



Ilma. Sra. Thaís Fernandes Machado – Pregoeira – Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico Nº. 006/2011-TJAM

TELEMAR NORTE LESTE S/A sociedade anônima com sede à Rua General Polidoro, n.º 99, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/001-79 ("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:

Das razões de Impugnação

O Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas instaurou procedimento licitatório visando à contratação de empresa especializada na prestação, de forma contínua, dos serviços de comunicação de dados (Rede MAN) para interligação das Unidades do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, dentro da Comarca de Manaus/AM, conforme especificações constantes no Termo de Referência (Anexo I) do 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.

Das alterações a serem feitas no Edital e seus anexos

- **Da inconstitucionalidade do "juízo de admissibilidade"**

O item 16.5 do Edital determina que a Pregoeira examine a intenção de recurso, aceitando-a ou motivadamente rejeitando-a em campo próprio do sistema. Esta possibilidade de a Pregoeira aceitar ou não a intenção da licitante de recorrer corresponde ao que a doutrina chama de Juízo de Admissibilidade.

A respeito do juízo de admissibilidade, no Relatório objeto do Acórdão 1168/2009 – Plenário do Tribunal de Contas da União determinou-se que tal juízo não encontra guarida na lei, representando verdadeiro **cerceamento ao direito das licitantes de interpor seus recursos administrativos**:

"5.5.1 A fase de "juízo de admissibilidade do recurso efetuada pelo pregoeiro", e da qual o possível recurso não tem efeito suspensivo para o pregão, não está prevista na Lei 10.520/2002, no Decreto 5.450/2005 ou na Lei 8.666/93. (...)

5.5.3 A inserção dessa fase preliminar ao recurso fere o princípio da legalidade que se aplica à Administração Federal, inscrito no art. 37, caput, da Constituição Federal, por falta de previsão nos normativos que regulam o pregão.

5.5.4 E, como discutido nos parágrafos anteriores desta instrução, somente por lei ordinária podem ser criadas normas sobre licitações de todas as modalidades (do item 4.2.8 ao item 4.2.24 desta instrução). Se o decreto não é meio competente para criar regras para o pregão, o edital é meio menos idôneo ainda para inserir novas normas no mundo jurídico.

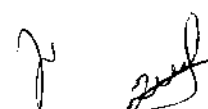
5.5.5 Destaque-se que aferir competência ao pregoeiro para exarar um juízo de admissibilidade aos recursos administrativos ao arrepio da lei afronta o artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

XXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção. (grifo nosso) (...).

5.5.8 Na prática, a criação pelo Serpro de uma fase anterior ao recebimento dos recursos administrativos no pregão cerceia o direito dos licitantes de os interpor, previsto no art. 4º, inciso XXVIII, da Lei 10.520/2002, pois cria um obstáculo ilegal, totalmente arbitrário, e que pode levar à inutilidade do recurso". (grifo nosso).

A partir deste Relatório, conforme Acórdão o Tribunal de Contas da União determinou ao que se absteresse de incluir em Editais de licitação o juízo de admissibilidade aos recursos





administrativos, por contrariar os termos da lei 10.520/2002, do decreto 5.450/2005 e da lei 8.666/1993, além de ofender o Princípio da Legalidade, vejamos:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente denúncia com fulcro no art. 235 do RI/TCU para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar ao Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro que: (...)

9.2.3. **se abstenha de incluir em editais de licitação juízo de admissibilidade aos recursos administrativos, cujo processamento não tenha efeito suspensivo, por contrariar a Lei 10.520/2002, e o Decreto 5.450/2005 e a Lei 8.666/93, bem como por ofender o princípio da legalidade, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal:**”(grifo nosso).

Por estas razões, a Oi requer seja alterado o item 13.1.1 do Edital e excluída a possibilidade de o Pregoeiro julgar a intenção de recorrer apresentada pela licitante e impedi-la de recorrer caso o Pregoeiro não concorde com a intenção manifestada previamente pela licitante.

- **Das condições de pagamento**

- Estipula o item 24.1 do Edital, bem como o item 14.1 da minuta de contrato, que o pagamento será efetuado mensalmente à Contratada em até 10 dias úteis contados do recebimento da Nota Fiscal/Fatura.

A Oi esclarece que trabalha com o sistema de faturamento por Nota Fiscal/Fatura emitida com código de barras para pagamento, sistema este conhecido e aprovado pela ANATEL e que garante a baixa automática das faturas no sistema da empresa em 05 (cinco) dias úteis após o pagamento.

Por tais razões, a Oi requer a adequação do item 24.1 do Edital e do item 14.1 da minuta de contrato para que seja adotada para o pagamento a forma de faturamento mediante Nota Fiscal/Fatura de Serviços de Telecomunicações com código de barras.

- O item 15.1 da Minuta de Contrato do Edital estabelece que:

“Ocorrendo atraso no pagamento, e desde que para tal não tenha concorrido de alguma forma a CONTRATADA, haverá incidência de atualização monetária sobre o valor devido, pela variação acumulada do Índice Geral de Preços-Disponibilidade Interna (IGP-DI), publicado pela Fundação Getúlio Vargas, ocorrida entre a data final prevista para o pagamento e a data de sua efetiva realização”.

Da leitura do mencionado item, verifica-se que ainda que haja previsão de incidência de correção monetária sobre os valores pagos em atraso, não há qualquer previsão quanto à incidência dos demais encargos decorrentes da mora, especificamente, a aplicação de juros e de multa.

Com efeito, a mora - registra Maria Helena Diniz - possui os seguintes efeitos jurídicos: "1º) responsabilidade do devedor pelos prejuízos causados pela mora ao credor, mediante pagamento de juros moratórios legais ou convencionais; indenização de lucro cessante...; reembolso das despesas efetuadas em consequência da mora; satisfação da cláusula penal, resultante, pleno iure, do não-pagamento" (in Curso de Direito Civil Brasileiro, páginas 363 e 364).

Quanto aos juros moratórios, a autora elucida ainda que "constituem pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação, atuando como se fosse uma indenização pelo retardamento no adimplemento da obrigação". (in Curso de Direito Civil Brasileiro, página 369).

A Lei nº 8.666/1993 estabelece que aos contratos administrativos aplicam-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos, conforme revela o art. 54. E o art. 66 do mesmo diploma legal destaca a responsabilidade atribuível a cada parte quando da execução do contrato.

A Oi requer a alteração do item 15.1 da Minuta de Contrato do Edital, para constar que o não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento sujeitará o Contratante à incidência de multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGP-DI.

- **Do reajuste de preços**

O item 17.1 da Minuta de contrato do Edital estabelece que "Os preços dos serviços poderão ser reajustados, mediante negociação entre as partes e a formalização do pedido pela CONTRATADA, tendo como limite a variação do IGP-DI/FGV ocorrida nos últimos 12 (doze) meses, constados da apresentação da proposta comercial ou do último reajuste, conforme o caso."

Embora correta a indicação do período de 12 meses para reajuste, o índice a ser considerado para o reajuste de preços para SCM deverá ser o IST.

Em contratos com prazo de duração igual ou superior a um ano é admitida cláusula com previsão de reajuste de preços ou correção monetária, assim, resta claro que o item 17/1 da minuta de contrato deve ser alterada para incluir-se a previsão abaixo, como a Oi ora requer:

"Os preços serão reajustados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, conforme variação do IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de



telecomunicações, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, levando em consideração a data base estipulada na proposta/contrato”.

- **Da comprovação de regularidade fiscal como condição de pagamento**

O item 24.2 do Edital, bem como os itens 10.1, alínea “u”, e 14.2 da minuta de contrato, exigem que a Contratada encaminhe a contratante, até o 5º dia útil do mês subsequente à prestação do serviço, a Nota Fiscal/Fatura acompanhada dos documentos previstos no subitem 10.1, alínea “u”, do Termo Contrato, bem como das certidões que comprovem a regularidade fiscal e Documento de Arrecadação – DAR pago, a fim de que sejam adotadas as medidas inerentes ao pagamento.

Ou seja, para que seja realizado o pagamento deverá ser comprovada a manutenção das condições iniciais de habilitação referentes à regularidade da empresa Contratada.

A Oi não questiona a obrigação da Contratada de manter as condições de habilitação durante o prazo de vigência do contrato.

O que se questiona é que a realização dos pagamentos devidos pela Contratante à Contratada esteja condicionada à comprovação de sua regularidade fiscal, pois tal previsão não consta do artigo 87 da Lei 8.666/1993, que versa sobre as penalidades aplicáveis à Contratada por descumprimento:

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

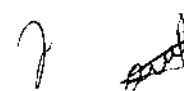
I - advertência;

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

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

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

O referido artigo nada estabelece quanto à retenção de pagamentos por descumprimento contratual, não sendo possível à Contratante aplicar a referida sanção à Contratada, sob o risco de violação ao princípio da legalidade.



Inclusive, corroborando o entendimento ora apresentado, cabe analisar a resposta abaixo apresentada pelo Colendo Tribunal de Contas do Maranhão em resposta à impugnação aos termos do Edital de Licitação do Pregão Eletrônico 023/2009.

Conforme abaixo, é reiterado **não haver no art. 195, §3º, da Constituição Federal previsão “que aduza à retenção do pagamento devido à contratada pelos serviços devidamente prestados, caso não seja comprovada a regularidade com o sistema da seguridade social”**, vejamos:

4 – Dos documentos suportes para cobrança – A Impugnante contesta o item 20.6 do Edital e a Cláusula Nona, parágrafo quarto da Minuta do Contrato que prevêem que “caso os documentos comprobatórios da regularidade fiscal da Contratada estejam vencidos, o pagamento ficará retido até a apresentação de novos documentos dentro do prazo legal”.

De acordo com o § 3º do artigo 195 da Constituição Federal condiciona-se a capacidade de contratar com o Poder Público à comprovação de regularidade com o sistema de seguridade social. De fato, não há nada no dispositivo legal citado que aduza à retenção do pagamento devido à contratada pelos serviços devidamente prestados, caso não seja comprovada a regularidade com o sistema de seguridade social.

