



ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA CÂMARA MUNICIPAL DE  
JATAÍ/GO

Ref.: Pregão Presencial n.º 003/2019

OI S/A (em Recuperação Judicial), pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 76.535.764/0001-43, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2.º andar, vem, tempestivamente, com fulcro no item 18.1 do Edital e artigo 12 do Decreto Federal n.º 3.555/2000, apresentar

### **IMPUGNAÇÃO**

Aos termos do Edital em referência, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.



## **I – DOS FATOS**

A Câmara de Jataí instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma Presencial, visando à contratação de serviço de conexão dedicada à internet.

Interessada em participar da licitação, a ora Impugnante denota, no entanto, a presença de alguns vícios de legalidade no Edital, cuja prévia correção se mostra indispensável à abertura do certame e formulação de propostas.

Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, a Oi **SOLICITA URGÊNCIA** na análise do mérito desta Impugnação pela Sra. Pregoeira, a fim de evitar prejuízos sérios para o erário, o qual certamente será lesado caso o Edital permaneça nos termos atuais. Tal é o que se passa a demonstrar.

## **II – DO DIREITO**

### **1. DA INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE**

Os itens 12.4 do Edital e 9.1 do Anexo I estabelecem que a Contratante deverá apresentar os comprovantes de regularidade fiscal/trabalhista 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 dos itens citados. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Carlos Ari Sundfeld, 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”<sup>1</sup>.

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.

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

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 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.”<sup>2</sup>*

Diante disso, requer a alteração dos itens 12.4 do Edital e 9.2 do Anexo I para que não exijam a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

## **2. DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO**

Os itens 12.5 e 12.8 do Edital, 9.3 e 9.7 do Anexo I, bem como Cláusula Quarta, § 1.º, da Minuta Contratual – Anexo VI, dispõem que o pagamento somente será realizado se não houver qualquer penalidade ou descumprimento contratual, ou ainda pela não apresentação de certidões de regularidade fiscal.

**Entendemos que não pode a Contratante condicionar o pagamento à inexistência de penalidades ou irregularidade fiscal, posto que não consta do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados.**

Logo, não pode a Contratante aplicar a referida sanção à Contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.



autoriza a Administração a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

Este é o entendimento esposado por Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

*"Além das hipóteses do art. 78, existem outras, implicitamente previstas na Lei. Assim, deve-se dar aplicação ao disposto no art. 55, inc. XIII. Verificando-se, após a contratação, que o contratante não preenchia ou não preenche mais os requisitos para ser habilitado, deverá promover-se a rescisão do contrato. A rescisão tanto pode fundar-se na descoberta de que o particular não detinha as condições necessárias como em que, após a contratação, deixou de preencher as exigências legais. Os requisitos de idoneidade devem estar presentes não apenas no momento anterior à contratação, mas têm de permanecer durante todo o período de execução do contrato. Rigorosamente, poderia ser caso de nulidade da licitação, vício que se estenderia ao contrato. Porém, podem supor-se situações em que teriam de ser aplicadas as regras da resolução, mormente quando existisse uma situação de fato consolidada. Imagine-se, assim, que a situação se configurasse relativamente a concessionário de serviço público. Aplicação rigorosa da teoria da nulidade produziria efeitos insuportáveis. Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. Isso não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança." (São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549) (grifo nosso)*

Finalmente, importante colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:



“ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

*1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.*

*2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.*

*3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.*

*4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança." (Marçal Justen Filho.*



Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

Portanto, a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato.

Diante disso, requer a exclusão dos itens 12.5 e 12.8 do Edital, 9.3 e 9.7 do Anexo I, bem como Cláusula Quarta, § 1.º, da Minuta Contratual – Anexo VI 12.5 do Edital, para que não condicionem o pagamento.

### **3. DAS GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE**

Analisando o instrumento convocatório destacamos a ausência de previsão de atualização monetária, juros e penalidades, em caso de inadimplemento da Administração Pública.

A falta de previsão destas garantias essenciais à Contratada ofende, veementemente, o disposto nos artigos 40, inciso XIV, “c” e 55, inciso III, ambos da Lei n.º. 8.666/93.

Oportuno observar que a Lei n.º. 8.666/93, em seu artigo 55, determina que estejam previstas na minuta contratual as penalidades e critérios de atualização financeira aplicáveis, conforme destacado a seguir:

*“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...)*

*III - 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;”*

A Lei n.º. 8.666/93 prevê as penalidades aplicáveis aos Órgãos Contratantes, as quais devem constar dos respectivos instrumentos avençados por esses entes.



