



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Decisão nº 006.2011.CPL.564776.2012.7452

PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS/IMPUGNAÇÕES INTERPOSTOS PELAS EMPRESAS **VIVO S/A, CLARO S.A E TNL PCS S/A**, EM **23, 24 E 27 DE FEVEREIRO DE 2012, RESPECTIVAMENTE**. PRESSUPOSTOS LEGAIS: LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR, A EXISTÊNCIA DE UM ATO ADMINISTRATIVO FUNDAMENTAÇÃO E ATENDIDOS. TEMPESTIVIDADE ATENDIDA.

1 DECISÃO

Desta feita, analisados todos os aspectos, objeto de Esclarecimento/Impugnação, esta COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO, na figura da Pregoeira designada para o respectivo certame, com fundamento no artigo 13, § 1.º do ATO PGJ N.º 389/2007, decide:

a) **Tomar como tempestiva** as solicitações de esclarecimentos/impugnações formuladas pelas empresa **VIVO S/A**, CNPJ 02.449.992/0364-36, **CLARO S/A**, CNPJ 40.432.544/0001-47 e **TNL PCS S/A (OI S/A)**, CNPJ 04.1644.616/0001-59 aos termos do edital do Pregão Eletrônico nº 006/2012, pelo qual o *Parquet* busca contratar empresa para prestação de serviço telefônico móvel, com fornecimento de aparelhos digitais em regime de comodato;

b) No **mérito reputar indeferidas todas** as solicitações, **com exceção do item 1 da impugnação da empresa Claro S.A.**, conforme discorrido nesta peça;

c) **Manter a data do certame**, em virtude de não ocorrer qualquer modificação ao edital, conforme exige o art. 21, § 4º da Lei 8.666/93.

2 RELATÓRIO

2.1 Dos pressupostos legais

Ab initio, cumpre observar que as empresas interessadas atendem às exigências emanadas do repositório legal das licitações públicas, particularmente, aquelas decorrentes do texto do § 2º, do art. 41.

Diz-se isso porque trata-se de pretensos licitantes que solicitaram impugnações/esclarecimentos em face das disposições de um ato administrativo, a saber, o Edital da licitação em voga, fazendo-o tempestivamente. É dizer, antes dos dois dias úteis antecedentes à sessão pública de realização do certame.

Sendo assim, passemos à análise do pedido.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

2.2 Das razões de pedido de esclarecimentos/impugnação

Chegam a esta Comissão Permanente de Licitação, nos dias 23, 24 e 27 de fevereiro de 2012, os pedidos de esclarecimentos/impugnações aos termos do Edital do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 006/2012-CPL/MP/PGJ interpostos pelas empresas VIVO S/A, TNL PCS S/A E CLARO S/A, questionando aspectos técnicos e legais do objeto a ser licitado, com as seguintes indagações:

1. VIVO S/A, 02.449.992/0364-36

QUESTIONAMENTOS: 1) AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO DOS PREÇOS EM PLANILHA ABERTA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS UNITÁRIOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 7º, § 2º, INCISO II E ARTIGO 40, § 2º, INCISO II DA LEI 8666/1993.

Verifica-se que o edital, em seu Anexo III - Modelo de Proposta de Preços - apresentou uma planilha indicativa para apresentação de proposta, sem, contudo, indicar o orçamento estimado para a prestação dos serviços.

Tal omissão constitui direta violação aos artigos 7º § 2º, inciso II e artigo 40, § 2º, inciso II, todos da lei 8666/1993, aplicáveis por força do artigo 9º da lei federal nº 10520/2002:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - (...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;”

“Art. 40. (...)

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - (...)

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

Pela previsão dos referidos artigos, portanto, toda licitação, inclusive de serviços, necessariamente possui como pressuposto de validade a



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

existência de um orçamento estimado em planilha aberta de composição de custos unitários.

Tal planilha detalhada é essencial para que, no curso do certame, seja possível verificar eventual adequação dos preços propostos aos valores de mercado, inclusive em relação a todos os componentes que repercutem na formação do preço final.

Este juízo quanto aos preços ofertados (se são exequíveis ou estão dentro dos padrões de mercado) depende diretamente da informação contida na estimativa de custos, sendo essencial para a análise a ser realizada pelo Pregoeiro e por sua equipe de apoio.

A falta desta estimativa detalhada de custos inviabiliza a avaliação quanto à compatibilidade dos preços ofertados (avaliação esta a ser realizada na sessão pública do pregão). Tal circunstância macula o julgamento a ser realizado e, conseqüentemente, todo o procedimento realizado.

Deste modo, uma planilha detalhada de composição dos preços ofertados é primordial para que a contratação possa ser efetivada corretamente, pela mesma lógica contida no artigo 40, §2.º, inciso II da Lei 8666/1993 citado acima, não bastando a planilha contida no edital.

Neste sentido, conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, com fundamento nos artigos 277, 285 e 286 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, mantendo-se o item 2.2 do Acórdão 664/2006-TCU - Plenário em seus exatos termos e alterar a redação do item 2.3 nos seguintes termos:

"2.3 nos procedimentos licitatórios para aquisição de produtos e contratação de serviços de informática, anexe aos instrumentos convocatórios o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, ressalvada a modalidade pregão, cujo orçamento deverá constar obrigatoriamente o Termo de Referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal Termo de Referência ou o próprio



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

orçamento no edital ou de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-los.

(Acórdão 1.925/2006-TCU-Plenário) (Grifos de nossa autoria)

Pode-se desmembrar a proposição inserta no precedente jurisprudencial: (...) cujo orçamento deverá constar obrigatoriamente o Termo de Referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de:

- 1) incluir tal Termo de Referência [já com o orçamento]; OU
- 2) o próprio orçamento no edital; OU
- 3) de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-los.

Sendo assim, ainda que não se apresente uma planilha detalhada dos custos, é essencial, de qualquer forma, que seja apresentado o valor orçado para a íntegra da presente prestação de serviço que se pretende licitar; **2) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA EM CASO DE PERDA, ROUBO OU FURTO. PRAZO EXÍGUO PARA SUBSTITUIÇÃO DOS EQUIPAMENTOS.** O edital, no ponto 19 da tabela 2 do item 18.4.2 do edital, e ponto 19 da tabela 2 da cláusula vigésima segunda do Anexo IV – Minuta de Contrato, estabelece a responsabilidade da contratada pela reposição do aparelho e componentes inclusos, em até 05 (cinco) dias úteis nas hipóteses de perda, furto ou roubo.

Todavia, eventual imputação de responsabilidade à contratada, no decorrer da relação contratual, é absolutamente inviável, dado que o custo da futura contratada pode, sim, ser mensurado quanto ao fornecimento inicial gratuito das linhas de telefonia, mas, não, por eventuais perdas, furtos e roubos ocorridos no curso do contrato.

Tal situação, à evidência, ainda que por fato de terceiros, não pode onerar o prestador de serviços, cuja responsabilidade se limita a disponibilizar o serviço de ligações, mas não a utilizar recursos próprios na hipótese de ocorrer eventuais furtos, roubos ou extravios de aparelhos utilizados pelos servidores da contratante.

A disponibilização do aparelho poderá, sim, ser assumida pela operadora de telefonia celular; entretanto, o custo deste aparelho “substituto” deverá ser assumido pela Administração Pública (ou pelo



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

usuário), da mesma forma como deve ocorrer em relação aos danos pelo uso indevido.

Neste contexto, não é possível imputar à operadora a responsabilidade financeira pelos aparelhos em casos de perda, furto ou roubo, devendo ser alterado o edital neste aspecto.

Sob outro prisma, ainda que fosse possível determinar a responsabilidade da operadora pela substituição do aparelho, evidente que o prazo de 05 (cinco) dias úteis para entrega de outro aparelho é absolutamente exíguo para que possa ser cumprida tal diligência.

De fato, o prazo indicado é INSUFICIENTE para que os aparelhos celulares possam ser entregues por qualquer operadora. A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que a entrega dos aparelhos celulares - ainda que em disponibilidade imediata - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos da operadora, tais como: solicitação junto ao fornecedor, expedição da ordem de entrega, verificação do estoque, emissão da nota fiscal do produto e frete dentre outros. Neste contexto, o prazo é bastante curto para a efetivação da entrega dos aparelhos.

Ressalta-se que os aparelhos celulares não são produzidos pela operadora, sendo obtidos junto aos respectivos fabricantes e, ainda que haja uma compra constante, sempre há sujeição a questões mercadológicas que não permitem seja assumido o compromisso de entrega no exíguo prazo indicado no edital.

Assim, o prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo de entrega dos aparelhos é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital, que, para ser cumprido, deve ser de, no mínimo, 15 (quinze) dias úteis.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de entrega dos aparelhos induz à aplicação de penalidades, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato. Tal restrição à competitividade, conforme reiteradamente exposto nesta impugnação, é absolutamente ilegal; **3) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA DOS APARELHOS.** Em relação aos aparelhos, verifica-se que o edital estabelece responsabilidade da operadora pela assistência técnica dos aparelhos



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

utilizados na prestação do serviço. Nesse sentido, vale conferir diversos dispositivos, tais como pontos 15, 20 e 24 da tabela 2 do item 18.4.2 do edital, parágrafo terceiro da cláusula sétima, cláusula décima primeira, XIX e pontos 15, 20 e 24 da tabela 2 da cláusula vigésima segunda do Anexo IV – Minuta de Contrato.

