



OI SOLUÇÕES

Primavera do Leste/MT, 03/05/2021.

À
CÂMARA MUNICIPAL DE PRIMAVERA DO LESTE
COMISSÃO DE LICITAÇÕES

Câmara Municipal Primavera do Leste	
Fl. nº	Sub.
208	m

ILMO. SR. PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE PRIMAVERA DO LESTE - MT

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2021

Oi S.A., em **Recuperação Judicial**, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o nº 76.535.764/0001-43; simplesmente denominada "Oi", vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

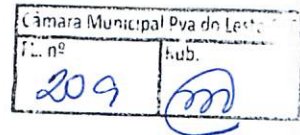
A **CÂMARA MUNICIPAL DE PRIMAVERA DO LESTE** instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma presencial, do tipo menor preço, registrado sob o n.º 005/2021, a fim de "*Registro de preços para futura e eventual contratação de Internet, O presente termo tem por objetivo estabelecer condições para prestação de serviços de natureza continuada - Internet, na velocidade de 200MB, garantia de 100% da banda contratada (dedicado), fibra óptica, baixa latência, bloco de endereços IPV4 Público /29, bloco de endereços IPV6 em dual stack, delegação do bloco para IPV4 e IPV6 para Câmara, Suporte 24x7 - Presenciais - Telefônico - Whatsapp - Email, Monitoramento da Conexão 24x7, Operadoras Redundantes, ONU modo bridge, para a Câmara Municipal de Primavera do Leste Estado de Mato Grosso, conforme especificações e condições constantes no Termo de Referência n. 004/2021*".

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

Preliminarmente: DA TEMPESTIVIDADE

A presente Impugnação tem por objeto apontar alguns equívocos contidos no Edital cuja prévia correção se mostra indispensável à formulação de proposta para o certame em apreço.

O prazo decadencial para protocolo da impugnação é de DOIS (2) DIAS ÚTEIS ANTERIORES à data fixada para a abertura da sessão pública, nos termos do artigo 12 do Decreto Federal nº 3.555/2000, no art. 41, §2º, da Lei nº. 8.666/93, no art. 72, inc. II, e no item 7.1 do Edital. Neste caso, a data prevista para a abertura do certame é dia 05/05/2021, às 08:10h, temos, portanto, o termo final para protocolo da peça o dia 03 DE MAIO DE 2021 (SEGUNDA-FEIRA) para protocolização da presente Impugnação.

Ademais, insta registrar que a contagem do prazo no procedimento licitatório obedecerá aos ditames da Lei nº. 8.666/93, juntamente com as regras processuais comuns (Código de Processo Civil Brasileiro), EXCLUINDO-SE O DIA DE INÍCIO E INCLUINDO-SE O DO VENCIMENTO (artigo 110, Lei nº. 8.666/93 e artigo 184, *caput*, Código de Processo Civil).

05/05/2021 (quarta-feira)	04/05/2021 (terça-feira)	03/05/2021 (segunda-feira)
Data designada para o recebimento das propostas e realização da sessão pública.	Um dia útil antes da data da sessão pública.	Dois dias úteis antes da data da sessão pública.
Dia de início: não é computado (art. 110).	É contado (art. 110).	Dia do vencimento: é computado e incluído. (art. 110).
		<u>Prazo para impugnação.</u>



Câmara Municipal Pva do Leste	
Fl. n.º	sub
210	(m)

De acordo com o **Acórdão 1871/2005 Plenário do TCU**:

*“20. Verifica-se no preâmbulo do edital que a data para **recebimento da proposta foi marcada para 10/08/2005.***

21. Na interpretação levada a efeito pelo Pregoeiro da FUB, e consignada nas respostas às impugnações, o prazo fatal para a contestação teria encerrado em 05/08/2005, na forma do edital, tendo em vista que os dias 6 e 7 de agosto caíram no sábado e no domingo.

22. Já para a representante, o prazo se encerraria no dia 8/8/2005, data, aliás, em que protocolou a impugnação administrativa.

23. A controvérsia, como salientado na instrução anterior dos autos, reside pois na interpretação que se dá a expressão ‘até dois dias úteis antes’. A solução deve ser buscada na Lei n.º 8.666/93, aplicável subsidiariamente às licitações na modalidade Pregão, que, no caput do art. 110, estabelece o seguinte:

*‘Art. 110 Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, **excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento**, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.’ (grifamos)*

*24. No caso vertente, aplicando-se o art. 110 da Lei de Licitações, é evidente que o dia do recebimento da proposta (10/8/2005) deve ser considerado na contagem do prazo. Desta forma, assiste razão à empresa representante, já que **não paira qualquer dúvida de que eventuais impugnações poderiam ter sido apresentadas até (inclusive) o dia 8/8/2005.**”*

Relator Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES

Conclui-se, portanto, pela **TEMPESTIVIDADE** da presente Impugnação o protocolo realizado até o dia **03/05/2021**.

1. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O item 12.2.2 da minuta da Ata de Registro de Preços determina; Multa administrativa com natureza de perdas e danos da ordem de até 20%(vinte por cento) sobre o valor total do Ata de Registro de Preços;

A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória nº 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de "multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato". Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

"Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente" (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o quantum a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público".

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (Geeignetheit), necessidade (Notwendigkeit) e proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismäßig im engeren Sinn). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e

a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.” (grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave

a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento." (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o quantum referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 12.2.2 da minuta da Ata de Registro de Preços, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

Da limitação da responsabilidade da Contratada aos danos diretos comprovadamente causados à Contratante.

Oportuno esclarecer que, quanto à responsabilidade do Contratado pelos danos causados à Administração, o art. 70 da Lei n.º. 8.666/1993 é claro ao determinar que tais responsabilidades estejam adstritas aos danos diretos:

"Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Apenas para que não parem dúvidas, a Oi solicita seja adequado o referido item do Edital aos termos dos artigos 70 e 87 da Lei n.º. 8.666/1993 (acima transcritos).

2. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O Edital/TR/Minuta Contratual estabelecem a forma como deve ser procedido o pagamento do serviço contratado, através de depósito em conta bancária.

Ocorre que tal o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, é **mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.**

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Qualquer outra forma de pagamento, como o depósito em conta corrente previsto no Edital, causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações contratada.

Ademais, a Oi utiliza o sistema de faturamento, por meio de Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via, modelo 22, em razão das várias vantagens que essa forma de pagamento proporciona.

Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a inclusão no Edital/TR/Minuta Contratual, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

3. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

Assim, para a recomposição da equação econômico-financeira, surgiram diversas figuras, dentre elas o reajuste.

O reajuste nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. É alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

A Lei n.º 8.666/93, em seu inciso XI do art. 40, determina a obrigatoriedade do Edital conter, dentre outros, "o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela".

Da mesma forma, o inciso III do art. 55 da referida Lei elenca como cláusula necessária em todo contrato a que estabeleça "o preço e as condições de pagamento, os critérios, **data-base e periodicidade do reajustamento de preços**, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento".

É obrigatória, portanto, a inclusão de cláusula de reajuste, não sendo uma mera faculdade da Administração.

Para Marçal Justen Filho:

"O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexequível ou a distorção da competição¹."

A presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência "*controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.*"

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

Os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços. A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços.

Ocorre que considerando o objeto do edital tratar-se de STFC, e sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IST.

Ante o exposto, requer a inclusão no Edital, Termo de Referência e Minuta Contratual de modo que o reajuste dos valores relativos ao serviço prestado seja realizado da seguinte forma:

"As tarifas serão reajustadas conforme homologação do Poder Concedente, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações".

4. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 25.1 do Edital e cláusula sexta da Ata de Registro de Preços e minuta do Contrato estabelecem que serão enviadas certidões mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura. ✓

Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal.

Não obstante tal fato, é importante observar que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explica-se: as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias)..

Assim, a apresentação mensal das referidas certidões foge dos padrões lógicos, visto que o prazo de validade das mesmas ultrapassa o período de trinta dias.

É de suma importância observar que não está se discutindo aqui a necessidade da manutenção dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Tal fato é inquestionável! O que se discute nesta análise é a desproporcionalidade e ilegalidade em exigir a apresentação

mensal desses requisitos, principalmente, pelos mesmos possuírem período de vigência superior à 30 (trinta) dias.

Vale corroborar, que a Administração Pública possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Se a certidão informa que seu prazo de validade é de 120 dias, porque a contratada deverá apresentar a certidão mensalmente?

Verifica-se a incongruência na aplicação da exegese do item 17.3.3 do Edital e do item 18.3.3 do Termo de Referência. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Carlos Ari Sunfeld, na obra "Fundamentos de Direito Público" afirma o seguinte acerca da proporcionalidade (fls. 165):

"A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir."

Ora, o administrador está jungido ao Princípio da Legalidade, portanto, ao determinar obrigações que não possuem previsão legal, atua de forma desproporcional e irrazoável.

Para José dos Santos Carvalho Filho, "razoabilidade é a 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"².

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

"O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”³

Diante disso, requer a alteração dos itens em comento para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

4. DAS PENALIDADE

Os percentuais de penalidade apresentados no Edital, na Minuta da Atas de Registro de Preços e na Minuta do Contrato, em cada um deles são apresentados percentuais diferentes.

Pedimos sejam equalizadas as penalidades dentro da razoabilidade, diferenciando-se as penalidades da inadimplência total e da inadimplência parcial.

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.

Primavera do Leste - MT, 03 de maio de 2021.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.