



ILMO. SR. PREGOEIRO DA ITAIPU BINACIONAL

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º NC 0425-18

**OI MÓVEL S.A., em Recuperação Judicial**, com sede na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Norte, Quadra 3, Bloco A, Edifício Estação Telefônica, térreo, parte 2, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.423.963/0001-11, doravante denominada "Oi", vêm por seus representantes legais, com fulcro no item 2.23 do Edital, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do instrumento convocatório em referência, pelas razões a seguir expostas:

#### **RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO**

A ITAIPU instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, do tipo menor preço, sob o n.º 0425-18, visando à contratação do Serviço de Telefonia Móvel Pessoal – SMP, para a ITAIPU, com fornecimento de aparelhos em regime de comodato, devidamente ativados a um plano pós-pago de serviço, que possibilite o atendimento à ITAIPU em todo território nacional com encaminhamento de chamadas de Longa Distância Nacional, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

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, verifica-se que de acordo com o item 2.3 do Edital, 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 8.666/93, não devem prosperar, razão pela qual, apresenta-se a seguir impugnação de determinados itens que colidem frontalmente com a aludida lei.

### **1. POSSIBILIDADE DE CONSULTA AO SICAF PARA VERIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO**

O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF é um sistema automatizado de informações por meio do qual os fornecedores se cadastram gratuitamente, com a finalidade de fornecer materiais ou prestar serviços para os órgãos da Administração Pública Federal Direta, Autarquias e Fundações. Este cadastro possui validade anual em todo o território nacional.

O registro cadastral está dividido em duas etapas, cada uma das quais habilitando o fornecedor a participar de determinadas modalidades de licitação. Essas etapas são:

**Cadastramento** - Habilita os fornecedores a participar de licitações nas modalidades Convite, Aquisição Direta e Pregão, aplicando-se subsidiariamente, para a modalidade Pregão, as normas da Lei n.º 8.666 de



21 de junho de 1.993 conforme constante da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002; e

**Habilitação parcial** - Habilita os fornecedores a participar de licitações nas modalidades acima e ainda de Tomada de Preços, Leilão, Concorrência e Pregão, aplicando-se subsidiariamente, para a modalidade Pregão, as normas da Lei n.º 8.666/93, conforme constante da Lei n.º 10.520/2002.

Portanto, não restam dúvidas da utilização do SICAF para a verificação das condições de habilitação das licitantes.

Nesse sentido cumpre colacionar o inciso XIV do art. 4º da Lei n.º 10.520/2002:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicafe e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;”

Com efeito, o parágrafo único do art. 13 do Decreto n.º 3.555/2000, que regulamenta o Pregão

“Art. 13. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação prevista na legislação geral para a Administração, relativa à:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal; e

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição e na Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999.

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III e IV deste artigo deverá ser substituída pelo registro cadastral do SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangido pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral." (grifo nosso)

Dessa forma, para o pregão presencial, é obrigatória a substituição da documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal da licitante vencedora pelo registro cadastral do SICAF, ou por outro registro cadastral que atenda aos requisitos legais.

No que diz respeito ao Pregão Eletrônico, o parágrafo único do art. 14 do Decreto Federal n.º 5.450/2005 faculta a substituição da entrega da documentação por consulta ao SICAF<sup>1</sup>.

Ainda que a consulta ao SICAF para verificação das condições de habilitação da licitante vencedora não seja obrigatória, nesse caso, faz-se imprescindível que a Administração adote este procedimento, tendo em vista a celeridade inerente à modalidade de licitação pregão.

O Tribunal de Contas da União entende que quando previsto no ato convocatório, a documentação de licitantes abrangida pelo Sicafe pode ser verificada diretamente nesse sistema, conforme se depreende do trecho retirado do Acórdão n.º 2237/2006, da Primeira Câmara:

"Realize consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicafe sobre a situação das empresas no momento da realização da licitação, dispensa ou inexigibilidade, bem assim da contratação e do pagamento da despesa, nos termos dos artigos 27 a 32 da Lei no 8.666/1993 e itens 8.7 e 8.8 da IN/Mare no 5/1995.

Detalhe e anexe ao processo a consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicafe, quando esta acusar inscrição de ocorrências contra a empresa contratada, e analise o tipo de infração cometida para que sejam tomadas as providências cabíveis, nos termos do item 6 da IN/Maré no 5/1995."

<sup>1</sup> "Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

(...) Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral."

Isso porque o princípio da celeridade, consagrado como uma das diretrizes a ser observada em licitações na modalidade pregão, busca simplificar procedimentos de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias.

