



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

DECISÃO N.º 021.2014.CPL.898103.2013.42105.

PEDIDOS DE IMPUGNAÇÕES INTERPOSTOS AOS TERMOS DO EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL N.º 5.015/2014-CPL/MP/PGJ, PELA EMPRESA **TELEMAR NORTE LESTE S/A.**, PRESSUPOSTOS LEGAIS: LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR, A EXISTÊNCIA DE UM ATO ADMINISTRATIVO, FUNDAMENTAÇÃO E TEMPESTIVIDADE ATENDIDOS.

1. DECISÃO

Analizados todos os pressupostos de admissibilidade e os aspectos objeto do pedido dirigido, este **PREGOEIRO**, com fundamento no artigo 13, § 1.º do ATO PGJ N.º 389/2007, decide:

a) Conhecer da peça formulada pela empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A (OI)**, CNPJ 33.000.118/0001-79, aos termos do edital do Pregão Presencial n.º 5.015/2014-CPL/MP/PGJ, pelo qual o *Parquet* busca contratar empresa especializada para “*prestação de serviços de acesso à rede mundial de computadores (Internet), através de link dedicado de dados com conectividade IP para Backbone de Internet na velocidade de 30Mbps, disponibilizado por meio de conexão direta e exclusiva, para atender à Sede do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS / PROCURADORIA GERAL DE JUSTICA, por um período de 12 (doze) meses.*”

b) **No mérito, reputar esclarecida** a objeção, conforme discorrido na presente peça;

c) **Manter o edital e a data de realização do certame, uma vez que não houve qualquer alteração do objeto**, em consonância com o art. 21, § 4º da Lei n.º 8.666/93.

2. DO RELATÓRIO

2.1. DAS RAZÕES DO ESCLARECIMENTO

Adentrou nesta Comissão Permanente de Licitação, em 29 de setembro de 2014, o pedido de impugnações interpostos aos termos do Edital do Pregão Presencial n.º 5.015/2014-CPL/MP/PGJ, apresentado pela empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A (OI)**, questionando disposições específicas do instrumento convocatório. Eis a transcrição do teor da solicitação:



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

1. TELEMAR NORTE LESTE S/A - (OI)

CNPJ Nº 33.000.118/0001-79

Razões de Impugnação

O Ministério Público do Estado do Amazonas instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma presencial, registrado sob o n.º 5.015/2014-CPL/MP/PGJ, [...].

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 comprometidas 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

1. EXIGÊNCIA ABUSIVA

O item 2.2.1 do Edital veda a participação de:

“Empresa que possua, em sua diretoria ou quadro técnico, funcionário público vinculado ao MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS ou à COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO;”

Ocorre que, tal exigência mostra-se excessiva, na medida em que não possui finalidade correlata à execução do objeto.

Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como o grau de parentesco e vínculo empregatício de seu quadro acionário, as quais inclusive, não são informadas quando da aquisição das ações pelo público em geral.

Nesse contexto, é relevante destacar que o instrumento convocatório deve se abster de incluir cláusulas e exigências desnecessárias à finalidade da



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

contratação, bem como aquelas que frustrem o caráter competitivo do certame.

A exigência imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados.

Cumpre destacar que quanto aos serviços de telecomunicações - objeto ora licitado -, estes são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

“Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no **princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la**, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.” (grifo nosso)

Ratificando o dever do poder público de ampliar a competição entre as Operadoras, com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários, o art. 2º, inciso III, da LGT assim determina:

“Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

(...)

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;” (grifo nosso)

Ademais, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;” (grifo nosso)

Inexiste no mercado uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item 2.2.1 do Edital.

2. IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS

O item 2.2.2 do Edital estabelece o seguinte:

“Empresa que possua sócios, diretores, gerentes ou quadro técnico, cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até 3º grau, de funcionário público, inclusive dos membros, vinculados ao MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS ou à CPL ou de servidores ocupantes de função de confiança ou de cargo de direção, chefia e assessoramento, conforme dispõe o art. 4º da Resolução nº 01 do CNMP, de 7 de novembro de 2005 e art. 1º da Resolução nº 7 do CNMP, de 17 de abril de 2006;”

Ocorre 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.

Imagine-se o dispêndio de dinheiro e tempo que esta pesquisa demandará e, principalmente, sem qualquer justificativa e relação com o objeto contratado, não sendo razoável a manutenção desta exigência.