Todavia, tal situação atua em descompasso com o regime de prestação do serviço, considerando que o aparelho é apenas e tão somente meio para que possa se efetivar o serviço de telefonia, aparelho este cujo funcionamento regular é de responsabilidade direta do fabricante.

Assim, nos termos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8078/1990), quem responde pelos problemas inerentes ao aparelho celular é o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador. Neste sentido, é incorreta a previsão editalícia que, de imediato, tenta compelir a operadora a resolver problema não diretamente relacionado ao serviço de telefonia propriamente dito.

De fato, o aparelho é apenas meio para o exercício do serviço de telefonia celular, sendo a fabricação realizada por outras empresas diferentes da prestadora do serviço em referência.

Assim, em caso de defeito, a ritualística correta é o envio do aparelho para a assistência técnica do fabricante detectar eventual problema, bem como realizar um laudo técnico.

A partir desta informação, verificar-se-á qual a origem do problema, sendo, somente após tal análise prévia, determinado se seria ou não responsabilidade da operadora a troca do aparelho.

Destarte, é fundamental mencionar que a garantia do aparelho, concedida pela assistência técnica do fabricante, não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta dos aparelhos, tampouco pelas quebras nos equipamentos.

Neste contexto, não é possível imputar à operadora a obrigação de iniciativa da manutenção dos aparelhos, dado que a responsabilidade relativamente a tal conserto é exclusivamente do fabricante do aparelho, conforme exposto nestas razões, devendo ser alterado o edital neste aspecto; **4) PEDIDO DE ESCLARECIMENTO. MODO DE RECEBIMENTO DAS FATURAS.** O item 13.7.13 do edital, o item 5.16 do Anexo I – Termo de Referência – e a cláusula décima quinta,



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

parágrafo primeiro do Anexo IV – Minuta de Contrato – determinam que a contratada deverá:

“apresentar mensalmente fatura detalhada em arquivo eletrônico compatível com Microsoft Office Excel ou OpenOffice Calc, incluindo detalhes das chamadas (numero chamado e chamador, duração, data e hora da chamada, outros) e valor do serviço, conforme preços contratados no processo licitatório.”

Quanto a tal obrigação, é importante questionar se é possível que o detalhamento do consumo mensal seja visualizado via WEB.

De fato, conforme regulamentação da ANATEL, a fatura é emitida com o resumo e o valor utilizado por linha, mas o detalhamento respectivo, até para evitar gastos desnecessários de papel, é disponibilizado via WEB, de forma que a entidade licitante, caso queira, possa obter as informações necessárias.

Evita-se, assim, prejuízo ao meio ambiente com a impressão de papéis que podem perfeitamente ser disponibilizados por meio eletrônico, atendendo, de qualquer modo, a pretensão administrativa de acesso ao detalhamento da conta respectiva por linha.

Ademais, ainda que seja de direito do usuário o recebimento da fatura, além da visualização via web, é imprescindível que este escolha a forma como deseja receber as faturas, se por meio impresso ou em CD, não sendo possível o recebimento de duas vias.

Deste modo, o edital deve ser alterado para que seja obrigatório apenas o envio de uma cópia da fatura, devendo ser esclarecido o meio pelo qual a contratada deverá efetuar mensalmente o envio das faturas/nota fiscal.

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 eletrônica está designada para 01/03/2012, 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 o ritual do artigo 4.º da lei 10520/2002 ser considerado



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

inválido, considerados 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 edital nos pontos ora invocados, seja mantida a irresignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

2. CLARO S.A, CNPJ 40.432.544/0001-47

QUESTIONAMENTOS: 1) RESTITUIÇÃO DA GARANTIA CONTRATUAL.

Alega a pretensa licitante que o edital é omissivo quanto à forma, o índice de correção, para os casos de caução, e o prazo de devolução da garantia que será oferecida, após o término do Contrato. Requer, portanto, alteração do subitem 13.13 do edital; **2) DO ENVIO DE DOCUMENTOS EM CONJUNTO COM AS FATURAS.** Requer alteração da redação deste subitem do edital por ser deveras dispendiosa a forma como requer o Parquet a apresentação dos referidos documentos; **3) DO REAJUSTE DO SMP.** Combate a redação do subitem 17.1.4 do edital por haver discrepâncias às normas legais ditadas pela ANATEL; **4) DO PRAZO PARA PAGAMENTO.** A cláusula décima quinta da minuta do contrato requer que a fatura seja encaminhada num prazo de 20 (vinte) dias antes da data do vencimento, uma vez que é considerado o espaço de tempo para conferência, por parte da Administração Pública, dos serviços prestados naquele período visando o atesto da nota fiscal. Desta forma, requer que haja alteração por transgressão ao art. 44 da Resolução 477 da ANATEL; **5) DO DESCONTO NO PAGAMENTO DAS FATURAS.** Requer modificação do subitem 18.1 do edital por considerar descabida o desconto das multas nas faturas de pagamento; **6) DA MULTA POR ATRASO DE PAGAMENTO.** Requer penalidade à Administração quando esta atrasar os pagamentos devidos pelos serviços prestados; **7) DA TAXA DE EXPEDIENTE ESTADUAL PARA AS EMPRESAS NÃO CADASTRADA NA SEFAZ/AM.** Questiona a obrigatoriedade do pagamento da taxa imposta pela SEFAZ/AM, vez que o valor representa “enorme ônus”.

3. TNL PCS S/A (OI S/A), CNPJ 04.1644.616/0001-59

QUESTIONAMENTOS: 1) IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS. Combate o subitem 3.8.1 do Edital que veda a



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

participação no certame de empregado que possua parentesco com servidores públicos do Ministério Público do Estado do Amazonas, afirmando que não é possível obrigar as operadoras de serviços de telecomunicações do porte da Oi a prestar declarações deste tipo, pois não é viável a promoção de investigação de "árvore genealógica" de todos os seus 13 mil funcionários para constatar eventual descumprimento à condição acima transcrita. Ante o exposto, a Oi requer a exclusão da exigência prevista no item acima citado do Edital em atendimento ao princípio da legalidade; **2) IMPEDIMENTO A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL.** Irresignado com o subitem 3.8.3 do Edital veda a participação de empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com qualquer órgão da Administração Pública. Portanto, requer seja alterado o item 3.8.3 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com o Ministério Público do Estado do Amazonas, e não com a Administração Pública em geral, conforme o inciso IH, artigo 87 da Lei n.º 8.666/93; **3) DA EMISSÃO DE NOTAS FICAIS NO CNPJ DA PROPONENTE.** Impugna o subitem 5.8 do Edital que explicita que o CNPJ da proponente, empresa cadastrada no SICAF e habilitada na licitação, deverá ser o mesmo para efeito de emissão das notas fiscais e posterior pagamento. Dessa forma, requer a adequação do item 5.8 do Edital para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado pela Matriz; **4) DA EXIGÊNCIA DE ÍNDICES.** Destaca o subitem 9.5.1.1 do Edital que determina como condição a comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando qualquer dos índices Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral, informados pelo SICAF, for igual ou inferior a 1. De todo o exposto, requer a adequação do item 9.5.1.1 do Edital, de forma que possibilite que a comprovação da qualificação econômico-financeira seja feita pelo [índice de Solvência Geral (SG) ou, ALTERNATIVAMENTE, por meio de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do artigo 31, § 2º, da Lei 8666/93 e ao item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995; **5) DO PRAZO PARA**



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

RECURSO. Cita o subitem 11.1 do Edital que determina que após manifestada a intenção de recorrer, será concedido às licitantes o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso. Ante o exposto, requer a alteração do item 11.1 do Edital para Que este se adéque ao disposto no dispositivo acima transcrito; **6) LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE.** Da análise do subitem 13.7.14 do Edital, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a bens do Contratante, sem, no entanto, se manifestar acerca da apuração de culpa ou dolo. Já nos subitens 13.7.15 do Edital, subitem 5.18 do Termo de Referência e Cláusula Décima Primeira, inciso XV da Minuta do Contrato não se observa a restrição da responsabilidade aos atos praticados na execução do serviço. Diante do exposto, requer seja alterado dos subitens 13.7.14 e 13.7.15 do Edital, subitem 5.18 do Termo de Referência e Cláusula Décima Primeira, inciso XV da Minuta do Contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa e na execução do serviço, desde que garantida a sua ampla defesa; **7) IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS.** Relata o subitem 13.8 do Edital e subitem 5.6 do Termo de Referência que permitem a subcontratação e formação de consórcio para os Serviços de Longa Distância Nacional (VC2 e VC3), o que é vedado por Lei. Ante o exposto, requer a adequação do item 13.8 do Edital e item 5.6 do Termo de Referência, para que expressamente seja vedada a subcontratação de serviço ou atividade fim pela Contratada; **8) DA SUSPENSÃO OU RETENÇÃO DO PAGAMENTO POR FALTA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL.** Menciona o subitem 15.3 do Edital, subitem 7.5 do Termo de Referência e o Parágrafo Quinto da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato dispõem que nenhum pagamento será efetuado enquanto pendente de liquidação, qualquer obrigação que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência. Os subitens 15.4 e 15.5 do Edital e 7.1 do Termo de Referência, além dos Parágrafos Segundo e Terceiro da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato condicionam o pagamento a apresentação de uma série de documentos. Já o subitem 7.2 do Termo de Referência impõe para a ocorrência no pagamento a regularidade junto ao cadastro no SICAF e ao Cadastramento de Credores da



