



Ilmo. Sr. Pregoeiro do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 016/2014

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 de Justiça do Estado do Amazonas instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 015/2014, visando à *"contratação de empresa especializada na prestação, de forma contínua, dos serviços de comunicação de dados (Rede MAN) para interligação das Unidades descentralizadas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, dentro da Comarca de Manaus/AM, conforme especificações e condições definidas no Termo de Referência (Anexo V) 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. O IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO.

O item 3.1, alínea "d" do Edital veda a participação de empresas *em processo de fusão, cisão ou incorporação*.

O mesmo item também veda a participação de empresas em processo de liquidação, dissolução, recuperação judicial, recuperação extrajudicial, falência ou concordata. Nestes casos, percebe-se o racional que motiva a Administração. Ora, nos casos de *liquidação e dissolução*, a pessoa jurídica está findando/extinguindo suas atividades, logo a contratação de uma licitante nesta situação poderá gerar graves prejuízos para a Administração.

Os casos de *recuperação judicial, recuperação extrajudicial, falência ou concordata* também possuem a potencial capacidade de gerar graves prejuízos à Administração, pois pode ser que, ao fim do procedimento licitatório, ela não consiga obter os serviços desejados. Inclusive, para estes casos, a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de a Administração solicitar, como requisito de habilitação – qualificação econômico-financeira –, a apresentação de certidão negativa de falência e concordata.

Entretanto, não há razão nem embasamento legal para que a Administração inclua, em Edital de licitação, a vedação da participação de empresas *em processo de fusão, cisão ou incorporação*.

Vale mencionar, por oportuno, os conceitos legais (Lei nº 6.404/1976) de cada um destes tipos de movimentação societária:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.



§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; [...].

Nota-se que em todas estas movimentações societárias a Lei determina que a sociedade remanescente se responsabilize pelos deveres/obrigações assumidas pela Companhia originária. Dessa forma, não resta nenhum prejuízo para os contratantes e credores desta Companhia.

Ademais, não existe na Lei nº 8.666/93 ou em qualquer outro ato legislativo qualquer previsão que autorize a restrição ao direito de participar em licitações de empresas que estejam em movimentação societária nos tipos acima mencionados. Trata-se, assim, de previsão editalícia sem base na legalidade e na razoabilidade.

Por oportuno, vale salientar 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 como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade pessoal do administrador. Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção à supremacia do interesse público.

Vê-se, portanto, que qualquer ação que não esteja estritamente dentro da esfera legal deve ser desconsiderada e expurgada da esfera administrativa. É nesse sentido que se permite o afastamento de atos administrativos que não estejam em conformidade com a lei, pois "(...) só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei". (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18).

Vale destacar, por fim, que estas movimentações societárias são comuns na realidade do mercado mundial e brasileiro e, repita-se, a legislação salvaguarda todos os eventuais credores da Companhia.

Diante do exposto, a Oi requer a alteração do item 3.1, alínea "d" do Edital, para que seja retirada do Edital a vedação à participação de empresas *em processo de fusão, cisão ou incorporação*.

2. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

O item 15.3, alínea "a" do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa de débitos trabalhistas - CNDT.

Porém, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.

A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório.

Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente:

"Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;"

"Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

V – 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.º 5.452, de 1º de maio de 1943."

Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. Para sua expedição organizou-se o **Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT**, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Deste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de **execução trabalhista definitiva**.



As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011:

“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. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

§ 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.** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)” (grifo nosso)

Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

Não obstante, vê-se que a disposição do Edital fere não somente o texto legal mencionado, mas também o sentido intrínseco do dispositivo, ao não prever a possibilidade de regularização jurídica por parte das empresas licitantes por meio da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Tal determinação editalícia fere o caráter competitivo do certame no momento em que pode gerar a diminuição da participação de mais empresas na competição.

Ante o exposto, requer a adequação do item 15.3, alínea “a” do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.



3. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

O item 21.2, alínea "d" do Edital e o item 22.1 da Minuta do Contrato preveem, respectivamente que:

"ser responsável pelos danos causados ao Tribunal de Justiça do Amazonas ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo quando da execução do objeto desta licitação, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade em virtude da fiscalização ou do acompanhamento pela Contratada;"

"A Contratada é única, integral e exclusiva responsável por danos e prejuízos, de qualquer natureza, causados direta ou indiretamente ao Contratante ou a terceiros, provenientes da execução dos serviços, objeto deste Contrato, e quaisquer que tenham sido as medidas preventivas adotadas, respondendo por si e seus sucessores."