Oportuno lembrar que conforme art. 9º da lei 8.666/1993 o impedimento de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou de execução do serviço restringe-se às seguintes pessoas:

“Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.”

Não se duvida que a prestação de declarações falsas possa acarretar a penalização das licitantes, por isso, diante do risco de sofrer penalizações, ante tal condição tão genérica, é insegura a participação das Operadoras neste certame.

A lei ressalva a autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa, mas ao mesmo tempo estrutura o procedimento licitatório para restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.

Toda atividade administrativa vincula-se ao Princípio da Legalidade, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5º, incisos II e XXXV, e 37.

A própria Lei n.º 8.666/1993, ao elencar os princípios básicos a serem observados pela Administração quando de sua atuação, indicou inicialmente o referido princípio, vejamos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93¹ e somente podem se referir à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88.

Logo, as exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da

¹ A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 (“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 2056/2008 Plenário)

Deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. A prevalecer tais exigências, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ante o exposto, a Oi requer a exclusão da exigência prevista no item 2.2.2 do Edital em atendimento ao princípio da legalidade.

3. O impedimento à participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação. Ausência de previsão legal. Ausência de prejuízo para a Administração.

O item 2.2.4 do Edital veda a participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação.

O mesmo item também veda a participação de empresas em processo de liquidação, dissolução, recuperação judicial, recuperação extrajudicial, falência ou concordata. Nestes casos, percebe-se o racional que motiva a Administração. Ora, nos casos de liquidação e dissolução, a pessoa jurídica está findando/extinguindo suas atividades, logo a contratação de uma licitante nesta situação poderá gerar graves prejuízos para a Administração.

Os casos de recuperação judicial, recuperação extrajudicial, falência ou concordata também possuem a potencial capacidade de gerar graves prejuízos à Administração, pois pode ser que, ao fim do procedimento licitatório, ela não consiga obter os serviços desejados. Inclusive, para estes casos, a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de a Administração solicitar, como requisito de habilitação – qualificação econômico-financeira –, a apresentação de certidão negativa de falência e concordata.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

Entretanto, não há razão nem embasamento legal para que a Administração inclua, em Edital de licitação, a vedação da participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação.

Vale mencionar, por oportuno, os conceitos legais (Lei nº 6.404/1976) de cada um destes tipos de movimentação societária:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; [...].

Nota-se que em todas estas movimentações societárias a Lei determina que a sociedade remanescente se responsabilize pelos deveres/obrigações assumidas pela Companhia originária. Dessa forma, não resta nenhum prejuízo para os contratantes e credores desta Companhia.

Ademais, não existe na Lei nº 8.666/93 ou em qualquer outro ato legislativo qualquer previsão que autorize a restrição ao direito de participar em licitações de empresas que estejam em movimentação societária nos tipos acima mencionados. Trata-se, assim, de previsão editalícia sem base na legalidade e na razoabilidade.

Por oportuno, vale salientar que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

peçoal do administrador.

Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção à supremacia do interesse público.

Vê-se, portanto, que qualquer ação que não esteja estritamente dentro da esfera legal deve ser desconsiderada e expurgada da esfera administrativa. É nesse sentido que se permite o afastamento de atos administrativos que não estejam em conformidade com a lei, pois "(...) só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei". (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18).

Vale destacar, por fim, que estas movimentações societárias são comuns na realidade do mercado mundial e brasileiro e, repita-se, a legislação salvaguarda todos os eventuais credores da Companhia.

Diante do exposto, a Oi requer a alteração no item 2.2.4 do Edital, para que seja retirada a vedação à participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação.

4. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

Primeiramente, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de telecomunicações. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações, verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infra-estruturais e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Traçadas as linhas gerais referentes ao mercado de telecomunicações,



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas pode se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

Nesse sentido, não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:

“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação.”¹ (grifo nosso)

Com espantosa precisão, o entendimento de Marçal Justen Filho subsume-se perfeitamente ao caso em questão. O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características. Nesse sentido, a imposição de mais uma restrição apenas põe em risco o princípio da competitividade.

Nesse sentido, cumpre trazer os seguintes entendimentos do TCU acerca da matéria:



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

“No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição.” (Acórdão 59/2006 - Plenário)

“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (...)” (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)

Dessa forma, vê-se que mesmo sendo discricionariedade da Administração a permissão ou não de consórcio de empresas, sua restrição deve ser devidamente fundamentada e deve colimar sempre com as condições do mercado e do objeto licitado, de forma que seja garantida a competitividade.