Assim, para permitir maior celeridade e eficiência na análise da documentação de habilitação da licitante vencedora, deve a Administração realizar consulta aos documentos constantes do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangido pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.

## **2. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL**

O item 2.13, “b”, do Edital veda a participação de empresas impedidas perante a ITAIPU, a ANDE ou a ELETROBRAS, ou com restrições em outros órgãos ou entidades públicas do Brasil ou do Paraguai.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**.

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, *in verbis*:

“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:\*

**"Administração Pública:** A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com 'Poder Executivo'. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada 'Administração Direta' (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a 'Administração Indireta' (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as 'fundações' instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito."

**"Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade."<sup>2</sup>

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

"A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público."<sup>3</sup>

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)<sup>4</sup>, segundo o qual **os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou**. Nesse sentido, destaca-se:

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

<sup>3</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

<sup>4</sup> Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.

**Informativo TCU nº 147:**

**1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.**

"[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que *"a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)"*. E mais: *"Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal"*. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo *"Administração"* constante do item 2.2, "c", os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão *"refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal"* e que, portanto, *"o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte"*. [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) *"recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal"*. **Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.**

Vale mencionar que este já era o **entendimento "histórico" do Tribunal de Contas da União**, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Cabe salientar que o Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a **Instrução Normativa nº 02/2010** definindo que a aplicação da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção (art. 40, §1º, da IN nº 2/2010 SLTI-MPOG).

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a **Administração**



é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o *órgão público*. Já a **Administração Pública** é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Portanto, requer seja alterado o item em comento, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.

### **3. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO TERMO DE AUTORIZAÇÃO EMITIDO PELA ANATEL**

O Item 1.3.2, “b”, do Edital exige a comprovação da Anatel para prestar o serviço licitado.

Neste sentido, cumpre esclarecer que a apresentação dos Extratos do Termo de Autorização celebrados com a Anatel devidamente publicado no Diário Oficial da União é documento hábil para comprovar referida exigência editalícia.

Ademais, deve-se levar em consideração que a íntegra desses documentos está disponível na página oficial da Anatel na rede mundial de computadores.

Tal solicitação tem o intuito de dar celeridade ao processo licitatório, em função da diminuição significativa de documentos, bem como economicidade para as licitantes, tendo em vista o elevado número de páginas desses documentos e o alto custo das autenticações.

Vale destacar, ainda, que é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal<sup>[1]</sup>. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante.

Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista no item em comento, para que as licitantes possam apresentar o extrato do Termo de Autorização, outorgado pela ANATEL e devidamente publicado no Diário Oficial da União.

---

<sup>[1]</sup> “Art. 37 (...)”

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (...)” (grifamos)



#### **4. DA INEXISTENTE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA**

O item 2.4.1 do Edital, erroneamente, anunciou aos proponentes que ITAIPU gozaria de isenção tributária, compreendendo o ISS, ICMS, IPI, Imposto de Importação, COFINS, PIS-PASEP e IOF.

O Edital assim dispôs:

*2.4.1 As proponentes deverão considerar, na formulação de suas propostas, as isenções tributárias concedidas pelo artigo XII do Tratado de ITAIPU, que criou e rege esta entidade binacional, e, em matéria tributária, tem os efeitos previstos no artigo 98 do Código Tributário Nacional, compreendendo: (i) ISS; (ii) ICMS; (iii) IPI; (iv) Imposto de Importação; (v) COFINS; (vi) PIS-PASEP e (vii) IOF.*

Todavia, tal matéria já foi debatida, inclusive judicialmente, há anos atrás, sendo de amplo conhecimento da ITAIPU — assim como da BRASIL TELECOM, atual operadora dos serviços licitados —, que o resultado, em todas as instâncias e esferas, foi integralmente desfavorável à tese adotada no item do Edital acima transcrito.

Em 1990, ITAIPU fez uma consulta à Secretaria de Fazenda Pública do Estado do Paraná — SEFAZ, sobre a incidência de ICMS nas atividades de telecomunicações contratadas por ela. Em resposta, o órgão esclareceu que a isenção tributária prevista no Tratado de ITAIPU só abrange a aquisição de materiais e equipamentos destinados à construção da central elétrica e a ela incorporados, não havendo, portanto que se falar em isenção do ICMS na prestação do serviço de telecomunicações. Posicionamento que foi ratificado em 2001, ano em que ITAIPU refez a consulta à SEFAZ/PR.

