

Processo: **902/2020**

Data: 22/04/2020

Hora: 01:17

A ssunto:
SOLICITACAO DO SETOR DE LICITACAO

Requ erente:
JONAS WELTER

000076

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro do Município de Capanema

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 27/2020

Oi Móvel S.A. – em recuperação judicial, sociedade anônima, com sede no Setor Comercial Norte, quadra 03, Bloco A, Ed. Estação Telefônica – Térreo – Parte 2, Brasília, inscrita no CNPJ sob o nº 05.423.963/0001-11, representada em conformidade com seu Estatuto Social, simplesmente denominada Oi, vem, por intermédio de seu representante legal, com fulcro no art. 12, do Decreto 3.555/2000, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

O Município de Capanema instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 27/2020, visando a "CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES (TELEFONIA MÓVEL) PARA USO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DO MUNICIPIO DE CAPANEMA - PR."

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. DA NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO ENTRE AS EMPRESAS DE TELEFONIA MÓVEL E FIXA.

O Edital é silente quanto a participação de entidades empresariais reunidas em consórcio.

No entanto, frente à exigência editalícia de VC2 e VC3 referente às chamadas recebidas e realizadas, a prestação completa do objeto licitado passa a demandar imperiosa formação de consórcio, pois as chamadas recebidas pelo usuário fora da área de registro são sempre encaminhadas por empresas concessionárias ou autorizadas de STFC, e não de SMP.

Devido à mudança de regras impostas com a migração das antigas empresas do Serviço Móvel Celular – SMC para o Serviço Móvel Pessoal – SMP, o serviço de Longa Distância Nacional hoje é realizado, na grande maioria das vezes, pelas empresas que prestam o serviço de telefonia fixa comutada detentoras de CSP próprio, como por exemplo, a Oi S.A. com o código CSP 14, a Telemar Norte leste S.A. – CSP 31, a Embratel – 21, a Telefônica – 15, entre outras.

Nesses termos, se é verdade que as operadoras outorgadas para prestação do serviço de telefonia móvel pessoal somente não podem realizar ligações de longa distância nacional e internacional; não menos o é que a maioria das empresas autorizadas pela ANATEL para prestar o Serviço Móvel Pessoal (SMP) não optou por obter uma outorga para prestar o STFC nas suas diversas modalidades (local, LDN e LDI), não requerendo, por consequente, a obtenção de CSP próprio.

Nesses termos, é mister invocar a dicção expressa do artigo 88, da Resolução nº 477, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a possibilitar que as prestadoras de SMP selecionem previamente quais as operadoras de STFC, que encaminharão as chamadas de longa distância originadas por Usuário Visitante Internacional:

***“Art. 88. A prestadora de SMP tem o direito de selecionar previamente as prestadoras que encaminharão as chamadas de longa distância originadas por Usuário Visitante Internacional.*”**

Com a regulamentação supracitada, parece evidente que os serviços de LDN ficaram exclusivos para as empresas que prestam o serviço telefônico fixo comutado, ficando as outorgadas de SMP impossibilitadas de fornecer os mesmos serviços diretamente.

Dessa forma, como decorrência natural da configuração regulatória do setor, para cobrança das respectivas chamadas será necessária a formação de consórcio entre a vencedora do Item 1 – VC1, empresa prestadora de SMP e uma empresa prestadora de STFC.



Afinal, é mister lembrar que as chamadas recebidas pelo usuário do SMP quando este estiver fora de sua área de registro (VC2 e VC3) são caracterizadas como segundas chamadas e consideradas como chamadas do SMP, conforme §2º, do artigo 87, do Regulamento do SMP, aprovado pela Resolução nº 477, transcrito a seguir:

Art. 87. A chamada dirigida a Usuário Visitante será tratada como composta por 2 (duas) chamadas distintas.

§ 1º A primeira chamada tem origem no usuário chamador e destino na Área de Registro do Usuário, cabendo seu pagamento ao chamador.

§ 2º A segunda chamada é considerada uma chamada SMP e tem origem na Área de Registro do Usuário e destino no local em que este se encontra, cabendo seu pagamento ao Usuário Visitante. (grifo nosso)

E nem se argumente pela mera divisão do objeto em itens (quais sejam, item 1 para as ligações VC1, item 2 para as ligações VC2 e o Item 3 para as ligações VC3,) ser supostamente suficiente, porque não contempla a exigência do artigo 78, da Resolução nº 477, da ANATEL.