1 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 495.

Nota-se, tanto do entendimento doutrinário quanto jurisprudencial, que a permissão de consórcios nas licitações tem aspecto bifronte, podendo gerar ou restringir a competitividade. Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação.

Da mesma forma, não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e controladas. Isso porque, decorrente das particularidades do mercado e da economia globalizada, é comum a existência no âmbito das telecomunicações conglomerados econômicos que necessitam dessa ferramenta jurídica para participarem das licitações. Frise-se que muitas das vezes a prestação do serviço por empresa isolada não é o suficiente, necessitando da atuação em conjunto para a consecução do objeto da licitação.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer seja excluído do item 2.2.4 do Edital, a vedação a participação de empresas em consórcio.

5. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

O item 9.2.3 do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa de débitos trabalhistas – CNDT. Porém, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.

A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório.

Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.”

Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT.

Para sua expedição organizou-se o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – BNDT, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Deste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

são devedoras inadimplentes em processo de execução trabalhista definitiva.

As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévía (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011:

“Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (...)

§ 2o Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)” (grifo nosso)

Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

Não obstante, vê-se que a disposição do Edital fere não somente o texto legal mencionado, mas também o sentido intrínseco do dispositivo, ao não prever a possibilidade de regularização jurídica por parte das empresas licitantes por meio da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Tal determinação editalícia fere o caráter competitivo do certame no momento em que pode gerar a diminuição da participação de mais empresas na competição.

Ante o exposto, requer a adequação do item 9.2.3 do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

6. ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE ATÉ 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO

O item 9.3.3.1 do Edital determina como condição de habilitação a comprovação de patrimônio líquido mínimo não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, quando qualquer dos índices de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral for igual ou inferior a 1.

Não obstante, verifica-se que a exigência insculpida no item em comento afronta flagrantemente o artigo 31, § 2º e §3º da Lei 8.666/93, que dispõe sobre a alternatividade para cumprimento de tal exigência de qualificação econômica, 'in verbis':

“art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.” (grifos nossos)

Nesse sentido, o artigo 44 da IN/MARE n.º 2/2010, prevê 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 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..

Dessa forma, a Contratada não pretende furtar-se da obrigação de



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

comprovação da capacidade econômico-financeira para participação da licitação. O que se almeja aqui é que tal exigência seja feita de acordo com os limites estritamente legais. Frise-se que a forma como tal exigência é feita no Edital é incompatível com a legislação de regência.

Assim, o percentual do índice para aferição da situação financeira das empresas deverá necessariamente ajustar-se a essa realidade, pois não resta a menor dúvida de que a atual exigência não é razoável e não corresponde à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, afinal pretende que as licitantes tenham um grau de Solvência Geral (SG) superior à realidade do mercado dos dias de hoje. Ademais, o índice em questão não teria o condão de ser determinante na consecução do objeto contratado, ora vê-se que não existe relação entre a capacidade, eficiência e qualidade da empresa em realizar os serviços definidos.

De todo o exposto, requer a adequação do item 9.3.1.1 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, § 3º, da Lei 8666/93 e ao artigo 44 d a IN/MARE n.º 2/2010.

7. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

O item 9.4.1 do Edital exige, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação de “ Atestado(s) de Capacidade Técnica fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove(m) que a empresa licitante tenha prestado, a contento, serviço de natureza e vulto compatíveis com o objeto deste instrumento, que permita (m) estabelecer, por comparação, proximidade de características funcionais técnicas, dimensionais, quantitativas e qualitativas, nos termos do subitem 2.13, do Termo de Referência em anexo.”

Porém, o art. 30 da Lei n.º 8.666/93 assim determina:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado,



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

(...) § 5o É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.” (grifo nosso)

Dessa forma, a Lei de Licitação não admite em momento algum, a adoção de critérios subjetivos para comprovação da capacidade técnica. O que se exige, é que o atestado evidencie a sua compatibilidade com o serviço ora licitado e não o grau de satisfatoriedade na sua execução.

Ademais, o atestado de capacidade técnica não abrange questões de cunho subjetivo, mas apenas objetivo. Assim, não há uma forma pré-determinada para averiguar este grau de satisfação, o que causa uma total insegurança jurídica ao particular por desconhecer os mecanismos de apuração desta satisfação pelo órgão, ainda mais, considerando que os atestados em regra, não possuem este tipo de informação.