Insta esclarecer que a previsão contida no referido item é desproporcional, pois prevê que a Contratada deverá arcar com **QUALQUER perda ou prejuízo** sofrido pela Contratante.

Contudo, importante destacar que, 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)

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.”¹ (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 sejam alterados o item 21.2, alínea “d” do Edital e o item 22.1 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.

4. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



O item 13.1 da Minuta do Contrato estabelece que o pagamento deverá ser realizado por meio de crédito em conta corrente, mediante ordem bancária.

Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Qualquer outra forma de pagamento, como o depósito em conta corrente previsto no Edital, causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações contratada.

Ademais, a Oi utiliza o sistema de faturamento, por meio de Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via, modelo 22, em razão das várias vantagens que essa forma de pagamento proporciona.

Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 13.1 da Minuta do Contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.



5. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

Os itens 9.1, alínea “s” e suas sub-alíneas, 13.2, 13.3, 13.4 e 13.5 da Minuta do Contrato estabelecem que a Contratante deverá apresentar os comprovantes de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal.

Não obstante tal fato, é importante observar que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explica-se: as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias).

Assim, a apresentação mensal das referidas certidões foge dos padrões lógicos, visto que o prazo de validade das mesmas ultrapassa o período de trinta dias.

É de suma importância observar que não está se discutindo aqui a necessidade da manutenção dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Tal fato é inquestionável! O que se discute nesta análise é a desproporcionalidade e ilegalidade em exigir a apresentação mensal desses requisitos, principalmente, pelos mesmos possuírem período de vigência superior à 30 (trinta) dias.

Vale corroborar, que a Administração Pública possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Se a certidão informa que seu prazo de validade é de 120 dias, porque a contratada deverá apresentar a certidão mensalmente?

Carlos Ari Sundfeld, na obra “Fundamentos de Direito Público” afirma o seguinte acerca da proporcionalidade (fls. 165):

“A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir.”

Ora, o administrador está jungido ao Princípio da Legalidade, portanto, ao determinar obrigações que não possuem previsão legal, atua de forma desproporcional e irrazoável.



Para José dos Santos Carvalho Filho, "razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa"².

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

"O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger."³

Diante disso, requer a alteração dos itens 9.1, alínea "s" e suas sub-alíneas, 13.2, 13.3, 13.4 e 13.5 da Minuta do Contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

6. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 14.1 da Minuta do Contrato prevê que "*ocorrendo atraso no pagamento, e desde que tal não tenha concorrido de alguma forma a Contratada, haverá incidência de atualização monetária sobre o valor devido, pela variação acumulada no Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGPD-I), publicado pela Fundação Getúlio Vargas, ocorrida entre a data final prevista para o pagamento e a data de sua efetiva realização.*"

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.



âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial".

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.

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 14.1 da Minuta do Contrato, 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, calculada *pro rata die*, com base na variação do IGP-DI (FGV).

7. 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."⁴

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.*"

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.



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.

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 532, de 03 de agosto de 2009, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST.

Ante o exposto, requer a alteração do item 16.1 da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste “deverá” ocorrer e não “poderá”, mediante negociação das partes, sendo certo ainda, que o reajuste dos preços e das tarifas referentes ao SCM será realizado 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”.

8. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

O item 24.1, alínea “b.5” da Minuta do Contrato prevê que a multa deve incidir sobre o valor anual do contrato, no caso de inexecução parcial, o que demonstra uma aplicação desproporcional e irrazoável.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Para José dos Santos Carvalho Filho, *“razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”*⁵.

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

*“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”*⁶

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.”⁷

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.

Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.

Desta forma, requer a alteração do item 24.1, alínea "b.5" da Minuta do Contrato, para que a base de cálculo para a aplicação da, nesse caso, seja o valor mensal e não o valor total do contrato.

9. IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO

O item 26.1 da Minuta do Contrato não permite a Contratada subcontratar, ceder ou transferir a execução do objeto, ainda que parcial.

Não obstante, a subcontratação da atividade meio deve ser permitida.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação a redação do artigo 72 da Lei n.º 8.666/93:

"Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar **partes** da obra, **serviço** ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração." (grifo nosso)

Ora, além da Lei prever que a Administração permita ao ente privado, que queira contratar consigo, subcontratar apenas partes dos serviços, tem-se que essas fases ou etapas devem se remeter à atividade meio do serviço licitado, **sendo vedada a subcontratação do serviço todo ou a atividade fim que a Administração está a licitar**, tendo em vista a análise dos critérios de habilitação para que a Administração contrate um ente privado realmente idôneo.

