



AO SENHOR PREGOEIRO DA PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (PRRJ)

Ref. Pregão Eletrônico n.º 01/2015

OBJETO: *Contratação de empresa especializada na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, nas modalidades Local e Longa Distância Nacional e Internacional par aas ligações originada na sede da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro (PRRJ) e STFC local – LINK E1, nas modalidades fixo para fixo e fixo para móvel, inclusos os serviços de instalação e configuração dos links, assim como para atender as mesmas necessidades e características das sedes da Procuradoria da República nos Municípios de: Angra dos Reis, Campos dos Goytacazes, Itaperuna, Macaé, Niterói, Nova Friburgo, Petrópolis, Resende, São Gonçalo, São João de Meriti, São Pedro da Aldeia, Teresópolis e Volta Redonda.*

CLARO S.A., inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, com sede com sede na Rua Flórida, 1970, Brooklin, na cidade de São Paulo-SP, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença dessa ilustre Comissão de Licitação, apresentar, **PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, com efeito de **Impugnação** na hipótese de seu indeferimento, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

Da análise do Edital em epígrafe observa-se que algumas disposições atentam contra os princípios da legalidade e da competitividade, por esta razão, poderão afastar interessados neste procedimento licitatório e conseqüentemente impedir que a seleção da proposta mais vantajosa.

É com a finalidade de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.



1 - DA SEPARAÇÃO DO OBJETO EM 1 ITEM DISTINTO PARA CADA MUNICÍPIO PARANAENSE

O objeto da licitação em tela é a contratação de empresa especializada na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, nas modalidades Local e Longa Distância Nacional e Internacional par aas ligações originada na sede da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro (PRRJ) e STFC local – LINK E1, nas modalidades fixo para fixo e fixo para móvel, inclusos os serviços de instalação e configuração dos links, assim como para atender as mesmas necessidades e características das sedes da Procuradoria da República nos Municípios de: Angra dos Reis, Campos dos Goytacazes, Itaperuna, Macaé, Niterói, Nova Friburgo, Petrópolis, Resende, São Gonçalo, São João de Meriti, São Pedro da Aldeia, Teresópolis e Volta Redonda, conforme Termo de Referência e demais anexos..

Ocorre que, por motivo de inviabilidade técnica de prestar o serviço por acesso próprio, a Embratel não pode atualmente atendê-lo da forma estipulada pelo Edital, isto é, em todos os municípios descritos no objeto do presente certame, portanto, solicitamos sua separação em itens distintos, para cada um deles ou que os municípios de Angra dos Reis, Itaperuna e Resende sejam agrupados em um único item, a fim de viabilizar a participação desta empresa no presente certame, bem como de apresentar suas melhores propostas, uma vez que no atual cenário do setor de telecomunicações, poucas empresas de telefonia local têm a possibilidade de implementar este tipo de serviço e a maioria não possui alternativas técnicas diferenciadas, como é o caso da Claro, que possam assegurar o fim desejado em sua prestação e é fato que da forma agrupada como se encontra atualmente disposto o objeto do Edital, não se permite a devida competição, tampouco a melhor contratação de tais serviços.

Ao contrário, da forma em que se encontra atualmente, o Edital frustra o caráter competitivo que dá razão de existência a um procedimento licitatório, quando existe a ampla possibilidade de os mesmos serviços serem prestados por outras empresas de telecomunicações.

Cumprе ressaltar que o pedido da Embratel para a separação dos municípios paranaenses, descritos no objeto do Pregão referenciado, em itens distintos, favorecerá a ampliação da competição no certame, visto que o objeto pode ser prestado de diferentes formas, pelas diversas empresas interessadas, ampliando a competição que deve existir em um mercado complexo como é o de telecomunicações.



Desta forma, basta que o instrumento convocatório possibilite a apresentação de separação das cidades, para prestação do serviço pretendido (telefonia) e que atendam os interesses da administração, sem que haja qualquer prejuízo da qualidade e da técnica dos serviços, deixando a cargo das empresas de telecomunicações a opção de apresentarem a tecnologia que melhor atenda à PRRJ, no presente caso.

De acordo com as lições da melhor doutrina, ademais, temos que o princípio da razoabilidade está pautado pelo tripé da adequação, necessidade e proporcionalidade. Considerando como um axioma a vinculação da Administração Pública ao edital, sendo este “a lei interna da licitação” segundo Hely Lopes Meirelles¹, citamos aqui o doutrinador Celso de Albuquerque Silva, que em sua obra “Interpretação Constitucional Operativa”², ao tratar pontualmente de cada um dos pressupostos de tal princípio para a imposição de obrigações aos indivíduos, na análise do inciso II do art. 5º da Constituição da República, nos ensina que:

“Adequação relaciona-se com a aptidão, idoneidade da medida postulada quando cotejada com os fins a serem alcançados. Trata-se de uma relação lógica a necessariamente incidir entre a capacidade dos meios utilizados para produzir o resultado a ser afinal alcançado, estando tanto os fins quanto os meios em consonância com o ordenamento constitucional.

