

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro - CREMERJ

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 003/2019

(Processo Administrativo n.º013/2019)

**TIM S.A.**, com sede na Rua Fonseca Teles nº 18 a 30, São Cristóvão, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.421.421/0001-11 (doravante “TIM”), neste ato representada conforme instrumento de mandato anexo, com fundamento no item 21 e seguintes do Edital do Pregão Eletrônico SRP nº 003/2019 em epígrafe (“Edital”), vem apresentar **IMPUGNAÇÃO**, pelas razões que passa a expor.

## PRELIMINARMENTE

A Impugnante pede *venia* para reafirmar o respeito que dedica à digna CREMERJ e aos doutos profissionais que a integram.

Destaca que a presente manifestação tem estrita veiculação à interpretação objetiva dos termos do instrumento convocatório. Destina-se apenas à preservação do direito da Impugnante e da legalidade do presente certame. As eventuais discordâncias deduzidas na presente impugnação fundamentam-se no entendimento que se pretende para o texto da Constituição e da Lei, eventualmente diverso daquele adotado para a edição do ato convocatório.

### I. Da Ilegalidade Do Instrumento Convocatório

A licitação de que se cuida tem por objeto “*a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação cuja finalidade é locação de uma Rede Privada de telecomunicações de longa distância de dados, voz e vídeo para uso do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ) e operada por este Conselho de acordo com os termos do SLP (Serviço*

*Limitado Privado) da ANATEL, sem qualquer tipo de compartilhamento com outros usuários, composta por rádios enlaces de micro-ondas, enlaces ópticos ou a combinação destas tecnologias, com a possibilidade de utilização da infraestrutura de telecomunicações existente”.*

Analisando o instrumento convocatório em comento, verifica-se que o mesmo contém previsões incompatíveis com a Constituição e com as Leis que regem as licitações públicas, uma vez que faz exigências que acabam por restringir a participação de empresas interessadas em competir no procedimento licitatório.

### **III. Do Mérito**

Inicialmente, a TIM destaca acerca do objeto da presente licitação: *“é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação cuja finalidade é locação de uma Rede Privada de telecomunicações de longa distância de dados, voz e vídeo para uso do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ) e operada por este Conselho de acordo com os termos do SLP (Serviço Limitado Privado) da ANATEL, sem qualquer tipo de compartilhamento com outros usuários, composta por rádios enlaces de micro-ondas, enlaces ópticos ou a combinação destas tecnologias, com a possibilidade de utilização da infraestrutura de telecomunicações existente.”*

Ainda, de acordo com subitem 3.1.11 do Edital, *“os itens da Infraestrutura de Rede referida acima que deverão obrigatoriamente ser de uso exclusivo do CREMERJ, não se admitindo qualquer tipo de compartilhamento do uso dos mesmos, são: 3.1.11.1 Radioenlaces de frequências licenciadas entre 6,5 e 23 GHz outorgadas pela ANATEL; 3.1.11.2 Radioenlaces de frequências não licenciadas nas faixas entre 2,4 e 5,8 GHz; 3.1.11.3 Cabos ópticos com todas suas fibras ópticas; 3.1.11.4 Comprimentos de onda em sistemas DWDM; e 3.1.11.5 Canais SDH (STM-1, STM-4 ou STM-16);”*

Mister salientar a disposição editalícia do item 7.3.3 do Termo de Referência: *“Caso a CONTRATADA utilize cabos óticos para os Links de Acesso, os links deverão ser implementados com fibras óticas apagadas terminadas em equipamentos com interface padrão 1000Base-SX ou 1000Base-LX. A utilização fibra óticas apagadas é devido a se tratar de um*

*contrato de locação de infraestrutura, assim sendo não é permitido o compartilhamento de banda.”*

Ora, com referência aos itens acima, a Impugnante identifica que há direcionamento do certame para uma solução de rede apartada, o que impede a participação das principais players do mercado de telecomunicações, assim, havendo flagrante infringência na competitividade da presente contratação.

Nesse sentido, de modo que a CREMERJ viabilize a participação de um maior número de Licitantes no certame, o que fomentará a competitividade e a redução de custo do serviço, que é o desejo do poder público, permitindo a participação das Operadoras utilizando rede MPLS ou links Ponto a Ponto, que utilizam o backbone da Operadora para o transporte de dados.

Vale frisar que a descrição do serviço exigida pela CREMERJ nos itens supracitados caracteriza incerteza e imprevisibilidade, dado ser flagrantemente impedida a participação de operadoras atuantes no mercado.

O inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93 também veda que se inclua nos editais cláusulas ou itens que possam restringir a participação de empresas interessadas e que frustrem o caráter competitivo do certame. Vejamos:

*“§ 1º 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”*

Nestes termos, o TCU já se posicionou por diversas vezes neste sentido:

*“9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;”*. (Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara)

*“8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;”* (Decisão 369/1999 – Plenário)

*“Observe o § 1o, inciso I, do art. 3o da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes.”* (Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara).

Com desenvoltura, acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho versa:

*“O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação”* (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 63).