Nesse sentido é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca da subcontratação:

"A hipótese torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de 'terceirização', que deriva dos princípios da especialização e da concentração das atividades. **Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.**". [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª edição, p.757] (grifamos)



Assim, está ratificada a impossibilidade da subcontratação, pela Contratada, de serviço ou atividade fim.

Neste diapasão, cumpre colacionar jurisprudência do TCU com o mesmo entendimento:

"É ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência." (Acórdão nº 3.475/2006, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer)

"(...) firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/96." (Acórdão nº 909/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

Ante o exposto, requer a adequação do item 26.1 da Minuta do Contrato para que seja vedada tão somente a subcontratação de serviço ou atividade fim pela Contratada, sendo permitido, por conseguinte, a subcontratação da atividade meio.

10. DOS ASPECTOS TÉCNICOS DO EDITAL

A empresa Oi na análise criteriosa do objeto a ser contratado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e suas especificações técnicas, entende que alguns aspectos devem ser revistos e readequados.

Diante de tal situação, passamos a expor as nossas razões.

10.1. Consta no item 3.9 do Termo de Referência o seguinte:

"3.9 A comunicação de um site será considerada "indisponível" quando ocorrer qualquer tipo de problema na rede de comunicação de dados nos



sítios que impeça a transmissão ou a recepção de pacotes através dela. **Também considerando os casos descritos nos itens 3.11, 3.12 e 3.13, ficando a CONTRATADA isenta de responsabilidade por indisponibilidades comprovadamente geradas por problemas oriundos das redes locais da CONTRATANTE.** (grifo nosso)

A Oi informa que variações que venham a ocorrer nos parâmetros dos itens grifados, e abaixo descritos, não necessariamente impedirão a transmissão ou a recepção da informação.

3.11 – Tempo de retardo de ida e volta (item 3.18.3 informa 30ms).

3.12 – Descarte de pacotes (item 3.19.2 informa 1%).

3.13 – Calculo da Indisponibilidade na ativação e desativação da porta de comunicação.

A Oi entende que estes parâmetros devem servir, exclusivamente, para avaliar o desempenho da rede e caso a comunicação esteja comprometida por um destes parâmetros, a CONTRATANTE deverá abrir uma reclamação no *Call Center* da CONTRATADA, pois qualquer sistema de Gerência Proativa somente entende que o serviço está indisponível quando a interface WAN está Down.

Pelo exposto a Oi solicita a RETIRADA do texto grifado no item 3.9

10.2. Consta no item 3.14 do Termo de Referência o seguinte:

“3.14 Mensalmente, a CONTRATADA deverá apresentar relatórios referentes aos períodos de indisponibilidade em cada uma das portas de comunicação dos sítios do TJAM. Nestes relatórios também deverão ser especificados os motivos de indisponibilidade cuja responsabilidade não recai sobre a CONTRATADA (ex: procedimentos locais, falta de fornecimento de energia de concessionária, desastres naturais, etc), devidamente respaldados por documentação comprobatória.” (grifo nosso)

A Oi informa que qualquer sistema de Gerência proativa fornece “RELATÓRIOS DE DESEMPENHO DE REDE”, que estarão disponíveis em portal WEB, e que estes relatórios quando informam “os motivos de indisponibilidade” é porque a interface WAN estava Down.

Pelo exposto a Oi solicita a EXCLUSÃO do item 3.14.



10.3. Consta no item 3.15 do Termo de Referência o seguinte:

“3.15. Nos relatórios (mencionados no item 3.14) serão detalhados o dia, o período e as causas de cada uma das indisponibilidades ocorridas, o somatório total em minutos de todas as ocorrências e o cálculo do “percentual de disponibilidade” correspondente ao período de faturamento: 30 (trinta) dias. Serão desconsideradas as ocorrências de indisponibilidade cuja responsabilidade não recaia sobre a CONTRATADA, desde que sejam respaldadas por documentação comprobatória.”

A Oi informa que ao solicitar a EXCLUSÃO do item 3.14 ao qual este item faz referência, não se justifica a manutenção do mesmo.

Pelo exposto a Oi solicita a EXCLUSÃO do item 3.15

10.4. Consta no item 3.17.3 do Termo de Referência o seguinte:

“3.17.3 Sempre que a CONTRATANTE julgar necessário, poderá ser solicitada a aferição da taxa de erros em bits de um determinado meio físico de transmissão da rede de acesso de qualquer um dos sítios da CONTRATANTE, através de equipamento de teste especializado. A CONTRATADA deverá atender a essas solicitações em no máximo 4 (quatro) horas para qualquer um dos sítios da CONTRATANTE, cabendo ainda á CONTRATADA divulgar posteriormente relatórios informando o valor das medições solicitadas.”