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

SEFAZ-AM. Diante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação dos subitens 15.3, 15.4 e 15.5 do Edital, itens 7.1, 7.2 e 7.5 do Termo de Referência e Parágrafos Segundo, Terceiro, Quarto e Quinto da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato, para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada; **9) REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS.** Tendo em vista que 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. Diante disso, enquanto o reajuste das tarifas deverá acontecer de acordo com as determinações do Poder Concedente, o reajuste dos preços será aplicado automaticamente, decorridos 12 (doze) meses da data limite para a apresentação da proposta. Ante o exposto, requer a adequação do subitem 17.1 do Edital e caput da Cláusula Décima Sétima da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dar-se-á após decorrido o interregno de um ano contado da data-limite para a apresentação da proposta; **10) BASE DE CÁLCULO DA MULTA EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO.** Lembra o subitem 18.4.1, inciso 11, alíneas "a" e "b" e subitem 18.5 do Edital, Parágrafo Primeiro da Cláusula Vigésima Primeira da Minuta do Contrato estabelecem multa de mora sobre o valor da fatura da prestação de serviço no mês de ocorrência, sem estabelecer diferença quanto a inexecução total ou parcial do acordado. Por todo o exposto, requer a adequação do subitem 18.4.1, inciso 11, alíneas "a" e "b" e subitem 18.5 do Edital, Parágrafo Primeiro da Cláusula Vigésima Primeira da Minuta do Contrato, para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total da fatura mensal. **11) SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO.** Descreve que o Parágrafo Sexto da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato prevê que quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano. 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-OI, 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. Diante do exposto, requer seja alterado o Parágrafo Sexto da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato de forma a regularizar sua redação nos termos acima expostos; **12) DA EXIGÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO DE APARELHOS SEM ÔNUS PARA A CONTRATANTE.** Menciona o Parágrafo Quarto da Cláusula Quarta da Minuta do Contrato que determina a substituição de equipamentos, materiais, ajustes ou reparos pela Contratada, caso a fabricante não cumpra sua responsabilidade, já o Parágrafo Terceiro da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato estabelece que cabe a contratada promover a substituição de materiais, equipamentos e utensílios, no caso da fabricante não cumprir sua responsabilidade dentro do prazo legal, sem estabelecer ônus a contratante. O item 20 da Tabela de Ocorrências tanto do Edital quanto da Minuta do Contrato também conferem tal responsabilidade a Contratante. Requer, portanto, a adequação do Parágrafo Quarto da Cláusula Quarta da Minuta do Contrato e Parágrafo Terceiro da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato; e item 20 da Tabela de Ocorrências constante tanto no Edital quanto na Minuta do Contrato, para que a Contratada somente seja obrigada a arcar com os custos referentes aos vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução do contrato.

Sendo assim, após as devidas respostas técnicas elaboradas pela Diretoria de Tecnologia da Informação e Comunicação - DTIC e recebida por esta CPL em 19/12/2012, passamos à análise do pedido.

3. RAZÕES DE DECIDIR



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

As razões de impugnação das pretensas licitantes já foram respondidas na Decisão 001.2011.CPL.549582.2012.107 disponível no link: <http://servicos.mp.am.gov.br:8080/licitacoes/menulicitante/AbrirLicitacao?id=54>,

inclusive a pretensa licitante foi informada da decisão por meio de correio eletrônico.

A referida decisão ensejou na suspensão para adequação do edital do Pregão nº 022/2011 – CPL/MP/PGJ feitas pelas pretensas licitantes VIVO, CLARO e OI culminando na publicação de novo edital de licitação nº 006/2012-CPL/MP/PGJ.

Para melhor explicitar a questão, transcrevo abaixo a maioria das respostas constantes da Decisão 001.2011.CPL.549582.2012.107 aos itens impugnados, bem como insiro os devidos esclarecimentos concernentes às novas questões impugnatórias.

3.1 RAZÕES DE DECIDIR DA EMPRESA VIVO S/A, CNPJ 02.449.992/0364-36.

3.1.1 RESPOSTA AO ITEM 1 DA IMPUGNAÇÃO VIVO S/A CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.1.5 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107.

a) AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO DOS PREÇOS EM PLANILHA ABERTA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS UNITÁRIOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 7º, § 2º, INCISO II E ARTIGO 40, § 2º, INCISO II DA LEI 8666/1993.

Verifica-se que a jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas da União -TCU, no caso específico dos pregões (sem registro de preço), há diversos Acórdãos que consideraram a **divulgação do orçamento e preços máximos opcional, a critério do órgão organizador do certame**, com a ressalva de que esses itens devem obrigatoriamente fazer parte do processo licitatório.

Por conseguinte, caberá ao gestor/pregoeiro, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los. (Acórdão n.º 392/2011-Plenário, rel. Min. José Jorge).

Desta feita, interpretou-se que, de acordo com a legislação federal (Decretos 3.555/2000 e 5.450/2005), disciplinam o pregão presencial e o pregão eletrônico, respectivamente, o orçamento estimado em planilhas e os preços máximos devem necessariamente integrarem o Termo de Referência, na fase preparatória do certame, e a sua divulgação é decisão discricionária do órgão organizador. A citar outros exemplos desse entendimento, tais como os Acórdãos 644/2006, 1925/2006, 114/2007, 1789/2009, todos do Plenário do TCU.

Ademais, a Lei n.º 9.472/1997 ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações preceitua que:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

VII - **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**"; (g.n.)

Ou seja, nenhum prejuízo terá o pretense licitante, vez que sabe, de antemão, o valor que poderá cobrar por seus serviços, já que as tarifas/preços públicos condizentes à telefonia móvel são fixadas pela agência reguladora – ANATEL, conforme dispõe Lei acima transcrita.

Mas vale destacar que, após a fase de lances, é ampla a possibilidade de acesso, por parte do licitante, ao processo administrativo onde constam os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários. Tudo isso porque, caso fosse admitida a consulta anterior à tal fase, estar-se-ia, flagrantemente, desrespeitando o princípio da isonomia, vez que o tratamento dado aos licitantes presentes no mesmo local do Órgão seria diverso aos dos licitantes localizados em outras cidades.

Em debate sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro o ministro Benjamin Zymler, presidente do Tribunal de Contas da União, ao comentar acerca das inovações deste novo regime de licitações, destacou que “o sigilo sobre o orçamento evitará que as propostas gravitem em torno do orçamento fixado pela Administração, ampliando-se a competitividade do certame”¹

Em outras palavras, a prática adotada pelo *Parquet*, ou seja, sigilo sobre o orçamento, consolida a posição defendida pelo TCU, isto é, amplia a disputa e consagra a competitividade do certame, culminando no princípio básico da licitação: a busca da melhor proposta para a Administração Pública, razão pela qual decide pelo improvimento do pedido.

3.1.2 RESPOSTA AO ITEM 2 DA IMPUGNAÇÃO VIVO S/A, CNPJ 001.2011.CPL.549582.2012.107, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.1.6 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107.

b) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA EM CASO DE PERDA, ROUBO OU FURTO. PRAZO EXÍGUO PARA SUBSTITUIÇÃO DOS EQUIPAMENTOS.

¹ <http://www.licitaweb.com/> Acessado em 11/12/2011.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

O pretense licitante não observou o disposto no subitem 13.5 do edital e subitem 5.4.7 do Termo de Referência nº. 026/2011 – SCS sobre da troca, extravio, perda ou roubo do aparelho. Vejamos a transcrição *ipsis litteris*.

“13.5. Na hipótese de troca, extravio, **perda ou roubo do aparelho**, a **CONTRATADA deverá repor o aparelho**, a pedido do Fiscal do Contrato, e **inserir o valor do mesmo na próxima fatura da respectiva linha telefônica, com vistas ao ressarcimento por parte da CONTRATANTE ou do usuário**, no prazo máximo 5 (cinco) dias úteis”. (g.n.)

Em outras palavras, a Contratada irá repor o aparelho, mas poderá inserir o valor do mesmo na próxima fatura da respectiva linha telefônica, com vistas ao ressarcimento por parte da Contratante ou do usuário. Isto é, não suportará qualquer ônus em caso de perda, roubo ou furto.

No que tange ao prazo de reposição este se reveste de razoabilidade, haja vista que a Administração não pode prescindir dos serviços de telefonia móvel por tanto tempo como solicita a pretensa licitante. Ademais, os riscos próprios da atividade empresarial não podem ser transferidos para Administração.

Fica, portanto, esclarecida a questão e, portanto, mantida a redação do subitem impugnado.

3.1.3 RESPOSTA AO ITEM 3 DA IMPUGNAÇÃO VIVO S/A, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.1.7 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107

c) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA DOS APARELHOS.

Dispõe o subitem 13.4 do edital:

13.4. Só serão aceitos aparelhos celulares com assistência técnica credenciada pelo fabricante na cidade de Manaus-AM.

13.4.1. Os aparelhos **celulares com defeito serão encaminhados, pela CONTRATANTE, para a assistência técnica do fabricante.**

13.4.2. **É de inteira responsabilidade do fabricante, através de suas assistências técnicas, o reparo ou a substituição aparelhos celulares e/ou acessórios que apresentarem defeitos.**

13.4.3. **Se comprovado que o defeito não foi ocasionado por mau uso**, o reparo ou substituição dos aparelhos não poderá representar nenhum ônus para a CONTRATANTE.

