



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO
ESTADO DO MARANHÃO**

Ref.: **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 011/2020**

A **CLARO S.A.**, CNPJ n.º 40.432.544/0001-47, com sede na Rua Henri Dunant, 780 Torres A e B, Santo Amaro, São Paulo – SP, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse I. Pregoeiro, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao Edital, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

Ao analisar o edital em epígrafe observa-se que algumas disposições atentam contra os princípios da legalidade e da competitividade, podendo, por esta razão, afastar interessados neste procedimento licitatório e consequentemente impedir que a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

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


Erika M. Padilha
Gerente Executivo de Contas Governo
Claro

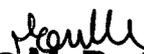


I – DO PRAZO PARA IMPLANTAÇÃO DO SERVIÇO/ APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – ITEM 6.2 DO TERMO DE REFERÊNCIA E SEUS CORRESPONDENTES

O item em comento prevê a execução do serviço no prazo de 30 dias após à assinatura do Contrato. É cediço, entretanto, que o prazo previsto de instalação é um prazo extremante curto e não reflete a envergadura do projeto para instalação de links, além do que, existe um grande processo de compra, logística, entrega envolvidos na ativação dos circuitos que envolvem a instalação, montagem, configuração, ativação, operação, manutenção, fornecimento em comodato dos equipamentos necessários à execução dos serviços e que serão realizados pela Proponente, sem contar o estado excepcional de Pandemia de Covid-19 que o Brasil e o mundo vem enfrentando.

É cediço que o atual cenário econômico provocado pela pandemia mundial, pressupõe maiores restrição na atuação de rotinas operacionais e quanto a celeridade das atividades, adaptações nos processos usuais tiveram que ser redimensionados junto corpo técnico, levando em conta a segurança pessoal com uso de EPIs adicionais, e a fornecedores que foram afetados com os prazos de logística e de fabricação dos insumos.

Frisa-se, desta feita, a necessidade de estipulação de prazo exequível, condizente com a complexidade do objeto e segurança contratual que se pretende obter, sob pena de afrontar o Princípio da Isonomia entre Licitantes. Pugna-se, portanto, que **o prazo mínimo de ativação do serviço seja de 60 (sessenta) dias a contar da assinatura do Contrato** dada a necessária compra dos equipamentos importados e a entrega dos recursos envolvidos na ativação dos circuitos.


Erika M. Padilha
Gerente Executivo de Contas Governo
Claro



Há que se invocar a razoabilidade e a boa fé objetiva inerentes ao presente certame, visto que do contrário, as licitantes incorrerão em grave e desproporcionado risco de penalidades contratuais. Faz-se absolutamente necessária a previsão de prazos dentro de parâmetros revestidos de razoabilidade e proporcionalidade.

Quaisquer outros prazos diferentes daqueles pugnados acima ensejarão aumento abrupto e desnecessário dos riscos de penalidades para o particular quando da contratação dos serviços, o que além de acarretar uma maior oneração para a Administração sob a forma de repasse financeiro nas propostas a serem apresentadas, configura-se como uma regra que fugirá às inteiras da razoabilidade e da comutatividade contratual que se pretende com a licitação. Ademais, há que se cogitar os sérios riscos de aplicação de outras penalidades contratuais, inclusive as decorrentes da hipótese de rescisão do contrato, cujo risco imensurável poderá afastar deste Certame os eventuais interessados.