A Oi informa que o tempo de 4 (quatro) horas é exíguo, e considerando que será necessário o deslocamento de um técnico para aferição é indispensável a abertura de chamado no Call Center da CONTRATADA.

Pelo exposto a Oi solicita que o item 3.17.3 seja ALTERADO informando que o prazo para aferição seja de 24 (vinte e quatro) horas após a abertura de chamado no Call Center da CONTRATADA.



10.5. Consta no item 3.18.5 do Termo de Referência o seguinte:

“3.18.5 Para cada média de RTT acima do limite permitido obtida conforme o item 3.18.2 será computado o período de indisponibilidade de 5 (cinco) minutos na fórmula apresentada no item 3.5;” (grifo nosso)

A Oi informa que variações no Tempo de Retardo (RTT) não devem ser consideradas como “período de indisponibilidade”, salvo se a transmissão ou a recepção da informação seja comprometida. Neste sentido a Oi entende que a CONTRATANTE deverá abrir uma reclamação do Call Center da CONTRATADA, pois qualquer sistema de Gerência Proativa somente entende que o serviço está indisponível quando a interface WAN está Down.

Pelo exposto a Oi solicita a EXCLUSÃO do 3.18.5.

10.6. Consta no item 3.18.6 do Termo de Referência o seguinte:

“3.18.6 O valor das 288 (duzentas e oitenta e oito) médias diárias a que se refere o item 3.18.4 corresponde às 288 (duzentas e oitenta e oito) médias a serem obtidas a cada intervalo de 5 (cinco) minutos, todos os dias, durante a prestação de serviço pela CONTRATADA. As médias de RTT serão calculadas, portanto, em cada intervalo de 5 (cinco) minutos. Para cada média de RTT acima do limite serão computados 5 (cinco) minutos de indisponibilidade na fórmula do item 3.4;” (grifo nosso)

A Oi informa que variações no Tempo de Retardo (RTT) não devem ser consideradas como “período de indisponibilidade”, salvo se a transmissão ou a recepção da informação seja comprometida. Neste sentido a Oi entende que a CONTRATANTE deverá abrir uma reclamação do Call Center da CONTRATADA, pois qualquer sistema de Gerência Proativa somente entende que o serviço está indisponível quando a interface WAN está Down.

Pelo exposto a Oi solicita que o item 3.18.6 seja ALTERADO retirando o texto grifado.

10.7. Consta no item 3.18.7 do Termo de Referência o seguinte:

“3.18.7 A título de exemplo, caso ocorram 13 (treze) médias acima do limite máximo de RTT entre as 288 (duzentas e oitenta e oito) médias de um determinado dia, serão computados 65 minutos de indisponibilidade na fórmula do item 3.4.”



A Oi informa que variações no Tempo de Retardo (RTT) não devem ser consideradas como "período de indisponibilidade", pois qualquer sistema de Gerência Proativa somente entende que o serviço está indisponível quando a interface WAN está Down.

Pelo exposto a Oi solicita que a EXCLUSÃO do item 3.18.7.

10.8. Consta no item 3.19.4 do Termo de Referência o seguinte:

"3.19.4 Sempre que o percentual de descarte de pacotes ficar acima do limite máximo permitido, conforme especifica o item 3.19.2. será computado o período de indisponibilidade de 5 (cinco) minutos na fórmula apresentada no item 3.5." (grifo nosso)

A Oi informa que variações no Percentual de Descarte de Pacotes não devem ser consideradas como "período de indisponibilidade", salvo se a transmissão ou a recepção da informação seja comprometida. Neste sentido a Oi entende que a CONTRATANTE deverá abrir uma reclamação do Call Center da CONTRATADA, pois qualquer sistema de Gerência Proativa somente entende que o serviço está indisponível quando a interface WAN está Down.

Pelo exposto a Oi solicita a EXCLUSÃO do 3.19.4.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Telemar Norte Leste S.A** 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.

Manaus/AM, 25 de março de 2014.


Alexandre Magno de Almeida Araujo
ANL ENGENHARIA COMERCIAL
Oi Móvel: (92) 8801-0788


Raul Luiz Martins Peregrino
Executivo de Negócios
Oi Móvel: (92) 9603-0456