



**ILMO. SR. PREGOEIRO DA ITAIPU BINACIONAL**

**REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º NC 1900-18**

**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 1900-18, visando à contratação dos serviços de rede de comunicação de dados IP MPLS, acesso ponto a ponto e acessos de internet de acordo com as Especificações Técnicas, Anexo I deste Caderno de Bases e Condições (CBC), 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. 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.

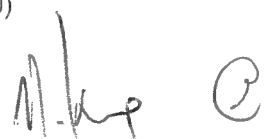
6. A isenção prevista no Tratado Internacional tem por objetivo beneficiar, exclusivamente, a Itaipu, e não as empresas que com ela realizam negócios jurídicos cujo suporte constitua o fato gerador de obrigações tributárias, ressalvada expressa previsão legal nesse sentido.

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)

 4

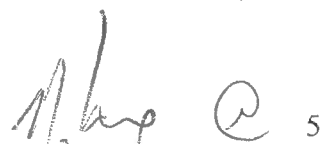
"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 284/STF. ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES FORNECIDAS À ITAIPU. ISENÇÃO. INEXISTÊNCIA. AFASTAMENTO DE MULTA. ART. 538 DO CPC. SEGUNDOS EMBARGOS. CARÁTER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

 5

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:

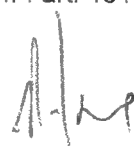
‘c) não se aplicarão impostos, taxas e empréstimos compulsórios, de qualquer natureza, sobre os lucros de Itaipu e sobre os pagamentos por ela efetuados a qualquer pessoa física ou jurídica, sempre que o pagamento de impostos, taxas e empréstimos compulsórios sejam de responsabilidade legal de Itaipu’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

 6



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.

## **2. 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.

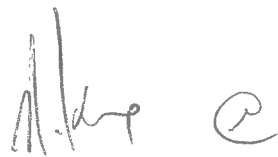
### **3. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS**

A Cláusula Décima Segunda 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

 8



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 competição<sup>1</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

---

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



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 rede de comunicação de dados IP MPLS, acesso ponto a ponto e acessos de 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”.*

#### **4. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS**

A Cláusula Trinta e Oito do Contrato determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade**

**da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**<sup>2</sup> (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o *quantum* a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de triplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens**.”<sup>3</sup> (grifo nosso)

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

**Não é lícito ao Poder Público**, diante da imprecisão da lei, **aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério**. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.**” (MS n.º 7.311/DF)



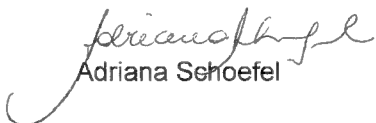
Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o *quantum* referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item em comento, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.


#### **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.

Curitiba/PR, 05 de outubro de 2018.



Adriana Schoefel



Nilson Miguel Estevão