Há que se salientar, por oportuno, que os atos Administração devem ser balizados pelo Princípio da Razoabilidade. Neste diapasão, cabe-nos transcrever o que ensina a melhor doutrina acerca de tal Princípio, que se não alterados os termos editalícios, será completamente ferido. Sobre este princípio, vejamos:

“Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito e apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário. A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando:


Erika M. Padilha
Gerente Executivo de Contas Governo
Claro



- a) *não dê os fundamentos de fato ou de direito a que a sustentam ou;*
- b) *não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou*
- c) *não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.”* (grifos nossos) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 16ª Ed. Atlas, São Paulo)

Já o i. Doutrinador Celso Ribeiro Bastos define a Razoabilidade como sendo **“um Princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.”**

Nesta mesma esteira, ensina-nos o Administrativista Hely Lopes Meirelles em sua obra “Direito Administrativo” (Ed. Malheiros, 26ª edição, 2000, págs. 86 e 87) sobre o princípio administrativo da razoabilidade: **“Razoabilidade e proporcionalidade: sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição do excesso que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais... não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou intérprete. ...”** (grifos nossos).

Desta feita, considerando que os prazos para realização da Prova de Conceito e de Implantação do serviço atualmente previstos no Instrumento



Convocatório são ínfimos e inatingíveis, esta licitante vem por esta requerer o deferimento dos prazos ora pleiteados nesta Impugnação.

II – DA INCIDÊNCIA DE ENCARGOS MORATÓRIOS NAS HIPÓTESES DE ATRASO INJUSTIFICADO DE PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL

O presente edital é silente no que tange ao critério de compensação financeira na hipótese de atraso injustificado no pagamento por parte da Contratante. Assim, tendo em vista que sobre o valor mensal histórico devem incidir obrigatoriamente compensações financeiras e penalidades por eventuais atrasos no pagamento, faz-se necessária a alteração do dispositivo para que passe essa a constar no instrumento convocatório. O próprio Tribunal de Contas da União, já assentou entendimento de que é devida multa por atraso no pagamento (vide a esse respeito a Decisão 975/02, que fez com que fosse revista a Súmula n.º 226)

Cabe transcrevermos manifestação da Justiça Federal de Santa Catarina, através do Parecer n. 159/2004, datado de 20 de maio de 2004, proferido nos autos do processo administrativo n. 03.83.00430-6, que bem define e resume toda a questão, com base no disposto na Lei n.º 8.666/93 e demais legislação em vigor, assim como Revisão da Súmula 226 do TCU sobre a mesma matéria, nos seguintes termos:

“(c.1) Estipulação de multa contra a Administração

A respeito dessa questão, o art. 40, XIV da Lei estabelece:

‘Art. 40. O edital conterà, no preâmbulo, o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada, e de seu setor, a modalidade, o regime de



execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV – condições de pagamento, prevendo:

(...)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;'

Pelos dispositivos acima transcritos observa-se que é dever da Administração incluir no edital cláusula prevendo compensação financeira e penalizações para o caso de haver atraso nos pagamentos ao futuro contratado.

Nos mesmos moldes, no contrato, conforme dispõe o art.55, inciso VII:

'Art. 55: São cláusulas necessárias em todo o contrato as que estabeleçam:

(...)

VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas.'

Entretanto, como o presente caso refere-se à aplicação de multa por parte de concessionárias de serviço público à Administração Pública, a questão merece maior detalhamento.



O Tribunal de Contas da União a respeito da matéria, recentemente reviu a súmula 226, retirando de seu texto o trecho 'inclusive concessionárias de serviços públicos', dando ao Enunciado a seguinte redação:

'É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos seus municípios, quando inexistir norma legal autorizativa'.

A necessidade de alteração da Súmula 226 do Tribunal de Contas da União, em síntese, fundamentou-se no fato de que a relação jurídica que estabelece entre a Administração Pública e a concessionária de serviço público é de consumo, consubstanciada em um contrato de adesão, distinta, portanto, daquela relativa à concessão. Na relação jurídica estabelecida com a concessionária no caso de fornecimento de serviço, a Administração não age com prerrogativas típicas de Poder Público. Sujeita-se às mesmas exigências técnicas e financeiras para obter o fornecimento, não se diferenciando, em nada, dos demais usuários

Concluindo a respeito desta questão, não parece coerente aceitar que o contratado deva suportar o prejuízo decorrente de ato para o qual não contribuiu.