A Oi requer a modificação do O item 24.2 do Edital, bem como os itens 10.1, alínea “u”, e 14.2 da minuta de contrato para que caiba ao TJ/AM consultar a situação fiscal da Contratada pelo SICAF, e sem que a Contratada esteja obrigada a mensalmente anexar tais comprovantes ao documento de cobrança.

A Oi requer ainda seja estes mesmos item sejam alterados para prever expressamente que o pagamento não estará condicionado à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.

- **Do excesso na aplicação de sanções**

- Estabelece o item 5, alínea “c”, do Anexo I do Edital que em razão do descumprimento de obrigações contratuais será possível a este Tribunal aplicar à Contratada a penalidade de “Suspensão temporária de participar de licitações e impedimento de contratar com a Administração Pública”.

Ocorre, todavia, que o art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, e o art. 14 do Decreto nº 3.555/2000 prevêem a possibilidade de aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, não se podendo confundir os conceitos de “Administração” e “Administração Pública”.



Esclareça-se, neste aspecto, que a “Administração”, nos termos do disposto no art. 6º, inciso XII, da Lei nº 8.666/1993, deve ser entendida como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a “Administração Pública” opera e atua de forma concreta.

A “Administração Pública”, por sua vez, nos termos do art. 6º, inciso XI, do mesmo diploma legal, deve ser tida como sendo a universalidade dos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Dito desta forma verifica-se que a restrição ao direito de licitar deve se estender tão somente ao órgão aplicador da sanção e não a toda a “Administração Pública”.

Neste sentido já manifestou seu entendimento o Plenário do Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão 352/1998, ao ratificar o entendimento da SECEX de que a sanção em questão está adstrita ao órgão que a aplicou, nos seguintes termos:

“3. Sobre o tema, compartilho da opinião da SECEX de que a sanção de que se trata está adstrita ao órgão que a aplicou, pelas seguintes razões. (...) O inciso III prevê a ‘suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos’. Já o inciso IV possibilita a aplicação de sanção ainda mais grave, qual seja: a ‘declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade’. 3.2. De imediato, observa-se que o legislador faz distinção entre Administração e Administração Pública quando se refere à abrangência das respectivas sanções. Desta forma, segundo os referidos dispositivos, o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está adstrito à Administração, assim entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o ‘órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente’. Por outro lado, a declaração de inidoneidade, por ser de natureza mais grave, estende-se a toda a Administração Pública, definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 6º, inciso XI)”.

No mesmo sentido, novamente o Tribunal de Contas da União, sedimentando seu entendimento, in verbis:

“Suspensão – efeitos:

TCU decidiu: “O impedimento de licitar ou contratar com alguém penalizado com a sanção do art. 87, inciso III, restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção.” (TCU, processo nº 016.737/1999-7, decisão no 36/2001, plenário)

O mesmo entendimento é adotado pelo Ministério Público da União e do Distrito Federal:





Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Amazonas Digital S/A, CNPJ nº 04.644.662/0001-55, com base no artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 058/DAA/DG/MPDFT/2000, conforme processo nº 08190.114653/03-21. Data da Publicação: 21/01/2004.

Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Computarelli Computadores, Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 37.978.202/0001-12, com base nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 025/DAA/DG/MPDFT/2002, conforme processo nº 08190.111840/03-62. Data da Publicação: 21/01/2004.

Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Computarelli Computadores, Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 37.978.202/0001-12, com base nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 059/DAA/DG/MPDFT/2000, conforme processo nº 08190.111838/03-11. Data da Publicação: 21/01/2004.

Espécie: Suspensão e Multa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios torna público que, por ato do Diretor-Geral Substituto, resolveu aplicar à empresa Computarelli Computadores, Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 37.978.202/0001-12, com base nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, a sanção de suspensão de licitar/contratar com o MPDFT pelo período de 2 (dois) anos, a contar de 13/01/2004, e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global atualizado do contrato com o MPDFT tendo em vista o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato 080/DAA/DG/MPDFT/2002, conforme processo nº 08190.111839/03-83. Data da Publicação: 21/01/2004.

Diante do acima exposto, considerando que a penalidade deverá estar restrita ao Órgão que a aplicou, o item 5, alínea "c", do Anexo I do Edital deve ter sua redação alterada para expressamente estabelecer que a punição aplicada restringir-se-á apenas ao Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

- Os itens 26.1, alíneas "b3" a b5" do Edital e o item 25.1 alíneas "b3" a b5" de Contrato determinam as multas que poderão ser aplicadas à Contratante da seguinte forma:

"26.1 - Com fundamento no art. 7º, da Lei nº 10.520/2002 e nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, a CONTRATADA ficará sujeita, no caso de atraso injustificado, assim considerado pela Administração da CONTRATANTE, de inexecução parcial ou de inexecução total da obrigação, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal, assegurada a prévia e ampla defesa, às seguintes penalidades:

a) Advertência por escrito;

b) Multa de:

b.1) 0,1% (um décimo por cento) calculado sobre o valor mensal do Contrato, nos casos em que a CONTRATADA:

b.1.1) permitir a presença no local da prestação dos serviços, de funcionário mal apresentado, com roupa suja ou sem portar o crachá e/ou uniforme. Aplicada por profissional e por ocorrência;

b.1.2) não substituir o profissional que apresente conduta inconveniente. Aplicada por profissional e por dia.

b.2) 0,5% (cinco décimos por cento) calculado sobre o valor mensal do Contrato, nos casos em que a CONTRATADA:

b.2.1) recusar-se a executar serviço determinado pela fiscalização. Aplicada por ocorrência e por dia;

b.2.2) deixar de cumprir determinação formal ou instrução complementar do órgão fiscalizador. Aplicada por ocorrência.

