

Ilmo. Sr. Pregoeiro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio da Procuradoria-Geral de Justiça.

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 14/2018.

A **TELEMAR NORTE LESTE 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 n.º 33.000.118/0001-79, vem, por seu representante legal, com fulcro no item 13.1 do Edital, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

O **Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio da Procuradoria-Geral de Justiça** instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 14/2018, visando à *“Contratação de empresa especializada na prestação de serviço telefônico fixo comutado - STFC, na modalidade local, com instalação e manutenção de 30 (trinta) pares telefônicos, com cabeamento metálico direto e exclusivo, em Belo Horizonte/MG.”*

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. PREVISÃO EM DESACORDO COM O DECRETO ESTADUAL Nº 43.080/2002 (REGULAMENTO DO ICMS)

Os itens 7.7 e 9.2.1 do Edital possuem a seguinte previsão:

7.7. Ficam isentos do ICMS os fornecedores aos quais se refere o Decreto nº 43.080/02, e suas alterações posteriores.

9.2.1. O licitante enquadrado pelo Decreto nº 43.080/02, e suas alterações posteriores, exceto as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, deverá informar em sua proposta final os preços resultantes da dedução do ICMS.

Importante repisar que o item 136 utilizado como fundamento do item em referência, confere a isenção somente aos fornecedores localizados em Minas Gerais. Enquanto que o item 83 sobressai ao assegurar a isenção ao serviço de telecomunicação, de maneira geral, sem condicionar a localização do fornecedor, assim, vale dizer que o item 136 não disciplina todas as operações isentas de ICMS destinadas a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais.

Todavia, tal previsão não encontra respaldo legal, ao contrário está em confronto com o disposto no Decreto Estadual nº 43.080/2002, que regulamento o ICMS no estado de Minas Gerais, senão vejamos:

Art. 6º São isentas do imposto as operações e as prestações relacionadas no Anexo I.

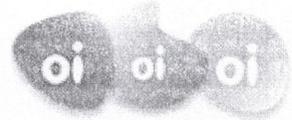
§ 1º A isenção não dispensa o contribuinte do cumprimento das obrigações acessórias.

§ 2º Quando o reconhecimento da isenção do imposto depender de condição posterior, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que tiver ocorrido a operação ou a prestação.

§ 3º A isenção para operação com determinada mercadoria não alcança a prestação de serviço de transporte com ela relacionada, salvo disposição em contrário.

Anexo I

83 Prestação de serviço de telecomunicação a órgãos da Administração Pública direta deste Estado ou a suas fundações ou



autarquias mantidas pelo Poder Público estadual e regidas por normas de Direito Público.

83.1 O benefício previsto neste item será transferido ao beneficiário, mediante a redução do valor da prestação, no montante correspondente ao imposto dispensado.

Portanto, a prestação de serviços de telecomunicações a órgão da Administração Pública Direta ou Indireta deste Estado é isenta de ICMS.

O teor do item 83 transcrito acima, implica em dizer que a isenção do ICMS no caso dos serviços de telecomunicações prestados ao Estado de Minas Gerais tem o condão de inibir o lançamento, logo, qualquer que seja a localização geográfica do licitante, a operação de prestação desse serviço aos órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta do estado de Minas Gerais não será objeto de lançamento de ICMS.

Logo, sendo o objeto licitado, o serviço de telecomunicações, este é isento de ICMS independentemente da localização da empresa que o prestará. O artigo 6º do RICMS/MG é claro ao atestar que esse serviço específico é isento de tributação de ICMS, logo não se torna relevante o CNPJ da empresa que o prestará independentemente dessa exigência ter sido inserida no edital. E afirma-se isso porque o edital não pode dispor de maneira contrária à lei.

Claro, portanto, que o Decreto 43.080/2002 assegura que o serviço de telecomunicações é isento do recolhimento do ICMS, assim sob a ótica das condições de participação no certame em análise, não pode o Edital dispor de maneira contrária e limitar essa previsão tão somente aos fornecedores mineiros.

Frise-se, a isenção do imposto não é conferida ao licitante (fornecedor) mas sim ao órgão da administração pública direta ou indireta que será atendida com esse serviço.

Vale dizer que o local do estabelecimento do destinatário do serviço é o Estado de Minas Gerais, e por força do Decreto Estadual nº 43.080/2002, é a prestação do serviço de telecomunicações a órgãos da Administração Pública Direta do Estado de Minas Gerais que está isenta de ICMS. Ou seja, fica claro, que os órgãos da Administração Pública Direta é que se beneficiam da isenção do ICMS, e não a prestadora do serviço.

Importa dizer, por fim, que tal previsão afronta os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois prevê que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos.

Destarte, a própria lei de Licitações estabelece que não pode haver preferências a um ou outro licitante, em razão de sua naturalidade, sede ou domicílio, conforme se extrai do art. 3º, caput e § 1º inciso I, *in verbis*:

Handwritten signature and mark.

"§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 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)

Diante disso, resta claro e evidente que as previsões contidas nos itens 7.7 e 9.2.1 do Edital devem ser alteradas, **pois a isenção não deve ser direcionada aos fornecedores, e sim aos órgãos da Administração Pública direta deste Estado ou a suas fundações ou autarquias mantidas pelo Poder Público estadual.**

Pelo exposto, requer a adequação dos itens em comento, para que a previsão quanto à apresentação dos preços com isenção de ICMS, não seja somente com relação aos fornecedores relacionados no Decreto, mas sim a todos os licitantes, uma vez que o serviço de telecomunicações é isento de ICMS aos órgãos da Administração Pública direta deste Estado ou a suas fundações ou autarquias mantidas pelo Poder Público estadual, independentemente de sua localização geográfica.

2. REAJUSTE DOS PREÇOS

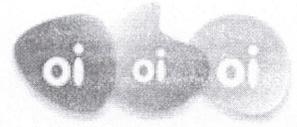
A Cláusula Décima Segunda, dispõe sobre reajuste, contudo, o índice mencionado, não é o aplicável ao setor de Telecomunicações.

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 inexecutável 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.*”

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.

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

f
Bla



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 - (Índice de Serviços de Telecomunicações).

Ante o exposto, requer a adequação da Cláusula Décima Segunda da minuta do contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

Para STFC:

"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".

3. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O edital e a Minuta Contratual não dispõem de previsão de multa em caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada.

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 avançadas 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)



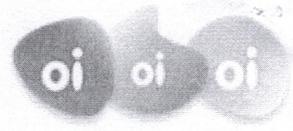
ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou:

"(...) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da

f

pa



justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...). (AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Por todo o exposto, faz-se necessária a adequação do item em comento do Edital, bem como a inserção de Cláusula na Minuta Contratual, referente ao atraso no pagamento, sendo assim sugerimos o texto abaixo, de modo que em caso de atraso de pagamento dos preços seja realizado da seguinte forma:

“Constatado o atraso de pagamento, será o valor incluído na nota fiscal-fatura do próximo mês, a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura do mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI, nos termos da Portaria nº 1960, de 06/12/1996, do Ministério das Comunicações.”

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.

Belo Horizonte/MG, 18 de junho de 2018.

EDUARDO CAMARGOS LOPES BATISTA

RG nº M3085788 SSP/MG

CPF nº 561.967.176-34

Executivo de Negócios

JACQUELYNE BIA ARAUJO SOUZA

RG nº MG 15.483.262 SSP/MG

CPF nº 087.165.546-20

Analista Comercial