Nessa esteira, é o entendimento de Marçal Justen Filho¹, cujos comentários transcrevo:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 7ª ed., Dialética, São Paulo, p.595



'É destituído de razoabilidade afirmar que o inadimplemento da Administração não acarretaria qualquer consequência. Isso representa negar a eficácia do princípio da legalidade e liberar a Administração para adotar condutas arbitrárias. '

Assim, afigura-se mais consentâneo com o ordenamento jurídico vigente e com o entendimento do Tribunal de Contas da União que a Administração estabeleça multas pelo descumprimento total ou parcial de suas obrigações.

Sugere-se, aplicando-se subsidiariamente o art. 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, multa no patamar de 2% ao mês pelo atraso no pagamento por culpa da Contratante.

(c.2) correção monetária

Quanto à questão relativa à aplicação de correção monetária pelo atraso no pagamento, segundo jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União e nos Tribunais Superiores, independe de previsão no edital e no contrato, ao argumento que busca apenas a atualização do valor e, se prevista em lei, é exigível.

Além do que a correção monetária encontra guarida e fundamento em princípios gerais do direito e na disposição do art.37, XXI da Constituição da República, que determina a manutenção das condições efetivas da proposta.

Sugere-se a seguinte redação : atualização dos valores em atraso, até a data da efetiva quitação do débito,



pelo IGP-DI, ou por outro índice definido pelo Governo Federal.

(c.3) juros de mora

Por força do art. 1º da Lei n.º 4.414/1964, a União responde pelo pagamento dos juros de mora na forma do direito civil.

O novo Código Civil, de sua vez, assim dispõe a respeito da matéria:

‘art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Muito embora haja previsão na legislação tributária de aplicação da taxa SELIC, entendemos que a taxa de juros deva ser a de 1% ao mês prevista no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (ou 0,03333% ao dia), tendo em vista que a SELIC impede o prévio conhecimento dos juros e inclui correção monetária na sua composição, o que torna difícil sua aplicação, como vem se inclinando a doutrina.”

De forma a compatibilizar o edital com o disposto na legislação e na jurisprudência sobre licitações e adequar a contratação às práticas contratuais usuais, sugere-se que seja introduzido na presente edital a previsão de cobrança dos encargos moratórios, qual sejam: **2% de multa, juros moratórios de 1% ao mês pro rata die e atualização dos valores em atraso, até a data da efetiva quitação do débito, pelo IGP-DI, ou por outro**



índice definido pelo Governo Federal, nas hipóteses de responsabilidade do não pagamento das faturas pela Contratante.

III – IMPERIOSA NECESSIDADE DE CLARA DEFINIÇÃO DO OBJETO

Verificou-se que o Instrumento Convocatório em questão não é preciso na definição do objeto e regramentos da licitação, sendo necessário responder cabalmente a todos os questionamentos, promovendo, ademais, as adequações técnicas atinentes, sendo certo que tal precisão é elemento imprescindível para que esta e as demais licitantes realizem o estudo adequado sobre a viabilidade técnica do projeto e elaborem as suas propostas técnicas e de preço realmente aderentes ao que esta r. Administração pretende, senão vejamos:

ANÁLISE DO TERMO DE REFERÊNCIA:

6.1. A execução do serviço, objeto deste contrato, se dará nos seguintes locais:

ITENS 1 e 3: Instalação no Rack Central do prédio Sede da ALEMA

ITENS 2 e 4: Instalação no Rack Central do prédio da TV ALEMA e Instalação de Link ponto a ponto da TV ALEMA para à sede da EBC.

