ILMO. SR. PREGOEIRO DA ITAIPU BINACIONAL

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO **Nº 0501A/2023**
Oi S.A. – em recuperação judicial, sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, parte, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43, doravante denominada "Oi", vêm por seus representantes legais, apresentar IMPUGNAÇÃO aos termos do instrumento convocatório em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

A ITAIPU BINACIONAL instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, do tipo menor preço, sob o n. º 0501A/2023, visando à contratação de serviço telefônico com sinalização SIP, discagem direta gratuita DDG 0800 e circuitos digitais: ***Serviços Telefônicos Fixo Comutados – STFC (Discagem Direta Gratuita DDG 0800) e Serviços Telefônicos DDR***, Sinalização e Assinatura Ilimitado, de acordo com as Especificações Técnicas, Anexo I deste Caderno de Bases e Condições (CBC).

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
Sem prejuízo das regras constantes da Norma Geral de Licitação (NGL) da ITAIPU, aplicar-se-á no que couber, a legislação brasileira pertinente conforme a abrangência do certame, na forma do Tratado celebrado entre o Brasil e o Paraguai em 26 de abril de 1973.
No mesmo sentido, vale destacar a decisão do STF no REsp n. º 215988/PR (RECURSO ESPECIAL 1999/0045485-5- Relator (a) Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento 04/09/2001 - Data da Publicação/Fonte DJ 12/11/2001 p. 127 - RSTJ vol. 154 p. 99.
Em sua decisão, o Supremo defende, em resumo, que "a ITAIPU Binacional, por ser empresa sediada em Brasília e Assunção, submete-se à Lei brasileira que regula as obrigações decorrentes dos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas e residentes no Brasil, nos termos do art. XIX do Tratado que a instituiu e art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.".
Diante disso, as regras da Norma Geral de Licitação da ITAIPU que divergirem das fixadas pela Lei 13303/2016, não devem prosperar, razão pela qual, apresenta-se a seguir impugnação de determinados itens que colidem frontalmente com a aludida lei.

1. **EXIGÊNCIA EXCESSIVA**

O item 2.13, alínea “a” do Edital possui a previsão de que é vedado a participação de empresas em recuperação judicial, conforme disposto abaixo:

“a) pessoas físicas ou jurídicas sob regime de quebra ou de insolvência civil, ou em recuperação judicial ou extrajudicial; ”

Ocorre que, tal previsão não tem guarida na lei, se configurando, portanto, excessiva.

Antes de mais nada, apesar da Itaipu Binacional ser regida no território Brasileiro pela Lei 13.303/2016, isso não a isenta de estar sujeita as regras gerais de licitações e contratos administrativos da Lei Geral de Licitações, as quais não há previsão na Lei específica.

Nesse sentido, oportuno lembrar que, conforme art. 14 da lei 14.133/2021, o impedimento de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou de execução do serviço restringe-se às seguintes pessoas:

“Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:
I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;
II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;
III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;
IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;
V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;
VI - pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista. ”

A lei ressalva a autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa, mas ao mesmo tempo estrutura o procedimento licitatório para restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.

Toda atividade administrativa vincula-se ao Princípio da Legalidade, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5o, incisos II e XXXV, e 37.

Dessa forma, considerando que não há qualquer previsão de que empresas em recuperação judicial estariam impedidas de participar de licitações na Lei, tal exigência é extremamente excessiva e viola o princípio da legalidade que rege as contratações com a Administração Pública.

Além disso, conforme precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça não há fundamento legal para impedimento de participação de empresas em recuperação judicial em licitações, a saber:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).
2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derrogado.
3. À luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).
4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.
5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.
6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.
7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.
8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. ” (Grifou-se)

(AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 309.867 - ES (2013/0064947-3), Ministro Relator Gurgel de Faria, Data do Julgamento 26.06.2018).

Ante o exposto, a Oi solicita a exclusão da previsão contida no item em comento, em atendimento ao princípio da legalidade.