Paralelamente à consulta feita por ITAIPU, a BRASIL TELECOM foi autuada pelo Fisco do Estado do Paraná, por não ter procedido ao recolhimento de ICMS sobre as atividades exercidas entre os exercícios de 1999 e 2001, o que deu início a quatro processos administrativos (processos nºs 6334333-1, 6334331-5, 6334305-6 e 6334301-3), os quais deram início a duas demandas judiciais já julgadas, em caráter definitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça (processo nº 200470000423733, que deu origem ao REsp nº 1143398/PR e processo nº 200570000143546, que deu origem ao REsp nº 1173955).

Em ambas as oportunidades, o STJ confirmou o entendimento da SEFAZ/PR, mantendo o posicionamento de que as isenções previstas no Tratado não contemplam os serviços de telecomunicações prestados na sede e nos escritórios da ITAIPU:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTADOS À ITAIPU BINACIONAL. ICMS. ISENÇÃO PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Controverte-se a respeito da constituição de crédito tributário contra Brasil Telecom S/A, decorrente do inadimplemento de ICMS incidente sobre serviços de telecomunicações prestados à Itaipu Binacional.

2. A tese defendida pelas recorrentes é a de que o art. XII do Tratado Internacional que resultou na criação da empresa binacional prevê isenção de impostos, taxas e empréstimos compulsórios. A prestadora de serviços de telefonia alega, ainda, violação do art.

98 do CTN.

3. O Tribunal a quo julgou improcedente o pedido, com base exclusivamente no fundamento de que a isenção foi concedida à Itaipu Binacional, não atingindo a prestadora de serviços de telecomunicações.

4. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão (art. 98 do CTN) que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.

5. O art. XII do Tratado Internacional prescreve que a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai não aplicarão impostos, taxas e empréstimos compulsórios, de qualquer natureza: a) à Itaipu e aos serviços de eletricidade por ela prestados; b) sobre materiais e equipamentos que a Itaipu adquira em qualquer dos dois países ou importe de um terceiro país, para utilizá-los nos trabalhos de construção da central elétrica, seus acessórios e obras complementares; c) que incidam sobre operações referentes a estes materiais e equipamentos acima referidos, nas quais a Itaipu seja parte; d) sobre os lucros da Itaipu ou pagamentos e remessas por ela efetuados a qualquer pessoa física ou jurídica, sempre que os pagamentos de tais impostos, taxas e empréstimos compulsórios sejam de responsabilidade legal da Itaipu.

6. A isenção prevista no Tratado Internacional tem por objetivo beneficiar, exclusivamente, a Itaipu, e não as empresas que com ela realizam negócios jurídicos cujo suporte constitua o fato gerador de obrigações tributárias, ressalvada expressa previsão legal nesse sentido.

7. A circunstância de a empresa binacional sofrer reflexos econômicos relativos ao ICMS devido pela Brasil Telecom S/A (e.g., aumento dos

custos) não tem o condão de alterar sua qualificação jurídica para incluí-la no conceito legal de responsável pelo pagamento da exação.

8. Tal como sucede em relação aos consumidores, que poderiam ser qualificados como contribuintes "de fato" do ICMS, ou de outros tributos indiretos, a relação tributária, e as consequências daí decorrentes (lançamento, inscrição em dívida ativa, fornecimento de CND) somente afetam o contribuinte "de direito". Daí a impossibilidade de ampliar a isenção instituída no Tratado Internacional relativamente aos tributos devidos pelas empresas que contratam com a Itaipu Binacional.

9. Recurso Especial da Brasil Telecom S/A parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recurso Especial da Itaipu Binacional não provido."

(REsp 1143398/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 24/09/2010)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 284/STF. ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES FORNECIDAS À ITAIPU. ISENÇÃO. INEXISTÊNCIA. AFASTAMENTO DE MULTA. ART. 538 DO CPC. SEGUNDOS EMBARGOS. CARÁTER PROTELATÓRIO CONFIGURADO.

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, sob o argumento de que a isenção prevista no tratado internacional tem por objetivo beneficiar, exclusivamente, a ITAIPU, e não as empresas que com ela realizam negócios jurídicos cujo suporte constitua o fato gerador de obrigações tributárias.

2. Quanto à indicada violação do art. 535 do CPC, a recorrente não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão a quo. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

3. "A isenção prevista no Tratado Internacional tem por objetivo beneficiar, exclusivamente, a Itaipu, e não as empresas que com ela realizam negócios jurídicos cujo suporte constitua o fato gerador de obrigações tributárias, ressalvada expressa previsão legal nesse sentido" (REsp 1.143.398/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/09/2010).