Dai surgem as seguintes dúvidas: como isto será avaliado pelo órgão? Mostra-se legal e legítima esta medida que se pretende adotar, ou seja, possui respaldo na lei? A capacidade técnica poderá ser medida pela satisfação de outro cliente?

Nota-se, por todo o exposto, que não há razões para prosperar esta exigência a qual se mostra totalmente infundada e ilegal, pois intenciona embutir critérios subjetivos em um documento que, pela natureza do que se pretende evidenciar (aptidão técnica), é cabalmente objetivo.

Logo, não há correlação com o grau de satisfação e a comprovação da capacidade técnica de uma empresa em prestar determinado serviço. Afinal de contas, o primeiro abarca questão de cunho eminentemente subjetivo, enquanto a outra, objetivo.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^a o

Nesse sentido, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao dispor sobre as exigências de qualificação, estabelece que:

“Art. 37 (...)

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

Os atos da Administração Pública, para serem válidos, devem respeitar o princípio da razoabilidade, também chamado pela doutrina de Princípio da vedação de excessos. Ou seja, as exigências perpetradas pela Administração não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

A própria Constituição da República determina que somente devem ser toleradas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Com efeito, a doutrina nacional defende que a atuação da Administração na fase de habilitação dos licitantes sem rigorismos inúteis e excessivos, que só fazem afastar licitantes, sem qualquer vantagem para a Administração e comprometendo a verdadeira competição.

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari²:

“A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. ... Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da

2 In “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição p. 88



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.”

Como visto, a doutrina é expressa ao exigir cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. Ad argumentadum tantum, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 9.4.1 do Edital, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, seja relacionado a existência de compatibilidade do objeto a ser licitado e não satisfatoriedade em sua execução, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93.

8. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O item 13.4.5 do Edital a Cláusula Vigésima, item VI da Minuta do Contrato determinam 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



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

correspondente”³ (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 tríplice 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

3 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

desvantagens.”⁴ (grifo nosso)

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

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

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 13.4.5 do Edital e da Cláusula Vigésima, item VI da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

9. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

O item 14.3 do Edital dispõe que:

“Enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência contratual, nenhum pagamento será efetuado à Contratada, sem que isso gere direito a acréscimos de qualquer natureza.”

Já a Cláusula Décima Segunda, parágrafo sétimo da Minuta do Contrato estabelece que:

“Nenhum pagamento será efetuado à Contratada enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência.”

Entretanto, o art. 87 da Lei de Licitações define rol taxativo de sanções aplicáveis à Contratada, prevendo a hipótese de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Não obstante, não consta em nenhum momento a previsão de retenção dos pagamentos.

Nesse sentido, deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos como sanção ao não cumprimento



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

da regularidade fiscal.

Esse é entendimento recentemente esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que a perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à Contratada, mas não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados:

“Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf). A consultante registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf”. Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, ressaltou a necessidade de os órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluírem, “nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”, além das sanções resultantes de seu descumprimento.

Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais “podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento”. Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consultante que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a)



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

“... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal”; b) “... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93)”. (Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012) (grifo nosso)

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência do STJ:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional 'não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.' (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 633.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141)

Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, poderá a Administração, atendendo

ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações,

não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do dispositivo legal citado.

Frise-se que o princípio da legalidade, sendo o elemento basilar do regime jurídico-administrativo,

é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, impor sanção que extrapola a lei importa em desrespeito inexorável ao princípio da legalidade.

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 exclusão do item 14.3 do Edital e da Cláusula Décima Segunda, parágrafo quinto da Minuta do Contrato.

10. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS

O item 16.1.5 do Edital determina que:

"A CONTRATADA não poderá ceder ou subcontratar, parcial ou totalmente, o objeto deste Edital, sem prévia e expressa autorização por



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissª o Permanente de Licitaª o

escrito da PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA.”

Nesse sentido, cumpre trazer à colação a redação do artigo 72 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.” (grifo nosso)

Ora, além da Lei prever que a Administração permita ao ente privado, que queira contratar consigo, subcontratar apenas partes dos serviços, tem-se que essas fases ou etapas devem se remeter à atividade meio do serviço licitado, sendo vedada a subcontratação do serviço todo ou a atividade fim que a Administração está a licitar, tendo em vista a análise dos critérios de habilitação para que a Administração contrate um ente privado realmente idôneo.