Mas embora a modalidade Pregão seja regida por Lei própria, não deve ser afastada a aplicabilidade da Lei n.º. 8.666/93 que subsidiariamente vem complementar os temas que foram omitidos na Lei n.º. 10.520/2002, que teve como missão viabilizar a modalidade Pregão, essencialmente em seus aspectos procedimentais e pela simplicidade de seu texto.

Contudo, não conseguiu prever todas as questões relacionadas à contratação propriamente dita. Esse papel, sem sombra de dúvida, coube à Lei n.º. 8.666/93, que pela sua complexidade e por já estar em vigor desde 1993, contempla de forma mais abrangente os aspectos da relação contratual estabelecida entre Licitante e Contratado.

Vera Scarpinella<sup>3</sup> em seu livro - Licitação na Modalidade Pregão - assim dispõe sobre o tema em questão:

*"(...) Por esse raciocínio, à falta de solução procedimental específica na Lei 10.520, deve ser aplicado o regime geral da Lei 8.666, o qual passa a compor, em conjunto com a Lei do Pregão, a norma geral procedimental da nova modalidade. O papel das normas gerais da Lei 8.666 no pregão é preencher eventuais lacunas procedimentais da norma geral do pregão. O objetivo dos itens seguintes é exatamente identificar tais normas que, aplicadas ao pregão, darão segurança e certeza jurídica ao campo das licitações públicas."*

O artigo 66 da Lei n.º. 8.666/93 diz que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas legais, *respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução, total ou parcial.*

Desta forma, o artigo não faz distinção entre a Contratante e a Contratada, uma vez que ambas são partes no contrato e, portanto, a ambas se aplicam, conseqüentemente, as normas pertinentes ao inadimplemento das obrigações pactuadas.

---

<sup>3</sup> SCARPINELLA, Vera, *Licitação na Modalidade de Licitação de Pregão*, Editora Malheiros, 2003.

Leciona Marçal Justen Filho no sentido de que o ato convocatório deve disciplinar as condições de adimplemento e consequências de inexecução, tanto no tocante ao particular como à própria Administração.

É incompatível com o Estado Democrático de Direito omitir-se disciplina de conduta estatal. A idéia de democracia exige a submissão do Estado e de seus agentes à observância dos princípios jurídicos fundamentais, dentre os quais, o da obrigatoriedade das convenções e da vedação à impunidade<sup>4</sup>.

Continua o autor, no sentido de que não é cabível que o Estado pretenda, através da omissão de regras sobre consequências de inadimplemento, assegurar a si próprio regime excludente de sanções em caso de infração ao Direito. Logo, omisso o Edital acerca do tema, qualquer particular pode provocar a Administração e exigir esclarecimento, não sendo tal disciplina facultativa, mas obrigatória<sup>5</sup>.

Deveras, a mora - revela a ilustre Prof<sup>a</sup> Maria Helena Diniz - possui os seguintes efeitos jurídicos:

*“1º) responsabilidade do devedor pelos prejuízos causados pela mora ao credor, mediante pagamento de juros moratórios legais ou convencionais; indenização de lucro cessante...; reembolso das despesas efetuadas em consequência da mora; satisfação da cláusula penal, resultante, pleno iure, do não-pagamento” (in Curso de Direito Civil Brasileiro, páginas 363 e 364).*

Na senda destas razões, pertinente aqui recordar a lição do renomado administrativista Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, *in verbis*:

<sup>4</sup> FILHO, Marçal Justen, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11 ed., São Paulo: Editora Dialética, 2005, p. 397.

<sup>5</sup> FILHO, Marçal Justen, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11 ed., São Paulo: Editora Dialética, 2005, p. 397.

*“O sujeito (inclusive o Estado) tem o dever de cumprir a prestação assumida, no prazo e condições determinadas. Ao infringir esse dever, sujeita-se à obrigação de indenizar a parte inocente por perdas e danos. Entre os danos emergentes encontra-se, no mínimo, a perda do valor da moeda proveniente da inflação. Portanto, se o Estado atrasar o pagamento, deverá pagar com correção monetária. Os Tribunais não têm hesitado em seguir esse caminho, na vigência do Plano Real. Adota-se, geralmente, a variação do IGP-M da FGV como índice para apuração da correção.” [Dialética, 7ª edição, p.412]*

Outrossim, na Decisão n.º. 686/99, o Plenário do Tribunal de Contas da União também se manifesta em sentido similar quanto à aplicação de multa contra a Administração Pública, onde são defendidas sanções moratórias impostas à Administração no caso de inadimplência, *in litteris*:

