



IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico n.º 18/2020 – Ministério da Economia/DF.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) Ministério da Economia/DF,

TELEFÔNICA BRASIL S/A., Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, n.º. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o n.º. 02.558.157/0001-62, NIRE n.º. 35.3.001.5881-4, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 23/02/2021, tendo sido, portanto, cumprido o prazo previsto no do preâmbulo do edital do pregão em referência.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto a “escolha da proposta mais vantajosa, pelo sistema de registro de preços, com vistas à futura e eventual contratação de serviços de tecnologia da informação e comunicação, de empresa especializada para prestação de serviços gerenciados de computação em nuvem, sob o modelo de cloud broker (integrador) de multi-nuvem, que inclui a concepção, projeto, provisionamento, configuração, migração, suporte, manutenção e gestão de topologias de serviços em dois ou mais provedores de nuvem pública, conforme especificações, condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos”.

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na Lei Federal n.º



8.666/1993 (com alterações posteriores) e na Lei Federal n.º 10.520/2002, quer por restringirem a competitividade, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório.

Pretende também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

Um é o fundamento que justifica a presente impugnação, conforme exposição a seguir.

III - FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO EM MÊS POSTERIOR AO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DESNECESSIDADE DE ENVIO DE RELATÓRIO COMO CONDICIONANTE AO PAGAMENTO.

O edital estipula no item 10 do Anexo I como condicionante ao pagamento pelos serviços prestados, envio de relatório, pela contratada, para posterior emissão de fatura, de modo que o pagamento seja realizado somente no mês posterior à prestação dos serviços, conforme se vê:

10. MODELO DE GESTÃO DO CONTRATO

10.1. Critérios de Recebimento e Aceitação

10.1.1. A CONTRATADA apresentará, até o quinto dia útil do mês, relatório com todas as ordens de serviços executadas e homologadas pela CONTRATANTE no mês anterior. O relatório deverá listar, quando couber, os serviços do provedor de nuvem, e a respectiva quantidade de USN utilizadas no serviço de computação, os serviços de Gerenciamento de Recursos em Nuvem, os serviços de Migração de Recursos e os serviços de Treinamento.

10.1.2. O relatório citado no item anterior deve ser enviado aos fiscais técnicos, por e-mail, antes da emissão da fatura, para validação, e deve constar a aferição dos Níveis de Serviços, assim como o cálculo das glosas, para posterior validação dos demais fiscais do contrato, procedendo-se ao aceite se estiver em conformidade.

10.1.3. Após o envio do relatório citado acima, a CONTRATANTE emitirá o Termo de Recebimento Provisório (TRP) e o encaminhará à CONTRATADA. O TRP será emitido pelo Fiscal Técnico do Contrato.

10.1.4. Nesse sentido, a entrega dos relatórios mensais deve ser condição fundamental e necessária para o pagamento referente a



cada mês de prestação dos serviços. O relatório deverá conter no mínimo:

- a. Número das Ordens de Serviço;
- b. Descrição dos serviços;
- c. Período de execução dos serviços;
- d. Quantidades: USN, Instâncias Gerenciadas, Instâncias de Computação Migradas, Instâncias de Banco de Dados migradas ou Turmas de Treinamento;
- e. Aferição dos Níveis de Serviços;
- f. Valor total devido.

10.1.5. O ateste dos serviços ocorrerá no prazo máximo de 15 dias úteis, contados do primeiro dia útil após a entrega do relatório mensal e da emissão do TRP, quando será emitido o Termo de Recebimento Definitivo (TRD) pela CONTRATANTE.

10.1.6. Concluída a avaliação da qualidade e da conformidade dos serviços entregues e provisoriamente recebidos, a CONTRATANTE confeccionará o documento "TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO", com base nas informações da etapa de avaliação da qualidade e contendo a autorização para emissão e posterior pagamento da(s) NOTA(S) FISCAL(IS), devendo ser inserido nos autos para posterior rastreabilidade.

É fundamental esclarecer, a respeito das exigências supramencionadas, que é inviável o seu cumprimento.

Em primeiro lugar, a entrega de relatórios mensais, pela contratada, como condição para emissão de nota fiscal o efetivo pagamento pelos serviços prestados, não guarda relação com as exigências da Legislação do ISS, Lei Complementar 116/03, que aponta a nota fiscal, e não relatório, como documento necessário para efetivação de pagamento e que deve ser entregue ao contratante no mesmo mês da prestação do serviço.

A pretensão destacada no decorrer do item 10 do Anexo I busca postergar a emissão da nota fiscal e conseqüentemente o pagamento para o mês posterior ao da prestação dos serviços, ferindo ao disposto em lei, conforme abaixo indicado:

A Lei Complementar 116/03, dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços – ISS, imposto de competência dos Municípios e Distrito Federal, que incide sobre o serviço de cloud e demais serviços, conforme previsto em seu artigo 1º:



Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

A título ilustrativo, considerando a prestação de serviços tal como serviço de cloud pela Telefônica, citamos a legislação Municipal de Santana de Parnaíba - LEI 2.707/2006 - que determina:

Art. 1º Fica instituída a Nota Fiscal Eletrônica de Serviços, que deverá ser emitida por ocasião da prestação de serviço.