Entretanto, é cediço que os itens ou lotes devem conter a descrição sucinta do serviço a ser contratado. Existe uma distância grande no entendimento do que é infraestrutura e prestação de serviços de acesso à Internet e, desta forma, há incoerência com o descrito no Objeto. Falta clareza no detalhamento e normatização das nomenclaturas dos serviços e necessidades do cliente, tornando, desta forma, dúbio o entendimento. **Pugna-se, pois, pela ampla revisão de tal descrição.**



Ademais, no que tange aos ITENS 2 e 4, há a exigência de um link ponto a ponto (L2L), sendo que em nenhum momento se apresenta as especificações descritas no TR ou no anexo I. **Pugnamos, pois, pela minuciosa apresentação das especificações técnicas de tal link.**

7.11. Os chamados deverão estar disponíveis por meio de relatórios que poderão ser acessados em site disponibilizado pela Contratada atendendo aos seguintes tópicos:

É cediço que tal exigência obriga a customização de serviços, o que fatalmente onerará as propostas de preços à Administração. **Pugnamos, pois, pela exclusão ou, ao menos, simplificação de tal exigência.**

Ademais, não está claro se o L2L também deverá ser monitorado para fornecimento deste relatório, o que inviabiliza a elaboração de proposta realmente aderente ao que pretende a Administração.

8.6. O prazo para a instalação da infraestrutura necessária a prestação do serviço, será de, no máximo, 30 (trinta) dias corridos contados do recebimento da nota de empenho pela Contratada;

Urge esclarecer que a infraestrutura interna é de responsabilidade do cliente e não da Contratada. Reitera-se, pois, que é preciso que o Objeto esteja descrito de forma clara, pois o objeto aqui é instalação de acesso Internet, sendo certo que somente a infraestrutura para construção do atendimento até o cabo de entrada do cliente é de responsabilidade da Contratada. O texto é dúbio e dá margem a várias interpretações. **Pugna-se, pois, pela apresentação de descrição clara.**



10.5. Declaração expressa dirigida à CONTRATANTE, especificando que a licitante está obrigada a atender o SLA no mínimo de 99%;

Este critério diverge do que consta no item 7.7 do Termo de Referência, prejudicando assim a correta e isonômica interpretação do Instrumento Convocatório. **Pugna-se, pois, pela uniformização do edital.**

Nesse sentido, outros critérios que podem ser adotados são a disponibilidade, taxa de erros, latência, perda de pacotes e SLA de falhas que na CLARO, por exemplo, são respectivamente:

- ✓ A seguir especificações mínimas do serviço de acesso Internet dedicado, em fibra óptica CLARO/Embratel:
 1. Disponibilidade: **99,43%**
 2. Taxa de erro em bits – Máxima 1×10^{-6}
 3. Latência – Máxima: 150 ms
 4. Perda de pacotes: 2%
 5. SLA de falhas: 4 horas

10.7. Apresentar comprovação através de "print" da Tela (Menu IX) no site <https://bgp.he.net/>, que possui no mínimo 5 PTTs (Pontos de Troca de Tráfego).

10.8. Apresentar comprovação através do "print" da tela no site <https://ix.br/particip/slz> que possui conexão ao PTT São Luís;

A CLARO possui *backbone* próprio, desta forma não está interligada a RNP em todos os PTT no Brasil. Todavia, a NET, que é do Grupo Claro, possui interligação com os PTT, a qual, por sua vez, possui interligação com a rede da Claro. **Logo, pugnamos para que seja adotado também o critério de que a**



operadora deve possuir *backbone* próprio. Caso contrário, isto pode limitar a ampla participação e competitividade.