13.4.4. Quando o aparelho estiver em reparo, a CONTRATADA deverá



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

fornecer outro aparelho com o mesmo número de acesso de forma a não gerar interrupção do serviço, sem que isso acarrete qualquer ônus extra para a CONTRATANTE.

Da leitura acima não se vislumbra qualquer desequilíbrio dos direitos e obrigações entre as partes. A exigência editalícia está amparada em norma de defesa do consumidor, prevendo uma obrigação para a prestadora de serviços de telefonia móvel, qual seja, dar (em comodato) um outro aparelho com o mesmo número de acesso de forma a não gerar interrupção do serviço, sem que isso acarrete qualquer ônus extra para a contratante.

O objetivo é evitar que o consumidor assuma todo o prejuízo decorrente de um evento inesperado e imprevisível: a quebra do telefone, sem que tenha contribuído com o dano ocorrido, visto que o ônus suportado integralmente pela contratante seria excessivo, o que, no caso, representaria desequilíbrio na relação contratual.

Portanto, **não prospera a Impugnação da Interessada com relação a esse aspecto**, já que a responsabilidade descrita no edital é do fabricante e, conseqüentemente, de sua assistência técnica.

3.1.4 RESPOSTA AO ITEM 4 DA IMPUGNAÇÃO VIVO S/A

Em relação ao pedido de esclarecimento sobre o modo de visualização do detalhamento do consumo mensal seja visualizado via WEB.

Conforme dito pela pretensa licitante, é *“direito do usuário o recebimento da fatura, além da visualização via web, é imprescindível que este escolha a forma como deseja receber as faturas, se por meio impresso ou em CD”*. Portanto, a forma de recebimento da fatura é ato discricionário do administrador, cabendo a este a melhor forma para atender a necessidade da Administração.

Ademais, é dever da Administração demonstrar de forma clara, objetiva e transparente onde emprega os recursos públicos, nesse sentido a apresentação de documentos é essencial para validar os empenhos, pagamentos e para servir de base para fiscalização dos órgãos de controle interno e externo.

Caso a empresa também disponibilize o detalhamento via WEB este *Parquet* não impõe óbice a tal procedimento, todavia não pode prescindir do detalhamento na forma como preconiza o edital.

Sendo assim, fica esclarecido a questão e mantido o texto do subitem 13.7.13 do edital.

3.2 RAZÕES DE DECIDIR DA EMPRESA CLARO S.A.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

3.2.1 RESPOSTA AO ITEM 1 DA IMPUGNAÇÃO DA CLARO S/A, CNPJ 40.432.544/0001-47 - RESTITUIÇÃO DA GARANTIA CONTRATUAL.

Alega a pretensa licitante que o edital é omissivo quanto à forma, o índice de correção, para os casos de caução, e o prazo de devolução da garantia que será oferecida, após o término do Contrato.

Quanto ao prazo de devolução da garantia, o *Parquet* esclarece que fará o cumprimento literal do art. 56, § 4º da Lei 8.666/93 que impõe que a garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, corrigida monetariamente.

A propósito, vale a pena trazer a baila a orientação do Egrégio Tribunal de Contas da União relacionada à previsão de “Garantia Contratual”:

“A Administração pode exigir prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, para assegurar a execução do contrato e evitar prejuízos ao patrimônio público.

A exigência de garantia é uma faculdade atribuída à Administração, que deve avaliar sua necessidade de acordo com a complexidade do objeto do contrato.

...

A garantia só será exigida se estiver prevista no ato convocatório e será devolvida após executado o objeto do contrato.

...

No caso de garantia prestada em dinheiro, a devolução será feita após devidamente atualizada. Por isso, sugere-se que o valor correspondente seja depositado em caderneta de poupança².”

No caso específico, o *Parquet* esclarece que a garantia em dinheiro será depositada em um fundo de renda fixa administrado pela Caixa Econômica Federal, Instituição oficial intermediadora dos recursos financeiros da Procuradoria Geral de Justiça.

Nesse ponto, prospera as razões da pretensa licitante, sem, contudo, alteração o objeto a ser licitado, razão pela qual está mantida a data de promoção do certame, ora em comento.

2 <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PSxiM1anjKUIJ:www.audin.mpu.gov.br/bases/pareceres/DJL014resptribalistaPRT22.doc+garantia+contratual+devolu%C3%A7%C3%A3o+dinheiro+licita%C3%A7%C3%A3o+AGU&hl=pt-BR&gl=br> Acessado em 29.2.2012



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

3.2.2 RESPOSTA AO ITEM 2 DA IMPUGNAÇÃO DA CLARO S/A, CONSTANTE NO SUBITEM 3.2.2.1 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107 - DO ENVIO DE DOCUMENTOS EM CONJUNTO COM AS FATURAS

A atuação da Administração Pública é norteada pelo princípio da legalidade, onde ao administrador só cabe agir em conformidade à Lei. No caso específico, a Lei Licitatória impõe que o contratado mantenha as mesmas condições de habilitação, abrangendo aqui a comprovação de que se encontra regular com o Fisco.

Em outras palavras, cabe ao contratado demonstrar à Administração Pública que permanecer nas mesmas condições de sua habilitação exibidas durante o certame, de acordo com o posicionamento do TCU. Vejamos:

Ementa: o TCU firmou o entendimento, aplicável a todos os órgãos/entidades da Administração Pública Federal, no sentido da inclusão, em editais e contratos de execução continuada ou parcelada, de cláusula que estabelecesse a possibilidade de subordinação do pagamento à **comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal** para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei nº 9.012/1995 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inc. XIII, da Lei nº 8.666/1993 (REGULARIDADE FISCAL. DOU de 14.05.2008, S. 1, p. 80 - Item 9.3, TC-001.512/2006-2, Acórdão nº 837/2008 - TCU-Plenário). (g.n.)

Imputar à Administração Pública a sua obrigação de emissão de certidões de regularidade fiscal significa transferir a outrem, no caso o Poder Público, a obrigação que a Lei lhe determinou. Na verdade, quer o Interessado ser poupado desta tarefa como se fosse um ônus excessivo.

Deve entender o Impugnante que se trata de obrigação personalíssima, ou seja, não pode ser transferida para outrem. Assim, é dever do particular encaminhar junto à fatura a documentação comprobatória da regularidade fiscal. Em contrapartida, é dever da Administração Pública conferir e convalidar a respectiva documentação. Aí sim, o agente público terá sua fatia de participação nesse processo, qual seja, acessando então o SICAF para realizar a devida conferência das condições habilitatórias do contratado.

Na verdade, quer o Interessado transferir obrigação sua para o Poder Público, poupando-lhe tempo e imputando à Administração obrigação que é lhe devida, isto é, apresentar junto com a fatura sua regularidade fiscal. Sabe o particular que a



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

supremacia do interesse público não pode amoldar-se ao interesse privado, como solicita a Impugnante.

Logo, NOVAMENTE, não é possível dar provimento ao pedido impugnatório.

3.2.3 RESPOSTA AO ITEM 3 DA IMPUGNAÇÃO DA CLARO S/A, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.3.6 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107 – DO REAJUSTE DO SMP

Ao combater a redação do item 17.1.4 do edital com adequação proposta pela Interessada verificou-se que não há divergência aos ditames da ANATEL, bem como da Lei Geral de Licitações e Contratos, considerando que, em caso de prorrogação será levado em consideração as tarifas da ANATEL, reajustando na forma e data-base estabelecidas por esta Agência, mediante a incidência do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST), observando-se sempre intervalo não inferior a 12 (doze) meses entre as datas-base dos reajustes concedidos.

Ademais, no item 17.1.2 do edital há previsão expressa de que o reajuste dos preços unitários das tarifas poderá ser aplicado com periodicidade inferior se assim vier a ser autorizado pelo órgão regulador, a ANATEL, de acordo com o § 5º do artigo 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 e conforme com o disposto na alínea “d”, inciso II, art. 65 da Lei nº 8.666/93. O mesmo procedimento se aplicará caso o órgão regulador venha a determinar a redução de tarifas.

Observa-se que além do índice **IST** de Serviços de Telecomunicações poderão os preços serem reajustados, de acordo com o Plano de Serviço Alternativo de Serviços ou Plano Básico, devidamente homologado pela ANATEL.

Em suma, não prospera a Impugnação quanto a esta questão.

3.2.4 RESPOSTA AO ITEM 4 DA IMPUGNAÇÃO DA CLARO S/A, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.3.4 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107 - DO PRAZO PARA PAGAMENTO

O art. 44 da Resolução nº 477/2007 - Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP – preceitua que:

“Art. 44. A entrega do documento de cobrança ao Usuário, constituído de demonstrativos e faturas dos serviços prestados, deve ocorrer **pelo menos 5 (cinco) dias antes do seu vencimento**” (g.n.)



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

A cláusula décima quinta da minuta do contrato requer que a fatura seja encaminhada num prazo de 20 (vinte) dias antes da data do vencimento, uma vez que é considerado o espaço de tempo para conferência, por parte da Administração Pública, dos serviços prestados naquele período visando o atesto da nota fiscal.

Esse procedimento envolve etapas que demandam tempo suficiente para o agente público fiscal do contrato. Assim, não só verificará a documentação de regularidade fiscal como, também, deverá atestar a eficiência do serviço de acordo com Acordo de Nível de Serviço – ANS e perante os usuários deste serviço. Após essa etapa é necessário ainda efetuar a liquidação e pagamento pelo setor competente.