2. DA ILEGAL PREVISÃO QUE VISA DESCONTO POR ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO

O capítulo XI, cláusula vinte da minuta do contrato prevê a possibilidade de desconto nas faturas mensais por antecipação do pagamento.
Ocorre que tal previsão vai de encontro à disposição da lei 13303/2016, qual seja:

“ Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:
(...)
V - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
(...).” (Grifou-se)
Acerca do tema o Administrativista Marçal Justen Filho nos ensina, com muita propriedade, sobre a alteração das condições de pagamento:

“A regra da al. “c” tem de ser interpretada restritivamente, sob pena de inconstitucionalidade. O art. 37, XXI, da Constituição Federal determina que as contratações administrativas devem prever cláusulas que “ estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta...”. Logo, não se pode cogitar de uma alteração acerca da forma de pagamento. Mesmo porque a alteração seria impedida pelos princípios da moralidade, da isonomia e da vinculação do contrato ao ato convocatório. Se a alteração tornasse o contrato mais vantajoso, haveria vício porque outros terceiros poderiam ter manifestado interesse em participar da licitação. Se a alteração tornasse o contrato mais desvantajoso, o próprio contratado estaria sendo prejudicado. A interpretação é reforçada diante do disposto no art. 58, §§ 1° e 2°.
A modificação das “circunstâncias”, a que alude o texto legal, não significa a simples conveniência da Administração. Não pode invocar ausência de liberação de recursos ou eventos semelhantes para pleitear a alteração. A alteração da forma de pagamento dever ser acompanhada de soluções para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. As circunstâncias, a que alude o texto legal, devem ser eventos que alterem as condições de execução ou de pagamento. A mutação na forma de pagamento corresponderá a essas outras alterações. ” (grifos nossos)
Destacamos ainda a regra contida nos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64:

“Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1° Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;
II - a importância exata a pagar;
III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
II - a nota de empenho;
III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço. ”
Neste sentido, o Princípio da Legalidade deve ser atentamente observado pela Administração Pública, que não pode praticar qualquer ato ou exercer qualquer atividade, salvo se houver lei expressamente autorizando a prática de ato ou o desempenho de atividade. Assim, a Administração poderá apenas praticar aqueles atos devidamente autorizados por lei.
No procedimento licitatório desenvolve-se atividade vinculada, ou seja, atividade na qual inexiste liberdade, em regra, para a autoridade administrativa responsável pela condução da licitação. A lei define as condições de atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a sequência dos atos a serem praticados e impondo soluções excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas.
A lei ressalva a autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa, mas, ao mesmo tempo, estrutura o procedimento licitatório para restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.
Ainda segundo Marçal Justen Filho, reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento, etc., mas uma vez realizadas tais escolhas, exaure-se a discricionariedade e caso a Administração pretenda renovar o exercício dessa faculdade, sujeitar-se-á a refazer toda a licitação.
Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele.
Deve-se destacar que o Princípio da Legalidade é o mais importante a ser observado pela Administração e do qual decorrem todos os demais, sendo essencial aos Estados de Direito e Democrático de Direito.
É notório o conhecimento de que o Princípio da Legalidade, corolário máximo da Administração Pública, tem interpretação distinta quando se refere à Administração ou ao Particular. Conforme exposto anteriormente, na atividade administrativa permite-se a atuação do agente público apenas se

concedida ou deferida por norma legal, ao passo que ao particular é permitido fazer tudo quanto não estiver proibido pela lei.
Marcos Juruena ao comentar tal princípio esclarece que:
“A licitação deve atender ao Princípio da Legalidade, traçando-se, na lei, o procedimento a ser adotado, as hipóteses de sua obrigatoriedade e dispensa, os direitos dos Licitantes, as modalidades de licitação e os princípios para contratação. Esclareça-se que a legalidade administrativa mencionada no art. 37 da Constituição federal difere daquela numerada no art. 5º da Lei Maior; enquanto este garante ao particular agir sempre que a lei não proíba, aquela impõe à Administração só agir quando a lei assim o permitir. ”
Toda atividade administrativa vincula-se a tal princípio, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5o, incisos II e XXXV, e 37. A própria Lei n.º. 8.666/1993, ao elencar os princípios básicos aos quais a Administração deverá observar quando de sua atuação, indicou inicialmente o referido princípio, 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. ”
Celso Ribeiro Bastos assim leciona sobre o princípio:
“Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer. ”
O Superior Tribunal de Justiça, assim já decidiu, observando a necessidade de atuação pela Administração Pública limitada ao referido princípio:
“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO, NA ATPF, DO NÚMERO DA NOTA FISCAL RELATIVA AO PRODUTO TRANSPORTADO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.
1. Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da legalidade. Por esse princípio, todo e qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade com a lei e dentro dos limites por ela traçados. ” (grifo nosso).
Daí porque, impõe-se a exclusão do item em comento.

3. NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

Da leitura do instrumento convocatório, é possível perceber que não há previsão sobre penalidades à Contratante na hipótese desta, por sua culpa, ter dado atraso ao pagamento pelos serviços prestados pela 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 avençadas 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 se baseia 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.
Pelo exposto, faz-se necessária a inclusão de previsão no Edital referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

4. INCLUSÃO DE CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO NA MINUTA DE CONTRATO

Em linha com as legislações nacionais e internacionais aplicáveis em matéria de combate à corrupção e com os programas de conformidade internos de empresas privadas e entidades públicas, faz-se necessária a inclusão de uma cláusula anticorrupção na Minuta de Contrato. Segue abaixo sugestão de redação:

> *"CLÁUSULA XXX – DAS DECLARAÇÕES E GARANTIAS ANTICORRUPÇÃO*
>
> *X.1 Cada Parte declara neste ato que está ciente, conhece e entende os termos da lei anticorrupção brasileira ou de quaisquer outras aplicáveis sobre o objeto do presente Contrato ("Regras Anticorrupção"), comprometendo-se a abster-se de qualquer atividade que constitua uma violação das disposições destas Regras Anticorrupção.*
>
> *X.2 Cada Parte, por si e, conforme aplicável, por seus administradores, diretores, funcionários e agentes, bem como seus sócios que venham a agir em seu nome, se obriga a conduzir suas práticas comerciais, durante a consecução do presente Contrato, de forma ética e em conformidade com os preceitos legais aplicáveis. Na execução deste Contrato, nem qualquer das Partes, nem qualquer de seus diretores, empregados, agentes ou sócios agindo em seu nome, devem dar, oferecer, pagar, prometer pagar, ou autorizar o pagamento de, direta ou indiretamente, qualquer dinheiro ou qualquer coisa de valor a qualquer autoridade governamental, consultores, representantes, parceiros, ou quaisquer terceiros, com a finalidade de influenciar qualquer ato ou decisão do agente ou do governo, ou para assegurar qualquer vantagem indevida, ou direcionar negócios para, qualquer pessoa, e que violem as Regras Anticorrupção ("Pagamento Proibido"). Um pagamento Proibido não abrange pagamento de despesas razoáveis e de boa-fé, tais como, exemplificativamente, despesas de viagem e hospedagem, que estão diretamente relacionados com a promoção, a explicação, demonstração ou de produtos ou serviços, ou de execução de um contrato com um governo ou suas agências, desde que o pagamento seja permitido pela legislação aplicável.*
>
> *X.3 Qualquer comprovado descumprimento das Regras Anticorrupção pela Parte infratora, poderá ensejar a rescisão motivada imediata do presente instrumento, independentemente de qualquer notificação, observadas as penalidades previstas neste Contrato.*"

5. DA NÃO ADESÃO AOS CÓDIGOS E POLÍTICAS DE TERCEIROS

Requeremos a exclusão da necessidade de adesão às políticas e diretrizes da ITAIPU, incluindo o Código de Conduta para Fornecedores da ITAIPU e o Código de Ética da ITAIPU ("Códigos e Políticas ITAIPU"), uma vez declarado cumpridas as leis e ainda havendo um programa de Compliance da próprio da Licitante, pois é notório que, neste caso, a adesão a políticas e códigos de outras organizações não agrega na robustez do Compliance na relação contratual, tirando o foco e direcionamento de recursos das organizações da efetiva fiscalização e controles, para mera análise de redação de documentos para certificação de que não há distinções entre suas próprias regras internas, quando na realidade todos os programas devem seguir e obedecer igualmente à Lei.

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi requer que V. Sª 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.

Foz do Iguaçu/PR, 17 de junho de 2023