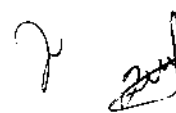
b.3) 2,0% (dois por cento) calculado sobre o valor anual do Contrato, no caso de suspensão ou interrupção dos serviços contratados, salvo por motivo de força maior ou caso fortuito. Aplicada por dia;

b.4) 2,0% (dois por cento) calculado sobre o valor anual do Contrato, no caso de permitir situação que crie a possibilidade de causar dano físico, lesão corporal ou consequência letal nas dependências do CONTRATANTE. Aplicada por ocorrência;

b.5) 0,5% (cinco décimos por cento) ao dia sobre o valor anual do Contrato, no caso de atraso injustificado para atendimento dos prazos estabelecidos pela Administração da CONTRATANTE para apresentação de documentos, limitada a incidência a 05 (cinco) dias;

b.6) 1,0% (um por cento) calculado sobre o valor mensal do Contrato, no caso de atraso nos prazos previstos na Seção 4 do Termo de Referência. Aplicada por dia;"

Por seu turno, os itens 26.8 e 26.10 do Edital bem como os itens 5.1.2 e 5.2.5 do Anexo I e itens 25.8 e 25.10 da minuta de contrato impõe os percentuais de multa.



"26.8 As multas serão acumuladas dentro de cada mês e não excederão a 30% (trinta por cento) do valor mensal contratado, exceto as multas aplicadas aos casos de descumprimento total da obrigação.

"26.10 O descumprimento do prazo de retirada da nota de empenho, ou a recusa em aceitá-la implicará na cobrança de multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor do contrato ou da nota de empenho e no impedimento para contratar com o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas por período de até 05 (cinco) anos, a critério da administração da CONTRATANTE.

5.1.2 Na hipótese mencionada no item 5.1.1, o atraso injustificado por período superior a 60 (sessenta) dias caracterizará o descumprimento total da obrigação, punível com as sanções previstas nas alíneas c e d do caput desta cláusula, bem como implicará multa correspondente ao 30% (trinta por cento) calculada sobre o valor total do contrato. O atraso na apresentação dos relatórios previstos neste Termo de Referência implicará multa correspondente a 0,025% (vinte e cinco milésimos por cento) por dia de atraso, calculada sobre o valor mensal do contrato, para cada relatório;

5.2.5 O descumprimento do prazo de retirada da nota de empenho, ou a recusa em aceitá-la implicará na cobrança de multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor do contrato ou da nota de empenho e no impedimento para contratar com o TJAM por período de até 5 (cinco) anos, a critério da administração do TJAM.

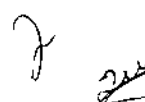
25.8. As multas serão acumuladas dentro de cada mês e não excederão a 30% (trinta por cento) do valor mensal contratado, exceto as multas aplicadas aos casos de descumprimento total da obrigação.

25.10. O descumprimento do prazo de retirada da nota de empenho, ou a recusa em aceitá-la implicará na cobrança de multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor do contrato ou da nota de empenho e no impedimento para contratar com o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas por período de até 05 (cinco) anos, a critério da administração da CONTRATANTE."

Com efeito, as previsões das cláusulas acima superam o teto máximo de 10%, estipulado tanto pelo Decreto n.º 22.626/33 (ainda em vigor) como pela Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), e aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração pública.

Deve-se frisar que, ainda que não conste na Lei n.º 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem os elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal.

Assim, não é possível à Contratante desconsiderar regulação específica que veda o locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas. Daí a remissão ao Decreto n.º 22.626, que é aplicável a qualquer contrato, conforme explanado.



Não há que se falar em inaplicabilidade do referido Decreto, mesmo porque a vedação à instituição de cláusula penal superior a 10% do total da dívida é cabível a quaisquer contratos firmados (inclusive os do sistema financeiro).

Desta forma, a aplicação do percentual descrito acima se mostra desarrazoada, além de desproporcional e descabida, podendo redundar em locupletamento indevido da outra parte; sagra-se, pois, patente a redução de tais valores para que o limite de 10% seja efetivamente implementado na minuta de Contrato.

De todo o exposto, é irrefutável que as penalidades constantes nos itens acima transcritos estão em desacordo com a realidade fática e com a legislação vigente.

Por estas razões a Oi requer a adequação dos itens acima mencionados para enquadrar-se à realidade do setor, (i) reduzindo o percentual de multa a ser aplicado para 10%, (ii) na hipótese de inexecução parcial este percentual deverá ser calculado sobre o valor da parcela do serviço em atraso ou sobre o valor da fatura mensal dos serviços contratados.