Dáí que não se vislumbra qualquer transgressão à regra acima exposta. Primeiro porque tal regra visa apenas resguardar o consumidor estabelecendo um período mínimo para apresentação das faturas. Segundo porque o prazo definido no edital não transgredir o art. 44 da norma legal, em vista de estipular prazo razoável para o particular cumprir com as exigências impostas por lei. Terceiro porque a Administração Pública não exhibe conduta abusiva, mas somente obedece regras de contrato administrativo, já que a legislação autoriza o pagamento imediato em até 30 (trinta) dias.

Por fim não prospera a Impugnação quanto a esta questão.

3.2.5 RESPOSTA AO ITEM 5 IMPUGNAÇÃO DA CLARO S/A, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.3.5 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107 - DO DESCONTO NO PAGAMENTO DAS FATURAS

Não procedem os argumentos da Impugnante, haja vista que no instrumento convocatório está previsto que a inexecução total ou parcial e a execução precária do contrato ensejará aplicação de penalidade, após o regular processo administrativo, observando, pois, as formalidades legais, especialmente do contraditório e da ampla defesa.

O Acordo de Nível de Serviço – ANS é instrumento de gestão, cujo objetivo é avaliar o grau de eficiência na prestação de serviço por parte do contratado com o fito de estabelecer padrões de qualidade na contratação.

O subitem 18.1 dispõe que a contratada se submeterá as sanções administrativas caso não alcance níveis satisfatórios de avaliação de desempenho, a ser apurada mensalmente, conforme definições e tabelas descritas no edital.

O texto editalício consigna que as sanções administrativas serão precedidas de regular processo administrativo, com direito ao contraditório e a ampla defesa. Logo, o mesmo raciocínio vale para a aplicação de sanção administrativa advinda



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

do ANS. Ou seja, a punição administrativa será precedida de contraditório e a ampla defesa.

A multa é espécie de sanção administrativa, onde subentende-se que sua aplicação dar-se-á após o devido processo administrativo. O seu desconto na fatura nada mais significa do que tornar célere sua cobrança, conforme impõe o princípio da eficiência administrativa.

Ademais o TCU consigna que “os valores correspondentes a multas ou indenizações devidas pelo contratado, nos termos definidos no contrato, **poderão ser deduzidos do montante a pagar**”³.

Assim, permanecem inalteradas as disposições do Edital.

3.2.6 RESPOSTA AO ITEM 6 IMPUGNAÇÃO DA CLARO S/A - DA MULTA POR ATRASO DE PAGAMENTO

Quanto ao tema esclarecemos que o atraso no pagamento em decorrência de ato da própria Administração tem como consequência a aplicação apenas de compensação financeira referida na alínea d do inciso XIV do art. 40 da Lei 8.666/93, POSTO QUE, expressamente, apenas se refere aos casos de atrasos de pagamento, quando deverá ser prevista a forma de ressarcir o contratado pelo inadimplemento injustificado e ocasionado exclusivamente por culpa da Administração.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União, na Decisão n.º 392/1993, da Segunda Câmara, infra:

10. [...] o Tribunal tem orientado aos órgãos da administração direta e indireta, de forma reiterada, **para que não efetuem pagamento de multa sobre as contas em atraso às empresas prestadoras de serviços públicos, por falta de base legal**. Da mesma forma, esta Corte tem alertado àqueles órgãos no sentido de observarem rigorosamente os prazos para os pagamentos das obrigações pactuadas, evitando causar danos financeiros aos fornecedores.

Decisão

A Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

b) adote providências com vistas a **suprimir, através de termo aditivo, cláusula que estabeleça multa por atraso no caso do contrato firmado com a [omissis], por falta de amparo legal** e reiteradas Decisões do Tribunal em casos análogos; (g.n.)

3 http://webcache.googleusercontent.com/searchq=cache:NLPpxVwFvzUJ:portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/276-329%2520CI%25C3%25A1usulas%2520Necess%25C3%25A1rias.pdf+TCU%2Bdesconto+da+multa+na+fatura&hl=pt-BR&gl=br Acessado em 30.12.2011



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Por outro lado, a Portaria nº 1960/96 do Ministério das Comunicações, de 06 de dezembro de 1996 limita o percentual máximo para atraso de pagamento de conta a 2% (dois por cento) do valor da conta ou fatura, conforme estabelece o art. 1º, *in verbis*:

“Art. 1º A multa por atraso de pagamento de conta ou fatura de prestação de Serviços Públicos de Telecomunicação a seguir relacionadas está limitada ao percentual máximo de 2%(dois por cento) do valor da conta ou fatura, devida, uma única vez no dia seguinte ao vencimento.”

Cumpra, ainda, esclarecer que este *Parquet* segue orientação da Instrução Normativa nº 02/2008 que norteia toda administração federal em relação a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Dispõe o § 4º, Art. 36, da referida Instrução que na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido dos encargos moratórios de acordo com a fórmula estabelecida no parágrafo sexto, da cláusula Décima Quarta da minuta de contrato anexo IV do edital.

Coaduna-se, desta forma, plenamente o edital à Portaria 1960/96, do Ministério das Comunicações, posto que esta estipula, tão somente, limite de percentual máximo para multa por atraso de pagamento de conta a 2% (dois por cento) do valor da conta ou fatura.

Em recente posicionamento, o Tribunal de Contas da União, Acórdão n.º 1.334/2002-TCU, reafirmou que “é vedada a incidência de correção monetária nos casos de atrasos de pagamento ocasionados por culpa exclusiva da Administração”.

Portanto, a penalização em caso de atraso no pagamento já está contemplada conforme disposto no parágrafo sexto, da cláusula Décima Quarta da minuta de contrato anexo IV do edital 006/2012-CPL/MP/PGJ, assim fica mantido o texto original.

Assim não procede as razões da impugnação.

3.2.7 RESPOSTA AO ITEM 7 IMPUGNAÇÃO DA CLARO S/A, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.2.2. DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107 - DA OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO DA TAXA DE EXPEDIENTE ESTADUAL PARA AS EMPRESAS NÃO CADASTRADA NA SEFAZ/AM



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Equivoca-se a pretensa licitante em relação ao item, pois a obrigatoriedade do pagamento da taxa ocorrerá apenas para licitante vencedora do certame, ou seja, qualquer empresa que atue no ramo, objeto da presente licitação poderá participar da licitação, desde que atendam o item 3 e seus subitens do edital.

Ademais, obrigatoriedade de cadastro na Sefaz/AM decorre do Decreto estadual nº 17.568/1996 dispõe que:

“Art. 1º Ficam **obrigadas a se cadastrar na Secretaria de Estado da Fazenda as empresas fornecedoras de mercadorias, inclusive materiais, máquinas e equipamentos, e prestadores de serviços e executores de obras** aos órgãos da administração direta e indireta do Poder Executivo.

§ 1º A **exigência do cadastro de que trata este artigo é condição para efetivação do pagamento pelo fornecimento de bens, prestação de serviços e execução de obras.**

§ 2º As empresas com mais de um estabelecimento deverão efetuar somente o cadastramento da matriz.” (g.n.)

As orientações dispostas na Lei n.º 4.320/64, incluem para efeitos de controle e fiscalização orçamentária, os entes federativos, neles compreendidos o Poder Executivo, o Poder Legislativo, inclusive os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público.

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, também adota idêntica sistemática ao impor regras de gestão fiscal a todos os Poderes, inclusive os órgãos com poder de autogoverno, tais como o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

No mesmo sentido, posiciona o Tribunal de contas da União.

Vejamos:

“9.3. firmar entendimento de que **o art. 42 da Lei Complementar nº 101/2000 aplica-se aos titulares de todos os poderes e órgãos com autonomia administrativo-orçamentário-financeira (ou poder de autogoverno)** garantida nos termos da Constituição, independentemente do período do mandato do respectivo titular à frente da gestão do órgão, que, no âmbito do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União, é definido, em geral, por meio dos respectivos regimentos, e deve ser aplicado em conjunto com os princípios norteadores do orçamento, em especial o da anualidade previsto no § 5º do art. 165 da Constituição e arts. 34 e 35 da Lei nº 4.320/1964, limitada a sua abrangência ao encerramento do exercício em 31 de dezembro” (**ACÓRDÃO Nº 2354/2007- TCU – PLENÁRIO**).



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

(g.n.)

Sendo integrante da Administração Pública, como exposto acima, o *Parquet* está obrigado pela Lei de Responsabilidade Fiscal a cumprir prática de gestão fiscal transparente, dentre as quais a regra da conta única⁴, regulamentada no âmbito do estado do Amazonas através da Lei Delegada n.º 73/2007, item 10, a qual define ser competente a SEFAZ/AM para a administração da execução financeira, por intermédio do gerenciamento da conta única do Estado, sem prejuízo da competência atribuída aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, incluindo aqui o Ministério Público.

Sendo assim, não há opção ao *Parquet* que não seja adequar-se às regras fiscais, dentre as quais submeter-se à administração da conta única pela SEFAZ/AM no que diz respeito ao orçamento fiscal, onde exige das empresas fornecedoras de mercadorias, inclusive materiais, máquinas e equipamentos, e prestadores de serviços e executores de obras a se cadastrarem na Secretaria de Estado da Fazenda, haja vista a exigência do cadastro ser condição essencial para efetivação do pagamento pelo fornecimento de bens, prestação de serviços e execução de obras.

