Embratel

ILUSTRÍSSIMO SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA CODESVAF

Ref. : Pregão n.º 28/2010.

A **Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – EMBRATEL**, CNPJ n.º 33.530.486/0001-29, com sede na Avenida Presidente Vargas n.º 1.012, Centro, Rio de Janeiro–RJ, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse i. Presidente, apresentar **PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, com efeito de Impugnação apresentado pela Embratel, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1. Ao analisar o edital em epígrafe observa-se que algumas omissões e disposições que atentam contra os princípios da legalidade e da competitividade, por esta razão, poderão afastar interessados neste Certame e consequentemente impedir que a Administração selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

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

DA IMPOSSIBILIDADE DE ELABORAR PROPOSTA

3. O objeto da contratação da licitação em tela é a prestação de Serviços de Telecomunicações. Dessa forma, para que a licitantes possam elaborar proposta, é vital que a r. Comissão reveja o seguinte:

Embratel

4. À página 8, item 3.6 do edital há exigência a respeito da vistoria em 12 endereços diferentes. Cabe colocar que a distância entre esses pontos e a exiguidade temporal invibializa que as vistorias possam se realizar. Assim, a Embratel requer que a data da realização do certame seja prorrogada para que se possa cumprir essa exigência. Caso a r. Comissão assim não entenda, a Embratel sugere que essa obrigação seja retirada do edital.

5. No que se refere ao endereço e informações pertinentes a cada uma das Superintendencias Regionais, observa-se (Anexo II do Edital) que não há informação completa a respeito da 4ª (endereço incorreto) e da 8ª (não há endereço) Superintendência Regional, o que impossibilita qualquer ação pertinente a uma apresentação de proposta firme à Comissão.

6. Ainda no que se refere a uma apresentação de proposta firme, o item 2.5.3 do edital, cuida de obrigações que devem ser impostas a qualquer licitante e não somente na hipótese de Consórcio. Assim, para que não haja dúvida a respeito dessa obrigação, é necessário que esse item seja inserido em campo que trate das obrigações das licitantes e não como está posto.

7. Outro item que merece revisão é o que trata a respeito da retenção de impostos no percentual de 11% previsto no item 18.18 do edital quando a Instrução Normativa SRF n.° 480, de 15.12.2004 trata do percentual de 9,45%.

8. Ainda a respeito da imprecisão do objeto, questiona-se:

   Com relação ao Anexo I, estamos entendendo que o item 5 que trata de gerência de rede (**ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO SERVIÇO DE GERÊNCIA DE REDES E SERVIÇOS EM TODOS OS SEGMENTOS),** estamos entendendo que este item está relacionado somente com o fornecimento da rede de dados (Grupo 2). Está correto o nosso entendimento?

   Com relação ao item 5.2.5 do Anexo I, estamos entendendo que não será necessário o fornecimento de um computador para a visualização do sistema de gerência. Está correto o nosso entendimento?

Embratel

9. 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. 3°, § 1° da Lei n° 8.666/93, a seguir transcrito, *in verbis*:

> **"Art. 3° 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."**

10. Nesta esteira, merece destaque a Lei de Licitações, que em seu artigo 3°, § 1°, 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. 3° - 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;"**

Embratel

11. Assim, deve a Administração Pública procurar sempre estimular a competitividade e economicidade do serviço licitado, abarcando o maior número possível de licitantes.

12. 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 Administração.

DAS PENALIDADES E MULTAS

13. O Edital descreve à Cláusula Nona da Minuta do Contrato percentuais que incidirão sobre o valor global do contrato nas hipóteses de descumprimento de qualquer cláusula avençada entre as partes.

14. Frise-se que as penalidades devem ser aplicadas em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, ressarcir um dano causado e não gerar o desequilíbrio do contrato. Afinal, somente desta forma estar-se-á assegurando uma conduta justa e ilibada da Administração na prática de seus atos.

15. Ademais, o aumento abusivo dos riscos para o particular quando da contratação dos serviços, acarreta em maior repasse desse valor para a Administração Pública sob a forma de preço, pois haveria um ônus muito grande a ser suportado somente pela futura contratada.

16. Ainda que a aplicação de sanções seja ato discricionário, impende-se ressaltar que sua aplicação deve guardar correspondência, isonomia e proporcionalidade com a infração aplicada pela Administração aos seus administrados.

Embratel

17. Suzana de Toledo Barros *in* O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Ed. Brasília Jurídica, assevera:

> *"Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do princípio da proporcionalidade. O controle intrínseco da legiferação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação:* ***o meio escolhido contribuiu para a obtenção do resultado pretendido?***
>
> *Isto quer dizer que, sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado.* ***A questão do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.***
>
> *Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins* ***traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.***
>
> ...
>
> ***O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz e a menor restrição possível.***

Embratel

A exigibilidade, como advertiu GRABITZ, é um atributo obtido a partir de uma relação: examina-se se o meio eleito para a consecução do fim proposto era aconselhável e não se, em si mesmo, era exigível, porque não se pode jamais olvidar que o princípio da proporcionalidade contempla o exame da norma legal no plano intrínseco, ou seja, sob a ótica de sua conexão material entre meios e fins.