- **Do prazo para envio da proposta e documentos via fax**

Estabelecem os itens 13.1 e 15.5 do Edital, respectivamente, que:

“13.1 - A Pregoeira fixará prazo de 60 (sessenta) minutos para reenvio da proposta de preço adequada ao último lance, preferencialmente por meio da opção “Enviar Anexo” do sistema Comprasnet, ou para o endereço eletrônico cpl@tjam.jus.br, ou ainda via fax, para os números 92 2129-6744/6743.”

“15.5 - Os documentos que não estejam contemplados no SICAF deverão ser remetidos via fax, para o número (92) 2129-6744/6743, ou para o endereço eletrônico cpl@tjam.jus.br, no prazo de 60 (sessenta) minutos, contado da solicitação da Pregoeira.”

Ocorre, todavia, que o prazo estabelecido no edital se mostra exíguo e poderá prejudicar a operadora Contratante.

Para evitar eventual prejuízo às participantes do certame, a Oi requer sejam alterados os itens acima para que conste que o prazo para encaminhamento via fax da proposta e dos documentos será de 2 (duas) horas.

Handwritten signature and initials.

- **Dos acréscimos e supressões ao valor contratado**

O item 10.1, alíneas "j" e "k", da Minuta de Contrato anexa ao Edital, ao tratar de eventuais acréscimos nos serviços licitados assim dispõem:

"j - A infraestrutura metropolitana de comunicação de dados da CONTRATADA deverá ser redimensionada e preparada para suportar os serviços adicionais solicitados ou aprovados pela CONTRATANTE, garantindo os níveis de desempenho especificados no Termo de Referência para todos os serviços, nas seguintes situações:

j.1) Solicitação ou aprovação, pela CONTRATANTE, de alteração de taxas de transmissão. A CONTRATADA deverá garantir o aumento de no mínimo 50% (cinquenta por cento) da taxa de transmissão, caso a CONTRATANTE julgue necessário aditar o contrato;

j.2) Solicitação eventual, pela CONTRATANTE, de serviços para um novo sítio não contemplado na relação de sítios listados no subitem 7.3 deste contrato, conforme subitem 1.6 do Anexo Técnico do Termo de Referência.

k - Comprometer-se com o atendimento eventual de futuros sítios, a critério da CONTRATANTE, nas mesmas condições técnicas de preços oferecidos à CONTRATANTE para o objeto deste contrato. O ônus do redimensionamento e da preparação da infraestrutura deverá ser proporcional ao acordado para a infraestrutura inicial;"

As alíneas "j" e "k", como se vê, não indicam expressamente os limites para eventuais acréscimos ou supressões nos serviços licitados. Há apenas no subitem "j.1" a indicação de um aumento mínimo da 50% da taxa de transmissão, "caso a contratante julgue necessário aditar o contrato", ou seja, por decisão unilateral da Administração.

As hipóteses de acréscimos ou supressões unilateralmente determinadas pela Administração, A Oi lembra que em respeito ao Princípio da legalidade – de observância obrigatória em toda e qualquer licitação – as alterações às condições contratuais inicialmente pactuadas estão condicionadas à observância dos requisitos previstos no art. 65 da lei 8.666/1993.

Em especial, a Oi destaca o §1º do mesmo artigo, que identifica a limitação da responsabilidade do Contratado aos acréscimos e supressões requeridos pelo órgão contratante nos serviços, **em relação ao valor original do contrato:**

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; (...)

II - por acordo das partes: (...)



b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; (...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos." (grifo nosso).

Para que a Contratada não seja injustamente penalizada por descumprimento contratual, a Oi requer que o item 10.1, alíneas "j" e "k", da Minuta de Contrato sejam alterados para prever expressamente que as alterações das condições contratuais observem sempre as regras e condições do art. 65 da lei 8.666/1993.

- **Dos limites à responsabilidade da Contratada**

Ao tratar da responsabilidade da licitante contratada o item 23.1 da minuta de Contrato anexa ao Edital determina que a:

"CONTRATADA é única, integral e exclusiva responsável, em qualquer caso, por todos os 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".

Referida disposição contratual, diante de seus termos, impõem à contratada a responsabilidade "integral e exclusiva", "em qualquer caso" (ou seja, independentemente de sua culpa ou concorrência para o evento danoso), por danos ou prejuízos de qualquer natureza "causados direta ou indiretamente ao contratante".

Novamente, contudo, a disposição contratual colide com as normas legais pertinentes, pois restou ofendido pela disposição contratual em comento o artigo 70 da Lei nº 8.666/1993 que limita a responsabilidade da licitante contratada aos "danos causados diretamente à Administração" e desde que "decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato":

"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."

Deve a disposição contratual ora em comento, portanto, sob pena de restar maculada por ilegalidade, ser adequada aos termos do artigo 70 da Lei nº 8.666/1993, como a Oi ora requer.