Nesse sentido é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca da subcontratação:

“A hipótese torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de ‘terceirização’, que deriva dos princípios da especialização e da concentração das atividades. Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.”. [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª edição, p.757] (grifamos)

Assim, está ratificada a impossibilidade da subcontratação, pela Contratada, de serviço ou atividade fim.

Neste diapasão, cumpre colacionar jurisprudência do TCU com o mesmo entendimento:

“É ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.” (Acórdão nº 3.475/2006, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer)

“(…) firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/96.” (Acórdão nº 909/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

Todavia, deve-se solicitar a alteração do item 16.1.5 do Edital, para que fique expressa a vedação à subcontratação total ou parcial de serviços de telecomunicações, nos termos do art. 72 da Lei n.º 8.666/93.

11. 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.

Assim, para a recomposição da equação econômico-financeira, surgiram diversas figuras, dentre elas o reajuste.

O reajuste nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. É alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

A Lei n.º 8.666/93, em seu inciso XI do art. 40, determina a obrigatoriedade do Edital conter, dentre outros, “o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

Da mesma forma, o inciso III do art. 55 da referida Lei elenca como cláusula necessária em todo contrato a que estabeleça “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

É obrigatória, portanto, a inclusão de cláusula de reajuste, não sendo uma mera faculdade da Administração.

Para Marçal Justen Filho:



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexequível ou a distorção da competição.”⁵

A presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência “controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.”

Os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços.

A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços.

Ressalte-se que apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC poderá ser prestado em regime público, por meio de Concessão do Poder Concedente. Assim, as concessionárias são remuneradas pela cobrança de tarifas, conforme acima explicado.

Acerca das tarifas do STFC, o art. 42 da Resolução n.º 426/2005, que aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, assim determina:

“Art. 42. Visando a preservação da justa equivalência entre a prestação do serviço e sua remuneração, as tarifas ou preços de planos de serviço ou PUC podem ser reajustados ou revisados.

Parágrafo único. Os reajustes dos valores das tarifas ou preços podem ser realizados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, limitados estes à variação do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) ou qualquer outro índice que venha a substituí-lo, correspondente ao período de reajuste, observadas as disposições dos contratos de concessão ou



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

termos de permissão ou autorização.” (grifo nosso).

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

Com base no acima exposto, o reajuste tarifário deverá ser aplicado a partir do Contrato de Concessão, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato.

De outro lado, o reajuste dos preços, ao contrário das tarifas, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

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 Contratação.

No âmbito dos serviços telefônicos, objeto da presente licitação, o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste dos valores contratados é aquele expresso na Resolução n.º 420, de 25/11/05, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST.

Contudo, pelo que se observa da leitura do Edital, há uma confusão com relação aos institutos da repactuação e do reajuste.

Ante o exposto, requer a adequação do item 19.9 do Edital, bem como que seja incluída Cláusula no contrato, 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”.

12. PRAZO PARA REPARO

O item 2.5 do Termo de Referência e as Cláusulas Sexta, parágrafo oitavo e Décima Oitava da Minuta do Contrato estabelecem que o prazo de reparo deve ser de 4 (quatro) horas à partir da abertura do chamado técnico.

Nesse diapasão, é mister trazer à baila a Resolução n.º 574/2011 da Anatel, que estabelece o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM), in verbis:

“Art. 25. As solicitações de reparos por falhas ou defeitos na prestação do



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

serviço devem ser atendidas em até vinte e quatro horas, contadas do recebimento da solicitação, [...]” (grifo nosso)

Portanto, é patente que o período de reparo previsto no instrumento convocatório está em desacordo com o período estabelecido na Resolução n.º 574/2011 da Anatel, posto que essa determina que o atendimento de reparo deve se dar em até 24 (vinte e quatro) horas para o SCM, contadas da solicitação do usuário.

Ante o exposto, requer a alteração do item 2.5 do Termo de Referência e das Cláusulas Sexta, parágrafo oitavo e Décima Oitava da Minuta do Contrato, de forma que o período de reparo seja de até 24 (vinte e quatro), contadas da solicitação, nos termos das determinações da Agência Reguladora do Setor de Telecomunicações.