...

A necessidade de uma medida restritiva, bem de ver, traduz-se por um juízo positivo, pois não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menor lesividade causa. O juiz há de indicar qual o melo mais idôneo e por que objetivamente produziria menos conseqüências gravosas, entre os meios adequados ao fim colimado.

...

É forçoso concluir que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional. GILMAR FERREIRA MENDES, citando PIEROTH e SCHLINK, observa: apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado."

18. Por todo o exposto, faz-se necessária a revisão dos índices das penalidades do edital em comento, valendo ressaltar que o usual é exigir multa sobre o valor mensal da parcela do serviço do contrato em atraso. Em todos os casos, este tipo de penalidade é limitado ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor mensal do contrato, de forma a manter o equilíbrio contratual e não onerar sobremaneira a empresa contratada.

19. Levando-se em conta as considerações levantadas, sugere-se a revisão dos itens em comento para que os índices de multa neles previstos passem a incidir sobre o valor correspondente à parcela mensal do serviço em atraso.

Embratel

20. Sendo certo que esta alteração apenas adequará o Edital aos usuais percentuais de penalidades compensatórias praticadas nas licitações da Administração Pública e seus prestadores de serviços, sem onerar indevidamente a oferta a ser apresentada à Administração face o risco envolvido com este tipo de penalidade, na hipótese de impossibilidade de honrar a assinatura do contrato.

DO PRAZO DE ENTREGA DOS SERVIÇOS

21. **No que se refere ao prazo de entrega dos serviços**, é a presente para registrar a exiguidade do prazo dos prazos postos. A dilação do prazo para a ativação dos serviços se justifica em virtude de medidas técnicas que serão tomadas para a execução do objeto licitado que não possam ser sanadas em prazos tão exíguos como os previstos para esse certame.

22. De fato, em se tratando de sistemas de telecomunicações, com fatores técnicos distintos e com necessidade de instalar serviços com fornecimento de equipamentos e/ou sobressalentes adicionais para instalação, ativação e operação da solução técnica disponibilizada, além da necessária compatibilização sistêmica, faz-se necessário um prazo maior do que o estabelecido no edital em tela.

23. Ora, diante desses procedimentos torna-se inviável a execução do prazo contratual previsto e assim requer-se que tais prazos sejam revistos.

24. Tendo em vista os prazos previstos, requer-se que se considere 140 dias para a efetiva instalação (item 21.1.1); 30 dias para a apresentação do projeto executivo (item 21.1.1.1) e 150 dias para o item 21.1.1.3.

Embratel

25. Cabe ressaltar que a Embratel mantém hoje vários contratos com Clientes Corporativos, assim como inúmeros órgãos da Administração Pública em suas diversas esferas, e sempre busca honrar os compromissos firmados, atendendo antecipadamente e com qualidade os serviços contratados, salvo quando existem condições extraordinárias, impeditivas e/ou fatos supervenientes que impeçam sua realização e independam de sua vontade e ação.

26. Nesse sentido, para que não se fira o princípio da isonomia e ainda para que se possa garantir que a competitividade seja alcançada nesse certame e assim uma boa contratação para a Administração, requer que o Edital seja alterado para modificar os prazos de ativação ora exigidos.

27. O acolhimento do pedido, indubitavelmente, trará maior uma maior competitividade entre os licitantes, 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.

28. Nesse sentido é que deve a Administração Pública procurar sempre estimular a competitividade e economicidade do serviço licitado, abarcando o maior número possível de licitantes.

29. De fato, a alteração do presente Edital, nos termos acima expostos, é essencial para viabilizar a participação da Embratel em participar de forma competitiva e em condições de oferecer propostas comerciais vantajosas para a Administração e que atenda aos prazos e condições técnicas exigidas no Edital.

Embratel

DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

30. Considerando os dispositivos legais e constitucionais sobre a matéria, não pode haver procedimento seletivo que fira o princípio da legalidade, 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.

31. Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando à Administração selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos serviços contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção das incoerências aqui apontadas.

32. 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 nos termos propostos acima para que se garanta uma efetiva competição no certame e consequentemente possa se alcançar a melhor proposta para a Administração Pública.

Pede Deferimento

Brasília, 6 de maio de 2010.

Cristina de Miranda Gomes

OAB/DF 14.488

EMBRATEL S/A

PR/SL - Recebido
Em 06/05/10 Horas 10:24