(...)

A segunda exigência para que uma lei seja considerada razoável refere-se à **necessidade: idôneos que sejam os meios para alcançar o fim colimado, resta então averiguar se tais meios são realmente necessários. Em outro dizer, cuida-se de uma investigação acerca da onerosidade dos meios adotados. Se tais meios trazem um agravamento desnecessário ao direito comprimido**, seja porque existem outros meios menos gravosos e igualmente aptos para o alcance da finalidade pretendida, seja porque trazem uma carga coativa superior ao bem que a lei deseja proteger e em razão do qual está limitando outro direito igualmente protegido, esta lei é desarrazoada por violação do requisito da necessidade.

(...)

¹ In Direito Administrativo Brasileiro, p. 263, Malheiros Editores, 27ª edição, 2002;

² Ob. Citada, p. 88 a 91, Lumen Juris, 2001.



O último dos requisitos apontados pela doutrina é a **proporcionalidade em sentido estrito**, que nada mais é que um juízo de valoração custo/benefício no caso concreto. (...) A **proporcionalidade em sentido estrito oferece a oportunidade para averiguação se ao ônus imposto ao direito sacrificado corresponde um benefício ao direito privilegiado compatível com standards mínimos de justiça.**” (grifos nossos).

Assim sendo, toda a atividade da Administração, para não estar eivada de vícios, não pode identificar-se com aquilo que é evidentemente desarrazoado ou arbitrário, sob o risco de ficar configurado um desvio de finalidade entre a medida adotada e a finalidade colimada.

Nesta mesma esteira, resta incomprovada a necessidade daquelas exigências editalícias, não havendo razão para a sustentação das restrições impostas. Por fim, ausente também o último elemento do princípio da Razoabilidade, a proporcionalidade em sentido estrito, visto que a relação custo/benefício coloca em risco o atendimento do Interesse Público e da própria Economicidade na contratação, sendo o direito sacrificado, *in casu*, não o direito subjetivo da Embratel ou de terceiros que pretendam participar da presente licitação, mas o próprio interesse público de toda a Sociedade em não ver o Erário Público arcar com uma contratação deficitária.

Em suma, mantido o Edital da forma em que se encontra estar-se-á frustrando o princípio da isonomia, uma vez que a exigência formulada restringe seriamente o número de empresas capacitadas para a prestação dos serviços, o que em uma última análise não favorece a verdadeira, justa e ampla competição e a economicidade da contratação.

Para ilustrar a importância do Princípio da Isonomia, transcrevemos ensinamento do ilustre Jessé Torres Pereira Júnior (“Licitações de Informática”, Renovar, 2000, pág. 30):

“(i) O Princípio da Igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;”

Considerando-se os dispositivos legais, princípios constitucionais e entendimentos doutrinários sobre a matéria, não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre



participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes ou os desnivelem no julgamento, conforme preceitua o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, a seguir transcrito, *in verbis*:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Nesta esteira, merece destaque a Lei de Licitações, que em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, prevê expressamente como intolerável a atuação contrária ao interesse público e à competitividade, proibindo peremptoriamente a adoção de condutas dissonantes com os desideratos da Lei.

**"Art. 3º - É vedado aos agentes públicos:
I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"**

A separação do objeto do presente certame, em distintos lotes de acordo com as localidades, indubitavelmente, trará maior transparência aos valores das propostas para os serviços contratados, propiciando, além disso, uma maior competitividade entre os licitantes para prestarem os serviços individualmente considerados, assim como uma contratação mais vantajosa para a Administração e com maior controle e transparência dos gastos, o que respeita os clamores do Interesse Público, principalmente de exterminar o “monopólio privado” alimentado pelas Concessionárias de Telefonia Local, que detêm a maior parte da capilaridade (malha) de telefonia no interior do País, o que não é benéfico para a competição e atual mercado de telecomunicações (telefonia).

Cabe lembrarmos o disposto no art. 23, §1º, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“§ 1o - As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e



economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.”