Ressalte-se que o valor da referida taxa é irrisória que não coaduna com as afirmações da pretensa licitante que afirma ser um “enorme ônus”. Desta feita, em virtude de imposição legal, não há possibilidade jurídica de exclusão da cláusula de obrigatoriedade cadastral junto à SEFAZ/AM.

3.3 RAZÕES DE DECIDIR DA EMPRESA TNL PCS S/A (OI S/A), CNPJ 04.1644.616/0001-59

3.3.1 DA IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.2.3 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107

A Resolução N.º 37/2009 do Conselho Nacional do Ministério Público, considerando o disposto na Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal, resolveu que:

“Art. 1.º. É vedada a nomeação ou designação para cargos em comissão e funções comissionadas, no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros, compreendido o ajuste mediante designações ou cessões recíprocas em qualquer órgão da

4 Art. 56 da lei n.º 4.320/64: “O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio da unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais”.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 2º. É vedada a nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de servidor ocupante, no âmbito do mesmo Ministério Público, de cargo de direção, chefia ou assessoramento, para exercício de cargo em comissão ou função comissionada, compreendido o ajuste mediante

Art. 3º. Os órgãos do Ministério Público não podem contratar empresas prestadoras de serviços que tenham como sócios, gerentes ou diretores as pessoas referidas nos artigos 1º e 2º desta Resolução.

Art. 4º. **É vedada a prestação de serviço por empregados de empresas fornecedoras de mão de obra que sejam parentes até o terceiro grau dos respectivos membros ou servidores dos órgãos contratantes do Ministério Público da União e dos Estados, observando-se, no que couber, as restrições relativas à reciprocidade entre os Ministérios Públicos ou entre estes e órgãos da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal.**

Parágrafo único: **Cada órgão do Ministério Público estabelecerá, nos contratos firmados com empresas prestadoras de serviços, cláusula proibitiva da prestação de serviço no seu âmbito, na forma estipulada no caput.”** (g.n.)

Como se observa a vedação à prática de nepotismo está disciplinada na legislação nacional, razão pela qual não prospera a Impugnação da Interessada com relação a esta cláusula editalícia.

3.3.2 IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO D EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

A atividade administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, expressos ou reconhecidos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E mais, quando esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de forma mais eficaz possível, a permitir-se a interpretação que não sacrifique por completo qualquer deles.

Se, de um lado, há o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem premissas éticas



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

como o da moralidade administrativa, o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade dos interesses públicos, que também necessitam ser preservados pela Administração. Caso haja conflitos entre tais princípios, fica ao encargo do intérprete e aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema jurídico.

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o princípio da moralidade administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Deve então o aplicador do direito, em obediência ao princípio da legalidade, harmonizar a eficácia deste aos demais princípios que devem moldar a atuação do Poder Público.

Como consequência, deixar-se que o particular escolha qual de suas empresas irá participar do certame, utilizando àquela que no exato momento da licitação está a cumprir as exigências licitatórias, é permitir sua atuação com desvio de finalidade, abrindo-se a possibilidade de que a mesma seja parte em um contrato firmado com a Administração Pública, afrontando aos princípios administrativos.

Quanto à abrangência das sanções administrativas descritas no art. 87, incisos III e IV, faz-se mister destacar recente decisão do Tribunal de Contas da União, onde sacramentou o alcance da sanção de suspensão temporária (inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93) através do novo entendimento, Acórdão nº 2218/2011 – TCU – 1ª Câmara⁵, no qual a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta, seguindo jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça que entende ser a Administração Pública una, sendo apenas descentralizado o exercício de suas funções, para melhor atender ao bem comum⁶.

3.3.3 DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS NO CNPJ DA PROPONENTE, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.3.1 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107

Vejamos a jurisprudência do Tribunal de Contas da União com

5 [http://www.institutozenite.com.br/jsp/site/item/AcordaosDecisoesDet.jsp?](http://www.institutozenite.com.br/jsp/site/item/AcordaosDecisoesDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdcId=1&IntScId=93&IntItemId=54&IntDocId=55082)

[PagAtual=1&Modo=2&IntPrdcId=1&IntScId=93&IntItemId=54&IntDocId=55082](http://www.institutozenite.com.br/jsp/site/item/AcordaosDecisoesDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdcId=1&IntScId=93&IntItemId=54&IntDocId=55082). Acessado em 28/2/2012.

6 “É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública” (REsp 151.567 / RJ, Relator: Ministro Peçanha Martins). No mesmo sentido, o RMS 9707 / PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz: “A garantia da honorabilidade e probidade dos licitantes é qualidade indissociável ao trato da coisa pública. O resguardo da Administração à regularidade da concorrência pública denota, sobretudo, o respeito ao interesse comum. Ora, se a lei exige do administrador que aja com probidade ao promover a licitação pública, com maior razão que também se prescreva ao particular essa exigência.”



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

relação aos conceitos de matriz e filial.

Preceitua a insígnia Corte de Contas que matriz é o estabelecimento chamado sede ou principal que tem a primazia na direção e ao qual estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.

Já filial é o estabelecimento que representa a direção principal, contudo, sem alçada de poder deliberativo e/ou executivo. A filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo, porque este estabelecimento possui poder de representação ou mandato da matriz; por esta razão, a filial deve adotar a mesma firma ou denominação do estabelecimento principal. Sua criação e extinção somente são realizadas e efetivadas através de alteração contratual ou estatutária, registradas no Órgão competente.

Sabe-se, desta forma, que matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica. Destarte, poderia se afirmar ser indiferente saber qual foi o estabelecimento vencedor do certame e qual entregará os produtos e/ou serviços contratados.

No entanto, a realidade é outra, para efeitos de controle administrativo. Tudo porque a Nota de Empenho, quando da sua emissão, consta o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ da empresa que foi vencedora do certame, cujo resultado fora homologado por ato da autoridade competente.

Como consequência dessa prática, o pagamento de despesa só pode ser efetuado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ constante na referida Nota de Empenho, pois caso não haja conformidade entre o CNPJ do documento fiscal e o do consignado em instrumento contratual (ou documento equivalente), fica impossibilitado o *Parquet* de efetivar a liquidação e posterior pagamento da respectiva despesa.

Desta feita, a Impugnação não prospera, permanecendo sem alteração a redação do subitem 5.8 do edital.

3.3.4 DA EXIGÊNCIA DE ÍNDICES

A IN SLTI nº 2/2010, publicada em 13/10/2010, revogou a IN MARE nº 5/1995 sobre o SICAF.

Vejamos o que dispõe o art. 44 da referida IN:

“Art. 44. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação.” (g.n.)

Por sua vez, o § 3º do art. 31 da lei 8.666/93 estabelece que o capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo 2º deste dispositivo legal não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

Em outras palavras, a legislação permite à Administração Pública agir de forma discricionária quanto à escolha do índice de comprovação de qualificação econômica financeira até o limite de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

Assim, o Poder Público poderá optar pela comprovação de capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, quando qualquer dos índices Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral, informados pelo SICAF, for igual ou inferior a 1.

O instrumento convocatório em comento cumpre, rigorosamente, os preceitos legais optando pela comprovação de patrimônio líquido mínimo não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos moldes como dispõe os instrumentos convocatórios do Tribunal de Contas da União⁷, o que evidencia estar o edital de acordo com a Lei Licitação.

Desta feita, a Impugnação não prospera, permanecendo sem alteração a redação do subitem 9.5.1.1 do edital.

3.3.5 DO PRAZO PARA RECURSO

Em termos práticos, o recurso deve ser interposto ao término da sessão pública do pregão, ficando, desde já, o recorrente intimado de que poderá apresentar por escrito as razões de seu inconformismo, no prazo de 3 dias corridos, ficando dos demais licitantes intimados na própria sessão de que poderão contra-arrazoar em igual número de dias, que começarão a correr no término do prazo do recorrente.

Através do Acórdão nº 2564/2009 Plenário o TCU pacificou a questão temporal ao mencionar, de forma expressa, o prazo de prazo de 3 dias corridos para apresentar as razões recursais. Vejamos:

⁷ http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos_tcu/licitacoes/licitacoes_andamento/Edital%20PE%2086-2011%20-%20Solu%C3%A7%C3%A3o%20Integrada%20de%20Servi%C3%A7os%20Ger.pdf Acessado em 28.2.2012



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

“Abstenha-se de analisar, de antemão, o mérito do recurso, para o qual deve ser concedido **o prazo de 3 (três) dias para apresentação das respectivas razões de recursos do licitante e período igual para os demais licitantes**, caso queiram apresentar suas contra-razões, nos termos do art. 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/2002, c/c art. 11, inciso XVII, do Decreto nº 3.555/2000 (pregão presencial), e do art. 26, caput, do Decreto nº 5.450/2005 (pregão eletrônico)”. Acórdão 2564/2009 Plenário. (g.n.)

Desta feita, a Impugnação não prospera, permanecendo sem alteração a redação do subitem 11.1 do edital, vez que o instrumento convocatório estabelece estrita obediência legal.

3.3.6 LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS A CONTRATANTE

Questiona a Impugnante o teor do subitem 13.7.14 do edital, o subitem 5.18 do Termo de Referência nº. 026/2011 – SCS e a cláusula décima primeira da minuta do contrato quanto à extensão da responsabilidade da contratada por ato de seus empregados.