4. Tendo em vista que os embargos de declaração opostos na origem não pretendiam o prequestionamento de questão federal, mas sim a rediscussão



da matéria examinada, afasta-se a incidência da da Súmula 98/STJ para manter a multa aplicada com fundamento no parágrafo único do art. 538 do CPC.

5. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1173955/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 25/11/2010)

Não foi apenas no julgamento dos recursos interpostos pela a BRASIL TELECOM que o STJ decidiu desta forma.

Além de já ter decidido, por duas oportunidades, a exata situação prevista neste Edital, o Superior Tribunal de Justiça, já deixou claro que as isenções previstas no Tratado de Itaipu têm por objetivo beneficiar exclusivamente ITAIPU, não se estendendo a prestadores de serviços dela. Confira-se, neste sentido, o seguinte julgado:

“ICMS - REFEIÇÕES FORNECIDAS A ITAIPU - ISENÇÃO. INEXISTE ISENÇÃO NO TRATADO DE ITAIPU SOBRE O FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES AOS EMPREGADOS DE ITAIPU. RECURSO PROVIDO.

(...)

Aponta o recorrente, como violado, o artigo XII, letra 'c' do Tratado de Itaipu, versando sobre questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra 'a'.

Estabelece referido dispositivo legal que:

'c) não se aplicarão impostos, taxas e empréstimos compulsórios, de qualquer natureza, sobre os lucros de Itaipu e sobre os pagamentos por ela efetuados a qualquer pessoa física ou jurídica, sempre que o pagamento de impostos, taxas e empréstimos compulsórios sejam de responsabilidade legal de Itaipu' (fls. 315)

Como se vê, referido Tratado concedeu isenção à Itaipu, sobre seus lucros e sobre pagamentos por ela efetuados a pessoas físicas ou jurídicas, sempre que o pagamento de impostos, taxas e empréstimos compulsórios sejam de responsabilidade legal de Itaipu. No caso concreto, a responsabilidade legal pelo pagamento do ICMS sobre as refeições fornecidas pela recorrida à Itaipu é do autor e não da recorrente e isto decorre da lei e do próprio ajuste firmado pela recorrida com a Itaipu, conforme se verifica às fls. 29, onde está bem claro ter sido contratado que:

'as incidências de todas as taxas, impostos, e a remuneração da CONTRATADA, que devem ser computadas na composição do BDI' (fls. 29) e que:

'A relação acima apresentada é meramente informativa ficando esclarecido que os preços unitários deverão contemplar todos os ônus referentes aos serviços, e que a ITAIPU não irá assumir qualquer encargo nesta hipótese' (fls. 29)

A própria autora, na Inicial (fls. 03), esclarece constar do Edital, anexo 4, planilha nº 01, alínea 'c' o percentual relativo a impostos e taxas na composição dos custos, de 2,772% de incidência tributária.

Como se vê, nenhuma isenção foi concedido pelo citado Tratado à recorrida sobre o fornecimento de refeições aos empregados da Itaipu, mesmo porque é vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (C.F. art. 151, III).

A autora, pelo fornecimento de refeições aos empregados da Itaipu, está sujeita à incidência do ICMS (Súmula nº 163 do STJ), principalmente porque ela fornece refeições industrializadas.

A isenção concedida, pelo Tratado, a Itaipu não se estende à recorrida.

Dou provimento ao recurso, para reformar o v. acórdão recorrido e inverter as penas da sucumbência."

(REsp 96.051/PR, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/1997, DJ 20/10/1997, p. 52977)

Importante registrar que o entendimento do STJ — que, como se viu, é absolutamente pacífico sobre a matéria — é o hierarquicamente mais alto que pode ser exprimido sobre a questão, uma vez que o STF já decidiu que não cabe a ele decidir o ponto:

"ICMS. Isenção. Tratado de Itaipu. Matéria legal. Ofensa indireta à CF. Regimental não provido (AI-AgR 249138 / PR, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ 25-02-2000)"

Pelo exposto, representaria uma verdadeira temeridade e uma desrespeitosa ausência de acatamento às decisões do Poder Judiciário, a manutenção do item em comento, assim, a BRASIL TELECOM requer a exclusão do item 2.4.1 do Edital, o qual declara, de forma equivocada, que ITAIPU goza de isenção tributária em relação a diversos tributos, entre eles o ICMS.

## **5. 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 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.

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.