ANEXO I

1. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

1.2. Garantia de utilização de 100% da banda contratada;

No tocante à disponibilidade da prestação do serviço, a Regulamentação é clara ao determinar que a garantia de banda mínima para entrega será de 95% e não de 100% - não obstante o instrumento convocatório exigir tal garantia de banda. Nesse mister, cumpre-nos destacar o que preceitua o Art. 50 da Resolução ANATEL n.º 632/2014, a saber:

Art. 50. Antes da contratação, devem ser claramente informadas ao Consumidor todas as condições relativas ao serviço, especialmente, quando for o caso:

I - valores de preços e tarifas aplicáveis, com e sem promoção;

II - período promocional;

III - data e regras de reajuste;

IV - valores de aquisição, instalação e manutenção dos serviços e equipamentos;

V - restrições à utilização do serviço;

VI - limites de franquia e condições aplicáveis após a sua utilização;


Erika M. Padilha
Gerente Executivo de Contas Governo
 Claro



VII - velocidades mínima e média de conexão;

VIII - a viabilidade de imediata instalação, ativação e utilização do serviço; e,

IX - incidência de prazo de permanência, período e valor da multa em caso de rescisão antes do término do prazo.

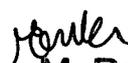
<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>

Portanto, pugnamos para que ao sanar tal divergência à Regulamentação, a Administração estabeleça o parâmetro regulamentar de 95%, de modo a viabilizar a ampla participação de empresas interessadas neste certame.

1.11. O acesso IP Internet fornecido pela Contratada deverá possuir latência de, no máximo, 100 ms. Tal indicador será aferido por meio de ping entre a interface WAN do roteador instalado na CONTRATANTE pela Contratada e o roteador de entrada no backbone da Contratada;

Ocorre que a latência exigida não é praticada no mercado para este tipo de serviço, sendo certo que nem a CLARO nem outras Operadoras conseguiriam atendê-la. Pugnamos, pois, que a latência do acesso IP exigida seja de 150ms, parâmetro usual de mercado.

1.12. A Contratada deverá garantir que o link tenha SLA (Service Level Agreement) estabelecido de, no mínimo, 99% (noventa e nove por cento) de disponibilidade, a ser medida mensalmente através de ferramenta disponibilizada, sem custo, pela contratada;


Erika M. Padilha
Gerente Executivo de Contas Governo
 



Entretanto, este critério diverge do que consta no item 7.7 do Termo de Referência, prejudicando assim a correta e isonômica interpretação do Instrumento Convocatório. **Pugna-se, pois, pela uniformização do edital.**

Diante das questões supramencionadas – inequívocas inconsistências editalícias –, mostra-se imperiosa a revisão do Instrumento Convocatório em questão, com vistas a proporcionar a mais ampla competitividade que dá sentido ao procedimento licitatório, assim como a real isonomia entre as licitantes mediante a redação clara e objetiva do Instrumento Convocatório. Nesta esteira, merece destaque a Lei de Licitações, mormente o que insculpe o seu artigo 3º, senão vejamos:

“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.”

Apenas 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 regras subjetivas, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes ou os desnivalem no julgamento, devendo-se alinhar o presente Instrumento Convocatório aos ditames da lei.

Ademais, verifica-se necessário esclarecer exatamente o objeto a ser contratado, tendo em vista o disposto no Art. 3º, II da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) e Art. 14 da Lei 8.666/93, senão vejamos:

“Art. 3º - A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

II. a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara...”

“Art. 14 – Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto...”

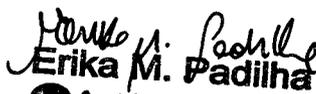
Entendemos que o provimento desta Impugnação em sua totalidade é medida extremamente necessária, posto que uma vez claramente definido o objeto do edital, todas as licitantes interessadas poderão competir com plena transparência e competitividade, não havendo que se falar em desigualdade entre as mesmas por determinadas prescrições editalícias equivocadas.



IV - DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando à ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO 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 da incoerência aqui apontada. 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 no termo proposto acima. Ainda, na hipótese do I. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digne-se a recebê-las como impugnação aos termos do edital, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

São Luís, 07 de agosto de 2020.


Erika M. Padilha
 Gerente Executivo de Contas Governo

ERIKA MENDES PADILHA
CPF: 299.269.898-96
PROCURADOR
GERENTE DE CONTAS