Ao dispor sobre as cláusulas obrigatórias do contrato administrativo, o inciso VII do art. 55 da Lei nº 8.666/93 estabelece os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas dos que serão parte deste contrato: contratante e contratado.

Prevê ainda o art. 66 da Lei nº 8.666/93 que todo contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e respondendo cada um pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. Trata-se do cumprimento dos contratos, conhecido como pacta sunt servanda, onde o descumprimento dessa obrigação enseja a responsabilidade civil da parte inadimplente.

Acerca do tema preconiza Marçal Justen Filho⁸,

A responsabilização civil obedece aos princípios do direito comum. Envolve o dever da parte culpada indenizar a parte inocente pelas perdas e danos derivados da inexecução. (...). O particular somente será responsabilizável perante a Administração quando o descumprimento aos deveres impostos por lei ou pelo contrato derivar de conduta culposa.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 509.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

A responsabilidade civil do particular pelos atos faltosos cometidos de forma culposa pelos seus empregados encontra-se pacificada pelo Supremo Tribunal Federal através da Súmula nº 341: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposos do empregado”⁹.

Portanto, cabe à contratada a responsabilidade civil pelos atos faltosos cometidos de forma culposa pelos seus empregados. Isso porque a responsabilidade pela escolha do empregado é sua (culpa in eligendo), havendo a possibilidade desta ser afastada caso seja demonstrada a inexistência de culpa na escolha ou na condução e fiscalização do agir dessas pessoas (culpa in vigilando).

Em outras palavras, a ausência da prestação eficiente do serviço no cumprimento das atividades previstas no contrato determina a responsabilidade civil da empresa contratada pela inexecução do ajuste, resultando na sua responsabilização.

Assim, resta claro que somente haverá dever de indenizar, por parte da contratada, quando for verificado que eventual dano causado à Administração estiver atrelado à culpa ou a dolo da prestadora dos serviços ou de seus empregados.

Logo, manifesto-me pelo improvimento do pedido, uma vez que as disposições editalícias concernentes às hipóteses de responsabilização da contratada estão em consonância com o art. 70 da Lei nº 8.666/93 e com as demais normas correlatas, não carecendo de qualquer retificação.

3.3.7 IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS

Atinente às ligações de VC2 e VC3, insta esclarecer que tais serviços são atribuídos às prestadoras de telefonia fixa, que detêm outorga da Anatel para poder prestar o Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância – STFC. Logo, as prestadoras do SMP somente podem fazer constar dos seus Planos de Serviços às chamadas do tipo VC1.

A subcontratação da forma como prevista no Edital não se refere à prestação do serviço de roaming, posto que o roaming é a possibilidade de fazer e receber chamadas dentro e fora da área de registro ou mobilidade da operadora da qual o consumidor é cliente, identificado como serviço de telefonia móvel. A possibilidade de se utilizar o celular em outro município ou estado do país, o serviço de roaming é ativado automaticamente, permitindo ao usuário do SMP que a estação móvel por ele usada receba e origine, automaticamente e em qualquer ponto da área de serviço, chamadas telefônicas para qualquer outro usuário do STFC ou SMP de qualquer

9 Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 149. (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=341.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas> Acessado em 28.2.2012).



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

operadora. Assim, o usuário de estação móvel originará e receberá chamadas interurbanas sem qualquer tipo de discriminação ou restrição, nos locais onde a operadora não possua o serviço, sem que isto se configure subcontratação total de uma operadora local.

Desta feita, dou pelo improvimento do pedido, permanecendo inalterada a redação original editalícia, uma vez que a subcontratação parcial de serviços encontra respaldo legal no art. 72 da Lei 8.666/93.

3.3.8 DA SUSPENSÃO OU RETENÇÃO DO PAGAMENTO POR FALTA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.2.1 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107

Uma das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo diz respeito a fiscalização contratual¹⁰. Essa fiscalização, dentre outras formas de contrato, inclui o da regularidade fiscal. Ou seja, o particular ao celebrar contrato com a Administração Pública deverá, durante toda a execução deste, manter-se regular com o fisco.

Quis o legislador dotar o Poder Público de mecanismos eficientes quanto às obrigações fiscais do particular para com o Estado. Daí obrigar o ente administrativo exigir do contratado, por ocasião da licitação e celebração do contrato, a comprovação de que mantém seus recolhimentos fiscais em dia. Portanto, não há qualquer discricionariedade da Administração Pública em declarar vencedor na licitação ou contratar àquele que não se encontra em dia com suas obrigações fiscais, sob pena de apuração de responsabilidade do servidor que deu causa à contratação do particular inadimplente.

Sem dúvida, é mecanismo de controle eficiente que detém o Estado, já que, sem dúvida, é quem mais compra e contrata no mercado econômico nacional. Ou seja, o controle do contrato está atrelado, no ordenamento jurídico brasileiro, à regularidade fiscal da contratada, que deverá permanecer durante toda a execução do contrato.

A respeito da regularidade fiscal o TCU já decidiu que a comprovação de regularidade fiscal deve ser exigida em todas as modalidades de licitação, inclusive por dispensa ou inexigibilidade, observando que a condição de regularidade fiscal deverá ser mantida durante toda a execução dos contratos e comprovada a cada pagamento efetuado, conforme previsto no art. 195, § 3º, da CF/1988. (TC-014.462/2006-6, AC.

¹⁰ Art. 58 da Lei 8.666/93. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...);

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

956/2007-1ª Câmara, item 1.1.8, em 20.04.2007).

No mesmo sentido já entendeu o Tribunal Superior do Trabalho - TST, através do Enunciado 331, quando a Administração é demandada por direitos dos empregados da contratada. Tudo porque o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial, por determinação do art. 71 da Lei nº 8.666.93.

Exemplo típico é a obrigação da Administração Pública em verificar se os direitos trabalhistas dos empregados estão sendo resguardados pelo particular. A exigência de apresentação dos recibos de pagamento de salário e a apresentação dos depósitos previdenciários e de FGTS, junto ao órgão público é condição sine qua non para efeito de liberação de pagamento mensal devido ao contratado.

Fica cristalino que não há outra forma de agir por parte do Poder Público. Não há opção de escolha para o agente público. Trata-se de poder-dever administrativo. Isto é, o objetivo do legislador foi dotar o aparelho estatal de diversos mecanismos de controle, a fim de verificar o pagamento dos tributos por parte do particular para fins de geração de receita para o Estado e, conseqüentemente imputou ao administrador, no momento do certame e da celebração do contrato, o dever legal de exigir a regularidade fiscal do particular ao contratar com Administração Pública.

Também é sabido que, dentre o rol de sanções administrativas dispostas no art. 87 da Lei 8.666/93, não consta a retenção de pagamento, bem como afirma o Interessado em sede de Impugnação. Mas também não pode alegar desconhecimento da lei. Afinal, sabe que a Lei Licitatória exige do contratado a regularidade fiscal desde o certame até o cumprimento final do contrato. Trata-se de imposição determinada pelo princípio da legalidade que exige do agente público sua conduta em conformidade à lei.

Em resumo, não cabe outra conduta à Administração Pública, razão pela qual não prospera a Impugnação do Interessado.

3.3.9 REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS, CORRESPONDENTE AO SUBITEM 3.2.9 DA DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107

Ao combater a redação original da cláusula décima sétima da minuta do contrato com adequação proposta pela Interessada verificou-se que não há divergência aos ditames da ANATEL, bem como da Lei Geral de Licitações e Contratos, considerando que, em caso de prorrogação, será levado em consideração as tarifas da ANATEL, reajustando na forma e data-base estabelecidas por esta Agência, mediante a incidência



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST), observando-se sempre intervalo não inferior a 12 (doze) meses entre as datas-base dos reajustes concedidos.

Ademais, no parágrafo segundo da respectiva cláusula há previsão expressa de que o reajuste dos preços unitários das tarifas poderá ser aplicado com periodicidade inferior se assim vier a ser autorizado pelo órgão regulador, a ANATEL, de acordo com o § 5º do artigo 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 e conforme com o disposto na alínea “d”, inciso II, art. 65 da Lei nº 8.666/93.

O mesmo procedimento se aplicará caso o órgão regulador venha a determinar a redução de tarifas. Desta feita, não procede a Impugnação da Interessada quanto a este tema.

3.3.10 BASE DE CÁLCULO DA MULTA EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

Não procedem os argumentos da Impugnante, haja vista que no instrumento convocatório está previsto que a inexecução total ou parcial e a execução precária do contrato ensejará aplicação de penalidade, após o regular processo administrativo, observando, pois, as formalidades legais, especialmente do contraditório e da ampla defesa.

O Acordo de Nível de Serviço – ANS é instrumento de gestão, cujo objetivo é avaliar o grau de eficiência na prestação de serviço por parte do contratado com o fito de estabelecer padrões de qualidade na contratação.

O subitem 18.1 dispõe que a contratada se submeterá as sanções administrativas caso não alcance níveis satisfatórios de avaliação de desempenho, a ser apurada mensalmente, conforme definições e tabelas descritas no edital.

O texto editalício consigna que as sanções administrativas serão precedidas de regular processo administrativo, com direito ao contraditório e a ampla defesa. Logo, o mesmo raciocínio vale para a aplicação de sanção administrativa advinda do ANS. Ou seja, a punição administrativa será precedida de contraditório e a ampla defesa.