Como se observa, a lei é clara ao determinar o fracionamento do objeto sempre que a natureza do serviço permitir e, principalmente, quando significar economia, conforme já mencionado. O mestre Marçal Justen Filho, ao comentar o dispositivo supra, leciona com propriedade:

“As contratações devem ser programadas na sua integralidade, sendo indesejável execução parcelada. Mas execução (programação) parcelada não se confunde com o fracionamento do objeto em diversos lotes ou parcelas. No caso do fracionamento, a Administração divide a contratação em inúmeros lotes, cujo conjunto corresponde à satisfação integral da necessidade pública. Em princípio, todas as contratações fracionadas são executadas simultaneamente. (...) **O art. 23, § 1, impõe o fracionamento como obrigatório. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única.”**
(grifo nosso)

De fato, a alteração do presente Edital, nos termos acima expostos, é essencial para viabilizar a participação da Embratel e de demais interessados em participarem de forma competitiva e em condições de oferecer propostas comerciais vantajosas para a PRRJ.

Caso essa r. Comissão não retifique os itens mencionados, configurar-se-á o impedimento à participação no certame e conseqüentemente prejuízo à própria administração porque não realizará a melhor contratação.



2 – DAS SANÇÕES

No Edital e na Minuta do Contrato encontram-se descritos percentuais excessivos de multa. No entanto, é importante destacar que tais penalidades devem ser aplicadas sempre em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, buscando seu único fim, que é o de ressarcir um dano causado, e não gerar o desequilíbrio do contrato.

Ademais, é incontroverso que a aplicação de multas de elevada monta é um fator preponderante no desequilíbrio econômico do contrato. Tal imposição deixa de ser interessante para a própria PRRJ uma vez que a assunção de riscos que extrapolam os usualmente aplicados e razoáveis teria uma direta repercussão econômica nas propostas apresentadas pelos licitantes, já que uma parcela que compõe o valor da proposta é composta pela precificação do risco envolvido, sendo um tanto maior quanto maiores os riscos assumidos.

O aumento abusivo dos riscos para o particular quando da contratação dos serviços, ademais, pode acarretar maior repasse desse valor para a PRRJ, sob a forma de preço, pois haveria um ônus muito grande a ser suportado somente pela futura contratada.

Portanto, conforme se verifica pela análise do Edital e da Minuta do Contrato, subsiste a necessidade de alteração em suas redações, da forma descrita a seguir, para que essa PRRJ não aplique critério demasiadamente oneroso para possível aplicação da multa naquelas hipóteses, o que não se mostra razoável, tendo em vista os percentuais fixados e os parâmetros adotados.

(Edital)

“18 – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

(...)

18.2. A inexecução, total ou parcial, do Contrato poderá, garantida a prévia e ampla defesa, ensejar, segundo a extensão da falta cometida, a aplicação das penalidades previstas nos artigos 86 a 88, da Lei n.º 8.666/93, na Lei n.º 10.520/02 e no Decreto n.º 5.450/05, com aplicação das seguintes sanções:

*b) Multa de 1,0% (um por cento) por hora, sobre o valor da **PARCELA INADIMPLENTE**, pelo atraso no cumprimento dos prazos estipulados no*



presente instrumento, a contar a partir do dia previsto para início dos serviços até o dia do efetivo cumprimento da obrigação. Após esse prazo, será considerado inadimplemento parcial, com multa de **1,0% (UM POR CENTO)** sobre o valor **MENSAL** contratado. No caso do atraso inviabilizar o serviço, será considerado inexecução total do Contrato, com sua rescisão e com as demais conseqüências previstas neste Termo de Referência, no Edital e em seus outros Anexos e na legislação pertinente em vigor;

c) Multa de **1,0% (UM POR CENTO)** sobre o valor **DA PARCELA INADIMPLENTE**, pelo inadimplemento a quaisquer outras obrigações pactuadas, e que venham a causar prejuízos ao Contratante, independente do ressarcimento dos danos à Administração, como por exemplo, e sem se limitar a:

c.1) mão de obra insuficiente para a prestação dos serviços;

c.2) falta de equipamentos previstos para o evento;

c.3) execução dos serviços em desacordo com o previsto.

d) Multa de **1,0% (UM POR CENTO)** sobre o valor **MENSAL** contratado pela inadimplência reiterada das obrigações pactuadas;

e) Multa de **5,0% (CINCO POR CENTO)** sobre o valor **MENSAL CONTRATADO**, para a contratação pelo inadimplemento total da contratação, pela cessação da prestação dos serviços;”

(Minuta do Contrato)

“CLÁUSULA DÉCIMA – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Caso a Contratada não cumpra as obrigações estabelecidas neste Termo de Referência, no Edital e em seus Anexos ocasionará desatendimento às condições contratadas, ficando sujeita a multas, rescisão contratual e demais sanções previstas nesses documentos, nas Leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520/02, Decreto n.º 5.450/05 e demais legislações pertinentes.