- **Da necessária revisão do item 6.2 do Edital**

O item 6.2 do Edital estabelece que o "licitante deverá consignar, na forma expressa no sistema eletrônico, o valor ofertado para o item, já considerados e inclusos todos os tributos, fretes, tarifas e demais despesas decorrentes da execução do objeto."

Ocorre, entretanto, que não há campo específico no sistema comprasnet para tal espécie de registro, circunstância esta que torna o item do Edital em questão inexecutável.

Para sanar tal inconsistência do Edital, a Oi que referido item do Edital seja revisto e alterado para que reste determinado aos licitantes que "o valor ofertado para o item, já considerados e inclusos todos os tributos, fretes, tarifas e demais despesas decorrentes da execução do objeto" deverá restar consignado na proposta comercial e não diretamente no sistema comprasnet.

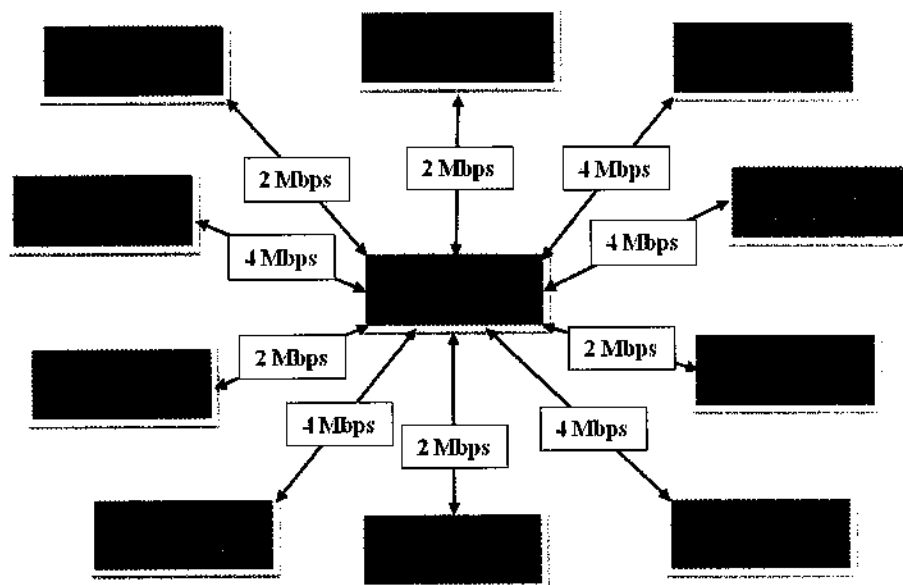
- **Das especificações dos serviços**

- Consta no Termo de Referência, nos itens descritos abaixo, que a Rede de Dados que está sendo contratada deve ter links dedicados em fibra óptica com total disponibilidade da banda contratada e implementada com circuitos ponto-a-ponto, conforme topologia fornecida neste Termo de Referência:

"3.1A rede corporativa do TJAM deverá ser formada por uma rede dedicada via fibra óptica para garantia de privacidade, inviolabilidade, integridade dos dados, com total visibilidade implementada através de roteadores (veja também o item 1 do Anexo Técnico) em cada sítio, conforme o diagrama de implantação da figura abaixo;" (grifo nosso)

"3.4.5As bandas mínimas garantidas dos níveis de serviços dos sítios, conforme especificados no item 3.3 deverão, durante a vigência do contrato, estar disponíveis em sua totalidade." (grifo nosso)

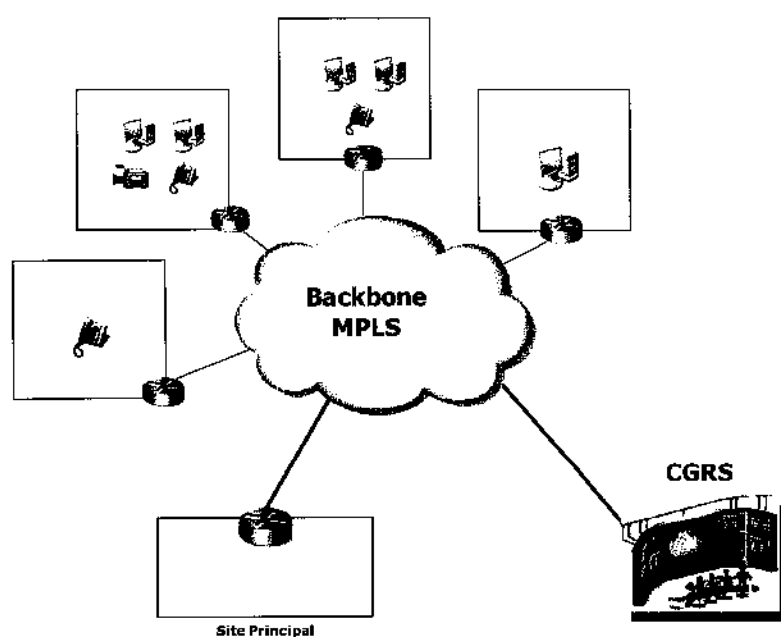




No item 3.21, subitem 3.21.1, descrito abaixo, este Tribunal de Justiça exige da CONTRATADA o fornecimento de "classes de serviços" a fim de priorizar o tráfego da Rede.