A multa é espécie de sanção administrativa, onde subtende-se que sua aplicação dar-se-á após o devido processo administrativo. O seu desconto na fatura nada mais significa do que tornar célere sua cobrança, conforme impõe o princípio da eficiência administrativa.

Ademais o TCU consigna que “os valores correspondentes a multas ou indenizações devidas pelo contratado, nos termos definidos no contrato, poderão ser



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

deduzidos do montante a pagar”¹¹.

Assim, permanecem inalteradas as disposições do Edital.

3.3.11 SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

Quanto ao tema esclarecemos que o atraso no pagamento em decorrência de ato da própria Administração tem como consequência a aplicação apenas de compensação financeira referida na alínea d do inciso XIV do art. 40 da Lei 8.666/93, POSTO QUE, expressamente, apenas se refere aos casos de atrasos de pagamento, quando deverá ser prevista a forma de ressarcir o contratado pelo inadimplemento injustificado e ocasionado exclusivamente por culpa da Administração.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União, na Decisão n.º 392/1993, da Segunda Câmara, infra:

10. [...] o Tribunal tem orientado aos órgãos da administração direta e indireta, de forma reiterada, **para que não efetuem pagamento de multa sobre as contas em atraso às empresas prestadoras de serviços públicos, por falta de base legal**. Da mesma forma, esta Corte tem alertado àqueles órgãos no sentido de observarem rigorosamente os prazos para os pagamentos das obrigações pactuadas, evitando causar danos financeiros aos fornecedores.

Decisão

A Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

b) adote providências com vistas a **suprimir, através de termo aditivo, cláusula que estabeleça multa por atraso no caso do contrato firmado com a [omissis], por falta de amparo legal** e reiteradas Decisões do Tribunal em casos análogos;

Por outro lado, a Portaria nº 1960/96 do Ministério das Comunicações, de 06 de dezembro de 1996 limita o percentual máximo para atraso de pagamento de conta a 2% (dois por cento) do valor da conta ou fatura, conforme estabelece o art. 1º, *in verbis*:

“Art. 1º A multa por atraso de pagamento de conta ou fatura de prestação de Serviços Públicos de Telecomunicação a seguir relacionadas está limitada ao percentual máximo de 2%(dois por

¹¹ http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NLPpxVwFvzUJ:portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/276-329%2520C1%25C3%25A1usulas%2520Necess%25C3%25A1rias.pdf+TCU%2Bdesconto+da+multa+na+fatura&hl=pt-BR&gl=br Acessado em 28.2.2012

Av. Coronel Teixeira, 7.995. Nova Esperança. CEP 69037-473. Manaus/AM. Fone (92) 3655-0701/0743. licitacao@mp.am.gov.br



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

cento) do valor da conta ou fatura, devida, uma única vez no dia seguinte ao vencimento.”

Cumprido, ainda, esclarecer que este Parquet segue orientação da Instrução Normativa nº 02/2008 que norteia toda administração federal em relação a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Dispõe o § 4º, Art. 36, da referida Instrução que na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido dos encargos moratórios de acordo com a fórmula estabelecida no parágrafo sexto, da cláusula Décima Quarta da minuta de contrato anexo IV do edital.

Coaduna-se, desta forma, plenamente o edital à Portaria 1960/96, do Ministério das Comunicações, posto que esta estipula, tão somente, limite de percentual máximo para multa por atraso de pagamento de conta a 2% (dois por cento) do valor da conta ou fatura.

Em recente posicionamento, o Tribunal de Contas da União, Acórdão n.º 1.334/2002-TCU, reafirmou que “é vedada a incidência de correção monetária nos casos de atrasos de pagamento ocasionados por culpa exclusiva da Administração”.

Portanto, a penalização em caso de atraso no pagamento já está contemplada conforme disposto no parágrafo sexto, da cláusula Décima Quarta da minuta de contrato anexo IV do edital 006/2012-CPL/MP/PGJ, assim fica mantido o texto original.

Assim não procede as razões da impugnação.

3.3.12 DA EXIGÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO DE APARELHOS SEM ÔNUS PARA A CONTRATANTE

Dispõe o subitem 13.4 do edital:

13.4. Só serão aceitos aparelhos celulares com assistência técnica credenciada pelo fabricante na cidade de Manaus-AM.

13.4.1. Os aparelhos celulares com defeito serão encaminhados, pela CONTRATANTE, para a assistência técnica do fabricante.

13.4.2. É de inteira responsabilidade do fabricante, através de suas assistências técnicas, o reparo ou a substituição aparelhos celulares e/ou acessórios que apresentarem defeitos.

13.4.3. Se comprovado que o defeito não foi ocasionado por mau uso,



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

o reparo ou substituição dos aparelhos não poderá representar nenhum ônus para a CONTRATANTE.

13.4.4. Quando o aparelho estiver em reparo, a CONTRATADA deverá fornecer outro aparelho com o mesmo número de acesso de forma a não gerar interrupção do serviço, sem que isso acarrete qualquer ônus extra para a CONTRATANTE.

Da leitura acima não se vislumbra qualquer desequilíbrio dos direitos e obrigações entre as partes. A exigência editalícia está amparada em norma de defesa do consumidor, prevendo uma obrigação para a prestadora de serviços de telefonia móvel, qual seja, dar (em comodato) um outro aparelho com o mesmo número de acesso de forma a não gerar interrupção do serviço, sem que isso acarrete qualquer ônus extra para a contratante.

O objetivo é evitar que o consumidor assumira todo o prejuízo decorrente de um evento inesperado e imprevisível: a quebra do telefone, sem que tenha contribuído com o dano ocorrido, visto que o ônus suportado integralmente pela contratante seria excessivo, o que, no caso, representaria desequilíbrio na relação contratual.

Portanto, não prospera a Impugnação da Interessada com relação a esse aspecto, já que a responsabilidade descrita no edital é do fabricante e, conseqüentemente, de sua assistência técnica.

No que diz respeito ao ACORDO DE NÍVEIS DE SERVIÇO, Item 20 não procede a Impugnação da Interessada, uma vez que a responsabilidade do contratado apenas ocorrerá caso o fabricante deixe de cumprir com sua obrigação, conforme preceitua o Código do Consumidor.

Aqui também resta frustrada a impugnação ao edital do certame.

4. Conclusão

Muito embora seja direito de todo licitante impugnar o edital naquilo que contrarie a lei, observa-se que as presentes impugnações tratam-se meramente de atos protelatórios que não se sabe a que objetivo se prestam. Considerando ser esta a segunda manifestação das pretensas licitantes manifestando as mesmas razões de impugnação o que denota claramente que os representantes não leram a DECISÃO 001.2011.CPL.549582.2012.107, emanada anteriormente sobre o Edital nº 22/2011 - CPL/MP/PGJ.

Cumpra aqui, a título de ilustração, transcrever a conclusão da Pregoeira



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

da Assembleia Legislativa do Maranhão, Gardênia Baluz Couto, a respeito da mesma conduta das pretensas licitantes:

“Por oportuno, cumpre mais uma vez ressaltar à Impugnante que há tempo esta Assembleia encontra-se na tentativa de realizar procedimento licitatório para a contratação dos serviços de telefonia, o qual vem sendo objeto de reiteradas impugnações, pela Empresa **CLARO S/A** com os mesmos conteúdos, cujas matérias já foram objeto de análises pela Pregoeira e pela Procuradoria Geral da Assembleia, a exemplo do Parecer n.º 318/2010-PGA, prestado no primeiro Edital do Pregão para esse objeto, de n.º 41/2010-ALEMA, **o que nos faz acreditar no caráter protelatório de tais impugnações, conduta esta que deve ser rechaçada pela Administração, cabendo, inclusive, mais uma vez alertarmos a empresa impugnante quanto à necessidade de abster-se de tal comportamento. Portanto, descabida**, improcedente e meramente protelatória a IMPUGNAÇÃO da Empresa CLARO S/A.

É necessário que a Empresa **IMPUGNANTE** tenha atenção na leitura do Edital e do Termo de Referência que o integra para que seguramente possa participar da licitação com a formulação de sua Proposta e em **suas Impugnações possa utilizar argumentos condizentes com o escrito no Edital, de forma a evitar atrapalhos e perda de tempo da Comissão Permanente de Licitação nos trabalhos para realização do Pregão em referência.**

Portanto não há o que ser alterado no edital do pregão em referencia, por estar o mesmo respaldado na legalidade.

Por fim, decidimos pela improcedência da Impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº01/2011CPL/ALEMA formulada pela CLARO S/A, por falta de respaldo legal, permanecendo inalteradas as condições editalícias”. *(sem grifo no original)*¹²

Por fim, recebo as impugnações feitas pelas empresas VIVO S/A, CNPJ 02.449.992/0364-36, CLARO S/A, CNPJ 40.432.544/0001-47 e TNL PCS S/A (OI S/A), CNPJ 04.1644.616/0001-59, negando o efeito suspensivo e no mérito indeferir as razões de impugnações ao Edital nº 006/2012 – CPL/MP/PGJ, por já terem sido respondidas, a maioria, na Decisão 001.2011.CPL.549582.2012.107, ensejando em mero instrumento protelatório.

12 Disponível em: <<http://www.al.ma.gov.br/licitacoes/arquivos/respostaimpugnacaopp042011.pdf>> Acessado em: 28 de fevereiro de 2012.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

É o que temos a esclarecer.

Manaus, 28 de fevereiro de 2012

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Pregoeira
Portaria 0210/2011/SUBADM