## **6. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS**

A Cláusula Décima do Contrato regula os critérios de reajuste do valor Contratado.

Entretanto, 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 inexequível ou a distorção da competição<sup>5</sup>.”

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.

Ocorre que, considerando o objeto do Edital que trata de serviços de hospedagem de *hosts* e acesso à internet, sua remuneração deve ser feita por preços e não por tarifas, assim, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços seja o IGP-DI

Ante o exposto, requer a adequação do item em comento, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

*“A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI”.*

#### **7. EDITAL É SILENTE QUANTO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO**

O Edital é silente quanto à participação de empresa que esteja reunida em consórcio de empresas.

No entanto, frente à exigência editalícia de VC2 e VC3 referente às chamadas recebidas, a prestação completa do objeto licitado passa a demandar imperiosa formação de consórcio, pois

---

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.



as chamadas recebidas pelo usuário fora da área de registro são sempre encaminhadas por empresas concessionárias ou autorizadas de STFC, e não de SMP.

Devido à mudança de regras impostas com a migração das antigas empresas do Serviço Móvel Celular – SMC para o Serviço Móvel Pessoal – SMP, o serviço de Longa Distância Nacional hoje é realizado, na grande maioria das vezes, pelas empresas que prestam o serviço de telefonia fixa comutada detentoras de CSP próprio, como por exemplo, a Brasil Telecom com o código CSP 14, a Telemar – 31, a Embratel – 21, a Telefônica – 15, entre outras.

Nesses termos, se é verdade que as operadoras de serviço de telefonia móvel pessoal somente podem realizar ligações de longa distância se detiverem CSP próprio; não menos o é que a maioria das empresas autorizadas pela ANATEL para prestar o Serviço Móvel Pessoal (SMP) optou por não requerer a obtenção de CSP próprio, ou seja, a autorização específica para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional – STFC LDN.

Como alternativa conferida pela própria ANATEL, as operadoras de serviço móvel pessoal que não possuam CSP passaram a ter o direito de selecionar as empresas de telefonia fixa comutada para encaminharem ligações recebidas fora da respectiva área de mobilidade.

Nestes termos é mister invocar a dicção expressa do artigo 78 da Resolução nº 316 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a possibilitar que as prestadoras de SMP selecionem previamente quais as operadoras de STFC reencaminharão as suas chamadas:

**“Art. 77. A chamada dirigida a Usuário Visitante será tratada como composta por 2 (duas) chamadas distintas para efeito de faturamento.**

**§1º A primeira chamada tem origem no Usuário chamador e destino na Área de Registro do Usuário, cabendo seu pagamento ao chamador.**

**§2º A segunda chamada tem origem na Área de Registro do Usuário e destino no local em que este se encontra, cabendo seu pagamento ao Usuário Visitante.**

**§3º Aplica-se o disposto neste artigo às chamadas reencaminhadas para outro Código de Acesso a pedido do Usuário, sendo que nesta hipótese a segunda chamada tem origem na Área de Registro do Usuário e destino no Código de Acesso para o qual foi reencaminhada a chamada.”**

**“Art. 78. A prestadora de SMP tem o direito de selecionar previamente as prestadoras que encaminharão as chamadas previstas no §2º do artigo 77.”** (grifamos)

Com a regulamentação supracitada, parece evidente que os serviços de LDN ficaram exclusivos para as empresas que prestam o serviço telefônico fixo comutado, ficando as empresas de celular impossibilitadas de fornecer os mesmos serviços diretamente.

Dessa forma, como decorrência natural decorrente da configuração regulatória do setor, para cobrança das respectivas chamadas será necessária a formação de consórcio entre a vencedora do Item 1 – VC1, empresa prestadora de SMP e uma empresa prestadora de STFC.

Afinal, é mister relembrar que as chamadas recebidas pelo usuário do telefone móvel quando este estiver fora de sua área de mobilidade (**VC2 e VC3**) são consideradas como prestação do **Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional – STFC LDN, razão pela qual** as operadoras de SMP deverão, na hipótese, utilizarem-se de uma prestadora de STFC.

E nem se argumente pela mera divisão do objeto em itens (quais sejam, item 1 para as ligações VC1, item 2 para as ligações VC2 e o Item 3 para as ligações VC3,) ser supostamente suficiente, porque não contempla a exigência do artigo 78 da Resolução nº 316 da ANATEL.

A divisão por itens não garantirá que a vencedora dos itens 2 e 3 será a mesma empresa que a vencedora do item 1 selecionou previamente para encaminhar sua chamadas, o que assim impossibilita a prestação do serviço para as ligações recebidas fora da área de serviço do usuário.