A divisão por itens garantirá, tão somente, que a vencedora dos itens 2 e 3 será a mesma empresa vencedora do item 1 na condição descrita no §2º, do artigo 87, do regulamento do SMP, aprovado pela Resolução nº 477.

Logo, para o adequado cumprimento das exigências constantes do item 1 do Edital faz-se necessária a possibilidade de participação da empresa prestadora de SMP em consórcio com a empresa prestadora de STFC, sob a pena de haver evidente afronta ao artigo 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93, aplicável à modalidade licitatória em tela, conforme se depreende do artigo 9º, da Lei nº 10.520/2002, *in verbis*:

“§1º É vedado aos agentes públicos:

l – 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 das licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;” (grifamos)

A PROPÓSITO, MESMO FRENTE A ATOS DE COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA, CABE PONDERAR QUE A LEI DE LICITAÇÕES VEDA A EXISTÊNCIA, AINDA QUE POR OMISSÃO DE CLÁUSULA ESSENCIAL, DE CONDIÇÕES NO EDITAL QUE PREJUDIQUEM A COMPETIÇÃO, FRUSTRANDO A FINALIDADE DO



PROCEDIMENTO LICITATÓRIO QUE É A CONTRATAÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA O PODER PÚBLICO, COM PLENA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

No mesmo contexto, veja-se a lição da mais abalizada doutrina brasileira sobre o assunto^[1]:

“O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada. Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse público concretamente identificável na hipótese. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de:

- a) exigência incompatível com o sistema jurídico;*
- b) desnecessidade da exigência;*
- c) inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.*

O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais. Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o “fim” a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como “meios” de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do ‘fim’.”

O antigo Tribunal Federal de Recursos igualmente entendia que ‘não cabem prevalecer cláusulas contidas em edital de processo licitatório que visem a limitar o número de concorrentes, por força de exigências não autorizadas no ordenamento específico, cuja a inspiração é de permitir ampla oportunidade a todos os que estejam capacitados à execução do trabalho.’ [grifamos]

Da mesma forma, inclusive, já decidiu o E. Tribunal de Contas da União^[2]:

[1] **MARÇAL JUSTEN FILHO**, *In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 416.

[2] Ata 13/2001, DOU 11.05.2001

"Considerando que restou comprovada, na gestão do Sr. Inaro Fontan Pereira, Diretor Geral do DNER no período de 20.4 a 27.12.92, a inclusão de dispositivos no Edital 22/92 (item 1 da parte IV e item 3.10 do Anexo 2), que restringiu a participação de consórcios de empresas e a exigir comprovação de atividades e aptidões com limitação de tempo, em desacordo com o artigo 3º, § 1º, inciso I, do Decreto-lei 2.300/86, então vigente; ...De fato a participação de firmas consorciadas não era obrigatória. Entretanto, o art. 3º e seu inciso I do então vigente Decreto-lei 2.300/86 estabelecia objetivamente que "é vedado aos agentes públicos admitir, prever, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que: I – comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório."

Esse dispositivo cristalizava um dos princípios mais fundamentais do processo licitatório, que consiste na busca da proposta mais vantajosa para a Administração...Assim sendo, embora não existisse dispositivo legal que impusesse explicitamente a admissão de consórcios de empresas nas licitações, o administrador não deveria ter estabelecido essa proibição. Isso porque está obrigado, por princípio, a buscar e a prosseguir a proposta mais vantajosa para a administração." (grifamos)

Por todo o exposto, para possibilitar a participação da ora Impugnante neste certame requer a inclusão de item no edital para que possibilite a formação de consórcio de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, salvaguardando o princípio da competitividade e, por consequência, o princípio da busca da proposta mais vantajosa.

2. PREVISÃO DE GARANTIAS POR ATRASO DE PAGAMENTO

Da análise do instrumento convocatório notou-se o item 8.9 da minuta do contrato estabelece condições diversas das autorizadas pela ANATEL.

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 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 inclusão de item no Edital referente ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, 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 pelo IGP-DI.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi 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.

Curitiba/PR, 17 de abril de 2020.



José Roberto Kleina
Especialista em Licitações
RG nº 4.358.138-4 SSP-PR
CPF nº 598.502.219-68
kleina@oi.net.br
(41) 98401-8501



Nilson Miguel Estevão
Gerente de Atenção ao Cliente
RG nº 4.252.211-2 SSP-PR
CPF nº 689.130.609-49
nilsonme@oi.net.br
(41) 98401-1014