"3.21.1 Os diferentes tipos de serviço que tráfegarão pela rede corporativa do TJAM serão associados a uma das 5 (cinco) classes definidas no Quadro abaixo." (grifo nosso)

A Oi informa que esta exigência não pode ser atendida por uma Rede com links dedicados ponto-a-ponto, conforme solicitado neste Termo de Referência. Esta facilidade técnica somente está disponível no padrão MPLS (Multi Protocol Label Switching), cuja topologia de rede exemplifica-se abaixo.





Ante estas considerações, mediante a republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame a Oi requer que o referido Termo de Referência seja ALTERADO, considerando o atendimento da Rede de Dados do Tribunal de Justiça no padrão MPLS.

- Consta no Termo de Referência, no item 3.4.9 alínea "f", descrito abaixo, a exigência de capacitação dos técnicos do Tribunal de Justiça para configurar e gerenciar equipamentos.

"3.4.9 Quanto aos serviços, a CONTRATADA deverá:

f) Capacitar a equipe da CONTRATANTE para configurar e gerenciar os equipamentos e meios infraestruturais para sua MAN;"

A Oi informa que por questões de segurança e para poder garantir o funcionamento dos circuitos não se faz possível a disponibilização do acesso à configuração e gerência dos equipamentos, devendo esta exigência ser excluída, para não comprometer a participação competitiva das Operadoras, como a Oi ora requer.

- Consta no Termo de Referência item 3.6, descrito abaixo, a exigência de resolução de problemas nos circuitos em no máximo 4 (quatro) horas: "3.6 Os prazos para resolução de problemas para cada um dos sítios deverá ser de no máximo 4 (quatro) horas;"

A Oi solicita que o referido item seja alterado, conforme sugestão a seguir, considerando que o prazo será contabilizado após a abertura de chamado no callcenter da Contratada:

"3.6 Os prazos para resolução de problemas para cada um dos sítios deverá ser de no máximo 4 (quatro) horas, após a abertura de chamado no callcenter da CONTRATADA;"

- Constam também no Termo de Referência os itens descritos abaixo, que tratam de procedimentos para definir períodos de indisponibilidades do serviço, bem como a metodologia para cálculo do índice de disponibilidade total mensal dos circuitos:

"3.10 Os intervalos de tempo em que qualquer enlace integrante da rede de acesso aos sítios do TJAM apresentarem aferições da taxa erros em bits superiores ao valor especificado no item 3.17.2, serão considerados como períodos de indisponibilidade."

"3.11 Os intervalos de tempo em que a porta de comunicação dos sítios do TJAM apresentarem aferições do tempo de retardo de ida e volta superiores ao valor especificado no item 3.18.3, serão considerados como períodos de indisponibilidade." (grifo nosso)

7



"3.12 Os intervalos de tempo em que qualquer enlace integrante da rede de acesso dos sítios do TJAM apresentarem aferições do percentual de descarte de pacotes superiores ao valor especificado no item 3.19.2 serão considerados como períodos de indisponibilidade." (grifo nosso)

"3.13 Para o cálculo do índice de disponibilidade, nos meses de ativação e de desativação da porta de comunicação, o 'Tempo Total Mensal' será calculado a partir do total de dias da prestação do serviço expresso em minutos, considerando-se o mês comercial de 30 dias. Para os outros meses, o valor do Tempo Total Mensal será sempre igual a 43.200 (quarenta e três mil e duzentos) minutos." (grifo nosso)

"3.16 Alterações nos índices de disponibilidade, identificadas após a emissão da fatura e que impliquem em modificações nos descontos calculados, serão validadas de comum acordo entre a CONTRATADA e a CONTRATANTE e contempladas na fatura subsequente." (grifo nosso)

A Oi esclarece que as Operadoras de Telecomunicações não utilizam estes métodos para avaliar "indisponibilidade de serviços" e calcular "índice de disponibilidade mensal", pois as Operadoras estabelecem padrões de qualidade para cada tipo de serviço prestado.

No caso de circuitos de Dados, no padrão MPLS, é garantido o seguinte:

Disponibilidade do Serviço.....	98,6%
Latência média mensal do Núcleo do Backbone.....	100 ms
Perda de Pacotes Média Mensal do Núcleo do Backbone IP.....	0,8%
Taxa de Erro de Bits.....	1×10^{-6}

Além do mais, não é correto que a Contratante considere que o não cumprimento do padrão de qualidade caracterize "indisponibilidade do serviço".

Pelo exposto a Oi requer que os referidos itens sejam excluídos do Termo de Referência, e que exigido da Contratada apenas o atendimento ao "padrão de qualidade" seguindo o modelo adotado pelas Operadoras de Telecomunicações.

- Ainda sobre este tema a Oi observou que os itens 3.17, 3.18 e 3.19 também tratam do assunto descrito anteriormente, tratando o assunto com mais detalhes.

Neste sentido a Oi reitera o pedido para que mediante a republicação do Edital e a designação de nova data para a realização do certame sejam excluídos do Termo de Referência os itens 3.17, 3.18 e 3.19.