PARÁGRAFO PRIMEIRO



A inexecução, total ou parcial, do Contrato poderá, garantida a prévia e ampla defesa, ensejar, segundo a extensão da falta cometida, a aplicação das penalidades previstas nos artigos 86 a 88, da Lei n.º 8.666/93, na Lei n. 10.520/02 e no Decreto n.º 5.450/05, com aplicação das seguintes sanções:

(...)

*b) Multa de 1,0% (**UM POR CENTO**) por hora, sobre o valor **DA PARCELA INADIMPLENTE**, pelo atraso no cumprimento dos prazos estipulados no presente instrumento, a contar a partir do dia previsto para início dos serviços até o dia do efetivo cumprimento da obrigação. Após esse prazo, será considerado inadimplemento parcial, com multa de 1,0% (**UM POR CENTO**) sobre o valor **MENSAL** contratado.*

*Multa de 1,0% (**UM POR CENTO**) sobre o valor **DA PARCELA INADIMPLENTE**.*

*c) Multa de 1,0% (**UM POR CENTO**) sobre o valor **DA PARCELA INADIMPLENTE**, pelo inadimplemento a quaisquer outras obrigações pactuadas, e que venham a causar prejuízos ao Contratante, independente de ressarcimento dos danos à Administração, como por exemplo, e sem se limitar a:*

c.1) mão de obra insuficiente para a prestação dos serviços;

c.2) falta de equipamentos previstos para o evento;

c.3) execução dos serviços em desacordo com o previsto.

*d) Multa de 1,0% (**UM POR CENTO**) sobre o valor **MENSAL** contratado pela inadimplência reiterada das obrigações pactuadas;*

*e) Multa de 5% (**CINCO POR CENTO**) sobre o valor **MENSAL CONTRATADO** para a contratação da CONTRATANTE, poderá ocorrer a não aceitação do objeto, de forma a configurar, nessa hipótese, inexecução total da obrigação assumida, sem prejuízo da rescisão unilateral da avença;"*

Sendo certo, ademais, que estas alterações apenas adequarão o Edital e a Minuta do Contrato aos usuais percentuais de penalidades praticadas em licitações semelhantes a seus



prestadores de serviços, sem onerar indevidamente a oferta a ser apresentada, face o risco envolvido com este tipo de penalidade, na hipótese de impossibilidade de honrar a assinatura do contrato.

Destaca-se que a necessidade de se adequar as penalidades a serem aplicadas em caso de inexecução parcial ou total, aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade é entendimento assentado dos Tribunais, conforme se observa na jurisprudência abaixo mencionada, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 330.677-RS (2001/0091240-0):

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.

Os atos administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência. O art. 86 da Lei 8666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

Princípio da Razoabilidade.

Recurso Improvido.”

Diante de todo o alegado, não restam dúvidas de que as penalidades elencadas acima, no Edital e na Minuta do Contrato, devem ser calculadas nos percentuais sugeridos e incidir sobre a parcela inadimplida (em atraso), atendendo-se, assim, aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, afastando a possibilidade de enriquecimento sem causa por parte da Contratante e de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além disso, a revisão do percentual da multa conforme o sugerido se torna imprescindível no presente caso, tendo em vista que os valores anteriormente constantes do Edital e da Minuta do Contrato constituem um excesso por parte da PRRJ, e ao mantê-los, estaria submetendo a Contratada não somente a uma penalização exorbitante, mas também a danos econômico-financeiros.

Vale ressaltar, ainda, que as “tipificações” no Direito Administrativo não são tão rígidas quanto aquelas do Direito Penal, já que é permitida a atuação discricionária do gestor público na gradação das penas (menos graves até as mais graves), sopesando-se aspectos como: risco de dano iminente, a conduta omissiva/comissiva da contratada e a extensão do dano.



Além disso, não se deve privilegiar determinadas premissas, de caráter muitas vezes exorbitantes e decorrentes da supremacia da Administração Pública em relação aos administrados, repita-se, afrontando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem sempre nortear os atos administrativos.

Por todo o exposto, requeremos o atendimento de todos os pleitos anteriormente destacados, sendo certo que tal medida encontra respaldo nos princípios da Legalidade, Isonomia, Ampla Competitividade e Razoabilidade, na forma do disposto na Lei 8.666/93.

3 - DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando à **PRRJ** selecionar a proposta mais vantajosa para o serviço a ser contratado, assim como para manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo. Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração do edital como proposto. Ainda, na hipótese do I. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digne-se a recebê-las como impugnação aos termos do edital.

Brasília, 5 de março de 2015.


ROBERTA JERONIMO GONSO
Gerente de Contas
C. I. n.º 3.185.790 SSP/DF
CPF n.º 615.487.741-20