Para exemplificar esta situação podemos criar a seguinte hipótese: sendo declarada a vencedora do item 1 a 14 Brasil Telecom Celular S.A seria necessário a Brasil Telecom S.A vencer os demais itens, pois caso empresa diversa dessa vencê-los, não terá como aquela prestadora de SMP utilizar-se da Brasil Telecom S.A - empresa selecionada para reencaminhar suas chamadas, nos termos do Art. 78 da Resolução n.º 316 da ANATEL - para completar as ligações recebidas pelo usuário fora de sua área de registro.

Em situação análoga a esta, é importante denotar que figuram todas as operadoras de serviço móvel pessoal que não possuem CSP próprio, ou seja, autorização para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional – STFC LDN.

Logo, para o adequado cumprimento das exigências constantes do item 1 do Edital faz-se necessária a possibilidade de participação da empresa prestadora de SMP em consórcio com a empresa prestadora de STFC selecionada, sob pena de haver evidente afronta ao artigo 3º, § 1º, I da Lei n.º 8.666/93, aplicável à modalidade licitatória em tela, conforme se depreende do artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, *in verbis*:

*“§1º É vedado aos agentes públicos:*

*l – 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)*

A PROPÓSITO, MESMO FRENTE A ATOS DE COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA, CABE PONDERAR QUE A LEI DE LICITAÇÕES VEDA A EXISTÊNCIA, AINDA QUE POR OMISSÃO DE CLÁUSULA ESSENCIAL, DE CONDIÇÕES NO EDITAL QUE PREJUDIQUEM A COMPETIÇÃO, FRUSTRANDO A FINALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO QUE É A CONTRATAÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA O PODER PÚBLICO, COM PLENA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

No mesmo contexto, veja-se a lição da mais abalizada doutrina brasileira sobre o assunto<sup>6</sup>:

*“O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada. Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse público concretamente identificável na hipótese. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de:*

*a) exigência incompatível com o sistema jurídico;*

*b) desnecessidade da exigência;*

*c) inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.*

*O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais. Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o “fim” a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como “meios” de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de*

<sup>6</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO, *In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 416.

**exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do 'fim'."**

O antigo Tribunal Federal de Recursos igualmente entendia que **'não cabem prevalecer cláusulas contidas em edital de processo licitatório que visem a limitar o número de concorrentes, por força de exigências não autorizadas no ordenamento específico, cuja a inspiração é de permitir ampla oportunidade a todos os que estejam capacitados à execução do trabalho.'** [grifamos]

Da mesma forma, inclusive, já decidiu o E. Tribunal de Contas da União<sup>7</sup>:

**"Considerando que restou comprovada, na gestão do Sr. Inaro Fontan Pereira, Diretor Geral do DNER no período de 20.4 a 27.12.92, a inclusão de dispositivos no Edital 22/92 (item 1 da parte IV e item 3.10 do Anexo 2), que restringiu a participação de consórcios de empresas e a exigir comprovação de atividades e aptidões com limitação de tempo, em desacordo com o artigo 3º, § 1º, inciso I, do Decreto-lei 2.300/86, então vigente; ...De fato a participação de firmas consorciadas não era obrigatória. Entretanto, o art. 3º e seu inciso I do então vigente Decreto-lei 2.300/86 estabelecia objetivamente que "é vedado aos agentes públicos admitir, prever, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que: I – comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório."**

**Esse dispositivo cristalizava um dos princípios mais fundamentais do processo licitatório, que consiste na busca da proposta mais vantajosa para a Administração...Assim sendo, embora não existisse dispositivo legal que impusesse explicitamente a admissão de consórcios de empresas nas licitações, o administrador não deveria ter estabelecido essa proibição. Isso porque está obrigado, por princípio, a buscar e a prosseguir a proposta mais vantajosa para a administração."** (grifamos)

Por todo o exposto, para possibilitar a participação da ora Impugnante neste certame requer a autorização expressa para a formação de consórcio, salvaguardando o princípio da competitividade e, por consequência, o princípio da busca da proposta mais vantajosa.

#### **PEDIDO**

---

<sup>7</sup> Ata 13/2001, DOU 11.05.2001



Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi requer que V. S<sup>a</sup> 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.

Brasília/DF, 16 de Abril de 2018.



**Neiwiton Ayres Silvestri**

**CPF 473.229.189-91**

**neiwiton@oi.net.br**