Citamos ainda o Decreto Nº 3270/2010 do mesmo Município de Santana do Paranaíba, que prevê:

Art. 5º O Sistema para emissão de NF-e, bem como o manual de instruções e orientações necessárias para a emissão, que poderá ser feita de forma individual ou em lote, encontram-se disponíveis na página eletrônica da Prefeitura Municipal de Santana de Parnaíba, no endereço www.santanadeparnaiba.sp.gov.br.

§ 1º O prestador de serviço emitirá, obrigatoriamente a NF-e, por ocasião de cada prestação

Tais legislações são expressas quanto a emissão de nota fiscal/fatura em razão de prestação dos serviços, não prevendo postergação da emissão.

Citamos ainda julgado do STF que demonstra a impossibilidade ao contribuinte de postergar a emissão da nota fiscal e o devido recolhimento do tributo (ISS) para momento futuro e incerto:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. EMISSÃO DE NOTA FISCAL. DEVER INSTRUMENTAL. EVENTO FUTURO E INCERTO. ACORDO ENTRE PARTICULARES. INOPONIBILIDADE AO FISCO.

1. A recorrente sustenta a tese recursal de que o auto de infração é insubsistente, porquanto inviável o recolhimento do ISS ante a inexistência do pressuposto essencial do tributo, qual seja, o elemento quantitativo atinente à base de cálculo.

2. A incerteza quanto ao novo valor do serviço prestado não afasta o dever do contribuinte de emitir a nota fiscal e promover o



recolhimento do ISS, nos exatos termos já existentes quando da ocorrência do fato gerador.

3. No sistema tributário, as convenções particulares não são oponíveis à Fazenda Pública. A relação tributária se estabelece entre o Fisco, de um lado, como seu sujeito ativo, e, de outro, o contribuinte, como seu sujeito passivo. É uma relação de natureza objetiva, onde não devem ser admitidos elementos estranhos, a teor do disposto no art. 123 do Código Tributário Nacional.

4. A emissão da nota fiscal é dever instrumental imposto ao contribuinte com vista a facilitar o controle fiscal, pois a relação jurídica tributária refere-se não só à obrigação tributária stricto sensu (obrigação tributária principal), como ao conjunto de obrigação acessórias que a viabilizam, conforme se infere do art. 113, § 2º, do CTN. A relevância da obrigação acessória, instituída como o dever de fazer ou não fazer ou de tolerar que se faça, tem o escopo de controlar o adimplemento da obrigação principal.

5. Não pode o contribuinte postergar a emissão da nota fiscal e o devido recolhimento do tributo para momento futuro e incerto, no aguardo de convenção quanto ao valor do serviço prestado, pois havia base de cálculo para a incidência tributária à época.

6. A existência de relação jurídica deve versar sobre situação atual, já verificada, e não sobre situação hipotética ou existência de futura relação jurídica.

Recurso especial improvido. (REsp 1285939/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 26/08/2013)

Ante às legislações e decisão do STJ apresentadas, resta evidente que a nota fiscal deve ser emitida no mês da prestação do serviço, não podendo ter sua emissão postergada por acordo entre partes, haja vista que a obrigação tributária não se sujeita à vontade dos particulares.

Ainda que o Ministério da Economia estipule em edital a pretensa postergação da emissão da nota fiscal para o momento em que os valores contratados estiverem validados, não é cabível à empresa contratada postergar a emissão da nota fiscal, pois, a ausência de acordo quanto ao valor do serviço prestado não afasta a obrigação de cumprimento da obrigação acessória (emissão da nota fiscal) intrinsecamente ligada à obrigação principal (prestação do serviço) quando ocorrida a efetiva prestação do serviço.

Assim, na ocorrência do fato gerador do ISS (prestação do serviço), é obrigatório que a empresa prestadora do serviço efetue de imediato a obrigação acessória correspondente à emissão da respectiva nota fiscal, não



sendo permitida a postergação para quando houver acordo quanto ao valor do serviço prestado entre o prestador e o tomador.

Deste modo, tendo em vista que a obrigação de pagar o ISS ocorre quando prestado o serviço mensalmente, a obrigação de emissão do documento fiscal (que evidencia a prestação de serviço ocorrido, para efeito de fiscalização da Administração), ocorre quando prestado o serviço.

Neste contexto, concluímos que a nota fiscal deve ser emitida no mês da prestação de serviço, de modo que eventuais acordos entre as partes sobre postergação de nota fiscal não se sobreponham às regras legais. Em caso de descumprimento da legislação, a empresa contratada estará sob risco fiscal, sujeita a autuações, o que não se faz adequado.

Assim, necessário seja adequado o edital de modo a compatibilizar suas previsões a legislação vigente.

IV - REQUERIMENTOS.

Em síntese, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta impugnação, com a **correção necessária** do ato convocatório para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará.

Tendo em vista que a sessão pública está designada para 23/02/2021, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo processo licitatório ser considerado inválido, sustentados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação.

Requer, caso não corrigido o instrumento convocatório nos pontos ora invocados, seja mantida a irrisignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

São Paulo/SP, 17 de fevereiro de 2021.

Telefonica

TELEFONICA BRASIL S/A



Nome do Procurador: Ricardo Augusto Pinto

CPF: 10125732813

RG: 15783347