- **Da implantação e prazos**

Consta no Termo de Referência, no item 4.1 o prazo para instalação dos circuitos: "4.1 O prazo total para a instalação e testes será de 60 (sessenta) dias, contados a partir da assinatura do contrato;"

A Oi informa que o atendimento com Fibra-Óptica para todos os Sites do Tribunal de Justiça exige da Operadora a construção de infraestrutura e aquisição de equipamentos de comunicação (Modens ópticos), o que impacta diretamente no prazo de instalação.

Pelo exposto a Oi solicita que o prazo de instalação seja alterado para 90 (noventa) dias.

- **Das multas**

Consta no Termo de Referência, no item 5.1.4, descrito abaixo, procedimento para aplicação de penalidade, multa.

"5.1.4 O não atendimento aos limiares de qualidade definidos para o item 3.17.2, implicará penalidades á CONTRATADA, nos seguintes moldes:

- a) O não atendimento aos valores máximos da métrica "taxa de erros em bits", ou o não atendimento ao prazo máximo para a aferição da taxa, implicará pena de advertência;
- b) Será realizada nova solicitação de aferição da taxa 24 horas após o recebimento dos resultados originais. A repetição do não atendimento ao item avaliado ou a reincidência do não atendimento ao prazo máximo para aferição da taxa implicará multa correspondente a 2% (dois por cento) do valor mensal do circuito."

Como já mencionado anteriormente, a Oi entende que não é razoável a aplicação de Multa pelo descumprimento dos índices de qualidade, razão pela qual, solicita que o referido item seja retirado do Termo de Referência.

- **Dos descontos sobre a fatura**

Consta no Termo de Referência, no item 5.2, descrito abaixo, procedimento para aplicação de descontos sobre a fatura dos serviços.

5.2 Descontos Sobre a Fatura Mensal

5.2.1 No caso do não atendimento injustificado a indicadores de qualidade de serviços de aferição mensal ou diária constantes nos itens 3.17 a 3.22, serão efetuados descontos proporcionais na fatura mensal, mediante comunicação prévia à CONTRATADA.





5.2.2 Para o indicador "índice de disponibilidade mensal" referido no item 4.5, cada 0,1% (um décimo por cento) abaixo do índice de disponibilidade mensal do enlace (D) mínimo, implicará desconto correspondente a 2% (dois por cento), calculado sobre o valor mensal contratado.

5.2.3 Para o indicador "tempo de retardo de ida e volta" descrito no item 3.18, será considerado o relatório mensal com os valores apurados disponibilizado pela CONTRATADA, onde cada aferição diária que apresente resultados abaixo dos limites de qualidade, implicará desconto correspondente a 2% (dois por cento), calculado sobre o valor mensal contratado.

5.2.4 As multas serão acumuladas dentro de cada mês e não excederão a 30% (trinta por cento) do valor mensal contratado, exceto as multas aplicadas aos casos de descumprimento total da obrigação."

A Oi informa que a aplicação de descontos sobre a fatura dos serviços de Comunicação de Dados é prevista, mas apenas no caso de falha do serviço, ou seja, quando o serviço não estiver funcionando.

A aplicação de descontos é calculada pela fórmula mostrada a seguir, e este procedimento é utilizado por todas Operadoras de Telecomunicações e é do conhecimento do órgão regulador (ANATEL):

$$Vd = (Vp/1440) \times N$$

onde:

Vd = Valor do desconto.

Vp = Valor mensal do circuito conforme praticado pela Operadora.

N = Quantidade de unidades de períodos de 30 (trinta) minutos.

Pelo exposto a Oi solicita que o referido item seja alterando, constando apenas a modalidade de desconto utilizado pelas Operadoras de Telecomunicações.

- **Dos preços**

Constam no Termo de Referência, itens 8.1 e 8.2 as planilhas com custo mensal e instalação.

Consta no preâmbulo do Edital que a modalidade de contratação será do tipo menor preço global. Na planilha de custos mensal, item 8.1, observa-se que este Tribunal de Justiça considerou um valor único para circuitos de 4MBPS e 2MBPS.

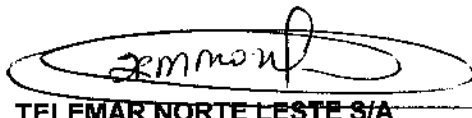
A Oi requer seja esclarecido que como condição de julgamento das propostas será considerada o menor Valor Total da Rede, ou seja, o menor valor global dentre as propostas apresentadas pelas licitantes.

7

Do Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi solicita com o devido respeito que V. Sª julgue motivadamente e no prazo de 24 horas a presente Impugnação, 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, 15 de julho de 2011.



TELEMAR NORTE LESTE S/A
ARLYSON ROBERTO DE M. MONTEIRO
EXECUTIVO DE NEGÓCIOS - PROCURADOR
CPF: 600.315.142-00



TELEMAR NORTE LESTE S/A
ALEXANDRE MAGNO DE A. ARAÚJO
ANAL. ENGº COMERCIAL - PROCURADOR
CPF: 408.865.814-00