*“[...] a cobrança de multa moratória, pelas concessionárias de serviços públicos, sejam elas privadas ou integrantes da Administração Pública, em desfavor dos órgãos e entidades públicos, por atraso no pagamento.*

*[...] quando a Administração age na qualidade de usuária de serviço público, em uma relação de consumo, a eventual multa moratória decorrente de atraso no pagamento tem natureza contratual, prescindindo de previsão legal, porquanto, nessas condições, a Administração figura como parte de um contrato da natureza privada e, como tal, despida dos privilégios que caracterizam os contratos administrativos.” [Decisão n.º. 686/99, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin. D.O.U. de 08.11.1999, pg. 35-38]*

Resta evidente, assim, que o Edital merece reparo neste aspecto, a fim de que sejam estabelecidos expressamente os ônus legalmente devidos à Administração em casos de inadimplência e de mora em relação ao cumprimento de suas obrigações.

Acrescente-se ainda que de acordo com o Parecer da Advocacia Geral da União n.º. GQ-170, devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República Fernando



Henrique Cardoso, em 13 de outubro de 1998, resta cristalina a **legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.**

Desta forma, esta Licitante solicita a V. S<sup>a</sup>. que o Edital e a minuta do contrato sejam alterados para incluir a seguinte previsão:

*“O não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento sujeitará o Contratante, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, às seguintes sanções:*

- a) Multa de 2% sobre o valor devido;*
- b) Juros de mora de 1% a.m.; e*
- c) correção monetária pelo IGP-DI.”*

#### **4. DAS QUESTÕES TÉCNICAS**

Da análise das especificações técnicas contidas no Anexo I – Termo de Referência, sobrevieram imperfeições que incidirão diretamente na execução do contrato.

#### **DA ESPECIFICAÇÃO DETALHADA DO OBJETO, ITEM 3**

##### *Subitem SERVIÇOS ADICIONAIS*

Solicitamos a alteração da obrigatoriedade de armazenamento das informações da Ferramenta de Gerencia para 6 meses, informamos ainda que a ferramenta possui funcionalidade de exportar as informações, podendo ser salvo localmente.

Nossa solicitação visa a economicidade do projeto, consideramos ainda que os relatórios podem ser exportados



### *Subitem ACORDO DE NÍVEL DE SERVIÇO e DO PRAZO PARA FORNECIMENTO*

Solicitamos que o prazo de entrega seja estendido para 90 dias, ou seja distribuído entre parte física e lógica, conforme sugestão abaixo

Após a assinatura do contrato, a CONTRATADA terá como prazos de instalação:

1. 60 (sessenta) dias para instalação dos circuitos de acesso das Unidades Operacionais;
2. 90 (noventa) dias para as configurações lógicas da ferramenta Gerencial

Deve-se a solicitação de dilatação do prazo de instalação física, a necessidade de projeto em Fibra Ótica, muitas vezes envolvendo licenças Municipais/Estaduais não mensuráveis na contabilização dos prazos.

A parte lógica do projeto só pode ser executada após a instalação da física onde solicitamos D+30, prazo necessário para as áreas responsáveis possam elaborar e implantar a modelagem do circuito na ferramenta de Gerencial.

### **DO GERENCIAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DA SOLUÇÃO, ITEM 12**

Solicitamos que os itens 5, 6 e 7 sejam removidos, as características apontadas estão voltadas para Firewall UTM, não especificado neste termo de referência.

Reforçamos que podemos oferecer o Firewall UTM, mas é necessário alinhamento e aprofundamento das especificações das funcionalidades necessárias para correto dimensionamento da solução.



## DO PEDIDO

Com o objetivo de que seja garantido o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi** solicita que V. S<sup>a</sup>. julgue a presente Impugnação motivadamente e no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias no Edital e demais documentos indigitados, e sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Jataí, 22 de março de 2019.

OI

**Tallitta Vieira Ayres**

Executiva de Negócios

Mercado Corporativo & Governo – Filial Goiás

Oi Móvel 0 62 984011108

Oi Fixo: (62) 3244-2225

E-mail: [Tallitta.ayres@oi.net.br](mailto:Tallitta.ayres@oi.net.br)

**2º Contato**

**Tiago Troncoso Costa Chaves**

Oi Móvel 0 62 984011062

e-mail: [tiago.troncoso@oi.net.br](mailto:tiago.troncoso@oi.net.br)