Para se realizar um certame competitivo e, por consequência, gerar para a Administração Pública vantagem na contratação do serviço objeto deste Edital, é necessário que adapte esta exigência do Edital, se baseando na prática do mercado de telecomunicações.

No que pese às localidades de interesse da CREMERJ, o Edital estabelece apenas 25 endereços dos 60 que serão precificados, assim, resta claro que houve omissão de informação

crucial às Licitantes interessadas na presente licitação. Desta forma, a TIM pugna pela revisão do instrumento convocatório de modo que sejam informados todos os endereços, viabilizando, assim, a definição correta dos custos do projeto, fator primordial para se definir o valor final que a Licitante pode efetuar.

De outro lado, caso mantenha o edital nos termos em que se encontra, impede a participação de empresas interessadas, caracterizando restrição ao caráter competitivo da licitação, violação ao princípio da isonomia e prejuízo para erário, vez que a Administração Pública deixa de atender ao interesse público e de contratar pelo menor preço.

Na elaboração do Instrumento convocatório e de seus anexos, o Administrador deve observar as normas legais, principalmente àquelas aplicáveis às licitações públicas.

Infere-se, assim, que todas as exigências contidas no instrumento convocatório não podem ser excessivas além de permitir que o maior número de licitantes possa participar do certame, fazendo com que a Administração contrate o melhor serviço pelo menor preço, alcançando vantajosidade para Administração Pública.

Se persistir exigências incompatíveis ao objeto licitado no Edital, certo é que as Licitantes se afastarão do certame, prejudicando a vantajosidade exigida pelo art. 3 da Lei 8.666/1993. Vejamos:

*“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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*

*juízo objetivo e dos que lhes são correlatos.”*

Tal medida, além de prejudicar a vantajosidade das propostas, acabaria por afetar também o caráter competitivo do certame. Isto porque, como se sabe, o caráter competitivo da licitação depende da participação do maior número possível de licitantes e, para tanto, não deve o ato convocatório prever condições de participação excessivamente restritivas, conforme expressamente determina o artigo destacado supra.

Neste sentido, é clara a lição de Marçal Justen Filho:

*“O tratamento isonômico visa a assegurar a escolha da proposta mais adequada, dotada de maior vantajosidade. O que não se admite é a fixação de regras discriminatórias que impeçam a seleção da proposta dotada de maior vantajosidade. Portanto, isonomia e vantajosidade se integram de modo harmônico como fins a que se norteia a licitação.”*

A doutrina e a jurisprudência têm ratificado o entendimento que o Edital não pode restringir a competitividade do certame, característica inerente às licitações Públicas. Vejamos:

*“o interesse público reclama o maior número de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação.”*

Nesse passo, esta Licitante destaca quanto à essencial observação e prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evidentemente regentes aos atos da r. Administração.

Conforme destaca a respeitável doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, “a razoabilidade é qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa.”

No que pese a exigência excessiva, ora impugnada, é evidente que o Administrador Público deve se pautar pela proporcionalidade atendendo o trinômio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

Veja-se, a propósito que o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93 estabelece que a licitação destina-se a seleção da proposta mais vantajosa. A vantagem buscada por meio de certames é assim conceituada segundo o Professor Marçal Justen Filho:

*“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro, vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação de custo benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.”*

De outro lado, caso mantenha o edital nos termos em que se encontra, impede a participação de empresas interessadas, caracterizando restrição ao caráter competitivo da

licitação, violação ao princípio da isonomia e prejuízo para erário, vez que a Administração Pública deixa de atender ao interesse público e de contratar pelo menor preço.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI dispõe que a Administração somente poderá fazer exigências indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação, qual seja, o objeto a ser contratado. Vejamos:

*“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

*(...)*

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

Assim, a Administração não cumpre o mandamento contido na Carta Maior e ainda não observa o princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, que exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

Assim, em que pese o estabelecimento das especificações dos serviços que se pretende contratar seja decisão discricionária da Administração Pública, por força do princípio da legalidade, esta deve pautar suas decisões pelos princípios que orientam o procedimento, expressamente previstos na legislação em vigor, e principalmente, pelo interesse público que se pretende atingir com aquele ato.



Diante dos fatos acima narrados, do mandamento legal e da jurisprudência acima transcrita, esta impugnante requer que a d. Comissão altere e republique o Edital com todas as informações necessárias, concedendo a oportunidade a esta empresa de participar da licitação em comento.

#### IV. Do Pedido

Em face do exposto, a TIM requer:

- (i) o acolhimento das razões expostas acima, de acordo com o disposto na lei, na doutrina e jurisprudência;
- (ii) a retirada do edital dos itens que restringem o caráter competitivo do certame;
- (iii) a republicação do Edital, após escoimados todos os vícios que maculam sua validade, em conformidade com o artigo 21, §4º da lei 8.666/93.

Termos em que,  
pede deferimento.

  
ANA CLAUDIA MACHADO POVOAS

Nome(s): Ana Claudia Machado Povoas  
CPF: 018595267-48

---

**TIM S.A.**

Por:

Cargo: