

## PE 012/21 – Serviços de Acesso à Internet, com e sem Anti-DDoS

### JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

#### 1. DA IMPUGNAÇÃO

##### 1.1. Da Admissibilidade

A impugnação foi apresentada pela empresa OI MÓVEL S/A no dia 01/10/2021, portanto, tempestivamente.

##### 1.2. Das Razões

A Oi alegou que seria necessária a inclusão de cláusula com previsão de atualização monetária. É que a Constituição Federal teria assegurado a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

De fato, na hipótese de prorrogação de vigência de seus contratos esta Companhia usualmente aplica o IPCA para a atualização monetária dos valores devidos em favor de seus fornecedores.

A Oi argumentou que seria indevida a apresentação mensal de certidões de regularidade. Disse que esta medida seria desproporcional e irrazoável.

A empresa Oi alega ser *indevida a incidência de imposto sobre serviços (ISSQN) e do imposto de renda (IRRF)* sobre o objeto da contratação

A Oi alegou que seria necessária a limitação da responsabilidade civil. Disse que seria imprescindível a apuração de culpa ou dolo para a responsabilidade civil.

A Oi argumentou que seria necessária a inclusão de garantias em benefício da contratada. Disse que, em caso de inadimplemento da Procempa, deveria ocorrer a incidência de multa, juros, etc.

A Oi alegou que as penalidades previstas contratualmente seriam excessivas. Disse que violariam o princípio da proporcionalidade.

A Oi argumentou que seria indevida a previsão de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC ao presente caso, o que estaria definido nas cláusulas 6.9 e 10.5 do edital. Disse que a Procempa não é destinatária final dos serviços.

A Oi argumenta que para melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer alteração que permita que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

A Oi argumenta que à vista do exposto, constata-se que a cláusula nona, em especial, mas não se limitando os itens 9.3, 9.4, 9.6, 9.8, 9.9, 9.10, 9.12, 9.13, 9.14, 9.15, não são aplicáveis ao contrato ora em vertente, razão pela qual entendemos que deve a referida cláusula ser alterada, a fim de que sejam estabelecidas disposições gerais relacionadas à LGPD, as quais melhor se adequam ao objeto do contrato,

## 2. DA ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO

Com relação à previsão de atualização monetária, **procede** a argumentação trazida pela Oi, de modo que o instrumento contratual pode ser retificado com o acréscimo da seguinte cláusula: *“Em caso de prorrogação do período de vigência do contrato, o valor poderá ser reajustado anualmente pelo IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), divulgado pelo IBGE, ou outro índice que venha a substituí-lo, por legislação federal ou estadual.”*

Destaque-se que, na verdade, a prorrogação da vigência da relação contratual depende de novo acordo de vontades, conforme disciplina trazida pela Lei nº 13.303 de 2016. Não se aplica aqui a Lei nº 8.666 de 1993. De qualquer forma, eventual prorrogação exige nova negociação entre as partes, a qual pode envolver o índice de atualização monetária. Portanto, a retificação mencionada acima pode ser publicada apenas como mero esclarecimento, já que não beneficia nem prejudica a esfera jurídica dos licitantes.

**Não procede** a argumentação que seria indevida a apresentação mensal de certidões de regularidade A Administração Pública deve adotar todas as medidas que julgar necessárias para preservar o patrimônio público. Além disso, a cláusula em debate não representa nenhuma restrição aos direitos de qualquer fornecedor, podendo gerar, no máximo, desconforto.

**Não procede** argumentação que seria *indevida a incidência de imposto sobre serviços (ISSQN) e do imposto de renda (IRRF)* sobre o objeto da contratação, conforme transcrição do referido item: *“O pagamento será efetuado com os recolhimentos e retenções dos impostos (ISSQN, IR, INSS etc.) previstos na legislação vigente, inclusive o diferencial de alíquota do ICMS – DIFAL, **se incidente**, cujo pagamento dar-se-á através de guia de recolhimento específica a ser entregue pela contratada à PROCEMPA juntamente com a nota fiscal.”*

Ao analisar a cláusula do contrato, conclui-se que ela não é de ordem mandatória e incisiva, mas sim de uma oração concessiva, ou seja, apenas antevendo a possibilidade de existir a incidência tributária. Trata-se de cláusula padrão de todos os contratos, cuja incidência tributária é analisada quando do recebimento das Notas Fiscais (NF). Logo, conclui-se que não há expressa previsão de incidência de ISSQN e IRRF, como aduz o licitante. Sua previsão contratual não é, por si só, um mandamento ou determinação de que os tributos serão considerados.

