velocidade fixa, full duplex, síncrona, simétrica e permanente) que suporte aplicações para a pilha de protocolos do protocolo TCP/IP e proveja o acesso à rede Internet.."*

Contudo, como pode ser observado, há divergência entre as velocidades dos dois subitens, pois um especifica a velocidade de 2Mbps, enquanto dois especifica a velocidade de 1Mbps.

Diante desta contrariedade entre as velocidades, o que dificulta o entendimento das licitantes quanto a todos os aspectos envolvendo esta contratação, a Oi solicita a V. S^a. seja esclarecida esta questão, republicando-se o Edital e designando-se nova data para a realização do certame.

- Ainda quanto ao mesmo item, consta o seguinte:

"O índice de latência, perda de pacotes e disponibilidade do serviço deverão atender, no máximo, aos valores expressos na tabela abaixo:

- 1. Latência - Máxima 110 ms*
- 2. Perda de Pacotes (%) - Máximo 1 %*
- 3. Disponibilidade (%) - Mínimo 99,5%*
- 4. Saltos (hops) - Máximo 2"*

Contudo, conforme exigido nos sub-itens 1 (um) e 2 (dois) acima, há restrições de uso de outras tecnologias de transmissão, como satélite, o que, devido às condições geográficas da região, é de uso comum e constante e com índices de desempenho e satisfação aceitáveis.



Tais exigências restringem a participação não só da Oi, como ainda, dos demais provedores de serviço, motivo pelo qual, visando aumentar a competitividade esperada do certame, a Oi solicita a V. S^a. seja excluída tal exigência, republicando-se o Edital e designando-se nova data para a realização do certame.

DO PEDIDO

Em razão do acima exposto, com o objetivo de que seja garantido o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi solicita que V. S^a. junto à Comissão de Licitação, com o devido respeito, acolham esta Impugnação, promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e dos demais documentos indigitados, promovendo sua conseqüente republicação e suspendendo a data de realização do certame.

Manaus, 22 de abril de 2008.

Nivaldo Rodrigues e Silva - PROCURADOR
Gerente de Conta
Identidade: 522539 - SSP/AM / CIC/MF: 14248298287
Tel.: (03192) 31316121/ Cel.: (03192) 88121843
nivaldo@oi.net.br

TELEMAR NORTE LESTE S.A.