**Não procede** argumentação que seria necessária a limitação da responsabilidade civil.. É que a contratada, ao prestar seus serviços, deve fazê-lo sem vícios, defeitos, incorreções, etc. Na hipótese de causar qualquer dano, deve ser responsabilizada, já que, do contrário, repassaria os riscos de sua atividade para a Procempa, o que não pode ser admitido. Além disso, a responsabilidade civil aqui analisada tem origem contratual. A responsabilidade civil extracontratual, por certo, tem outra disciplina jurídica.

**Não procede** argumentação dirigida à inclusão de garantias em benefício da contratada. Não há fundamento jurídico para o pedido ora veiculado. Não existe lei que obrigue a inclusão destas garantias.

**Não procede** argumentação dirigida às penalidades previstas contratualmente. As cláusulas trazem apenas uma possibilidade de aplicação de multa (veja-se, por exemplo, que a cláusula 6.3 do instrumento contratual utiliza a palavra "pode"). As penalidades, com base no princípio da proporcionalidade, são sempre balizadas, após oportunidade de contraditório, conforme o descumprimento verificado no caso concreto.

Com relação a ser indevida a previsão de aplicabilidade do CDC, **procede** a argumentação trazida pela Oi. De fato, a Procempa não é a consumidora final, de modo que não se aplicará o CDC para disciplinar a futura relação jurídica.

Com relação a alteração de modalidade de pagamento, **procede** a argumentação, podendo ser alterada a modalidade de pagamento para código de barras sem prejuízos ou alterações significativas na sistemática atualmente aplicada.

**Não procede** argumentação com relação às disposições gerais relacionadas à LGPD, as quais melhor se adequam ao objeto do contrato. A LGPD, Lei 13709/2018 inclui na definição de tratamento de dados a comunicação, transferência ou transmissão de dados pessoais, a mesma pode se aplicar no caso de transmissão de dados não criptografados. A Política de Segurança da Procempa estabelece que tais comunicações de dados devem ser criptografadas nos sistemas da mesma, mas isso nem sempre é observado por clientes da Procempa. O Marco Civil da Internet, Lei 12965/2014 é específico para Provedores de Acesso e tem efeitos semelhantes aos da LGPD.

### 3. DA DECISÃO

Diante das razões apresentadas, decido pelo **provimento parcial** da impugnação apresentada pela OI MÓVEL S/A, com as seguintes alterações no Edital:

Considerar inclusa no instrumento contratual a cláusula: “*Em caso de prorrogação do período de vigência do contrato, o valor poderá ser reajustado anualmente pelo IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), divulgado pelo IBGE, ou outro índice que venha a substituí-lo, por legislação federal ou estadual.*”

Desconsiderar referência ao CDC na cláusula 10.5. Por outro lado, a cláusula 6.9 envolve um tema relativo à tributação de ICMS, o qual não incidirá no presente caso, pois cuida-se de contratação de prestação de serviços. Esta é apenas uma cláusula padrão nos atos convocatórios, mas não terá qualquer repercussão neste caso.

Alteração na modalidade de pagamento para código de barras, sem prejuízos ou alterações significativas na sistemática atualmente aplicada.

Porto Alegre, 17 de novembro de 2021.

*Marcia Silva*

Pregoeira

*Enio Marques Jr*

Supervisor de Compras e Licitações

De acordo com o **provimento parcial** da impugnação, determino como nova data para abertura do certame o dia 07/12/2021

*Francisco Barcelos Ourique*

Gerente Administrativo e Financeiro