13. CONFIDENCIALIDADE DAS INFORMAÇÕES TRAFEGADAS

O item 2.16 do Termo de Referência e a Cláusula Nona, item 7 da Minuta do Contrato determinam que a Contratada deverá: “guardar inteiro sigilo dos serviços contratados e dos dados processados, bem como de toda e qualquer documentação gerada, reconhecendo serem esses de propriedade e uso exclusivo da CONTRATANTE, sendo vedada sua cessão, locação ou venda a terceiros;”

No entanto, nos termos do artigo 52, parágrafo único do Regulamento do SCM, aprovado pela Resolução n.º 614/2013, os usuários do SCM a prestadora deve zelar pelo sigilo das informações, com exceção das hipóteses de quebra de sigilo determinadas por autoridade judiciária, senão vejamos:

“Art. 52. A Prestadora deve zelar pelo sigilo inerente aos serviços de telecomunicações e pela confidencialidade dos dados, inclusive registros de conexão, e informações do Assinante, empregando todos os meios e tecnologia necessários para tanto.

Parágrafo único. A Prestadora deve tornar disponíveis os dados referentes à suspensão de sigilo de telecomunicações às autoridades que, na forma da lei, tenham competência para requisitar essas informações.” (Grifou-se)

Diante disso, requer a alteração do item 2.16 do Termo de Referência e da Cláusula Nona, item 7 da Minuta do Contrato, para que a Contratada garanta a inviolabilidade e o segredo das informações/dados da Contratante, salvo em caso de quebra de sigilo de telecomunicações



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

determinada por autoridade judiciária.

14. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

Da análise do item 2.17 do Termo de Referência, verifica-se a seguinte previsão com relação a responsabilidade da Contratada.

“A CONTRATADA responderá pela idoneidade moral e técnica dos seus empregados, sendo única, integral e exclusivamente responsável, em qualquer caso, por todos os danos e prejuízos, de qualquer natureza, causados, direta ou indiretamente, à CONTRATANTE ou a terceiros, provenientes da execução dos serviços objeto deste Termo de Referência.”
(Grifou-se)

Insta esclarecer que tal previsão é desproporcional, pois determina que a Contratada deverá arcar com QUALQUER dano sofrido pela Contratante.

Contudo, importante destacar que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrente diretamente de sua culpa ou dolo, o que evidencia a ilegalidade do item em exame, nos termos do art. 70 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.” (grifo nosso)

Nesse sentido, cumpre colacionar o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do tema:

“O particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros. O regime jurídico aplicável, porém, exige esclarecimento.

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, não basta o dano para surgir o dever de indenizar. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar. Essas regras são aplicáveis no



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

relacionamento entre o particular e a Administração.”⁵ (grifos nossos)

Diante disso, cumpre trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Detectadas falhas em procedimento licitatório no qual não se apurou dano ao Erário, tampouco se vislumbrou dolo ou má-fé na atuação dos responsáveis, cumpre expedir determinações corretivas a entidade. (Acórdão n.º 2664/2007, Plenário)

Portanto, é evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada.

Ressalte-se que o dano direto é aquele que produz no bem imediatamente em consequência do evento determinante, enquanto que no dano indireto, o prejuízo só se verifica como consequência posterior.

Assim, caso tenha sido causado dano diretamente à Administração ou a terceiros, sem restar comprovada a culpa ou dolo da Contratada, a Contratante não poderá exigir indenização dos eventuais prejuízos causados, mas apenas determinar à Contratante a adoção de medidas corretivas.

Diante do exposto, requer seja alterado o item 2.17 do Termo de Referência, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

15. REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS

A Cláusula Nona, item 10 da Minuta do Contrato determina que é obrigação da Contratada repassar à Contratante, durante o período de vigência do Contrato, todos os descontos e vantagens ofertados ao mercado, sempre que esses forem mais vantajosos do que os serviços contratados.

No entanto, a generalidade da previsão relativa às vantagens pretendidas, bem como à universalidade dos usuários, impede, de início, o seu cumprimento pela Contratada.

Com efeito, a exigência de repasse dos descontos e vantagens conferidos

5 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^ão Permanente de Licita^ço

pela Contratada ao mercado em geral viola o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É inequívoco que o fato de tornar obrigatório que todos os preços e vantagens, sejam sempre repassados à Administração, ocasiona o impedimento, por parte da Contratante, de que seja elaborada uma oferta bem planejada, e que melhor atenda aos interesses da Administração Pública.

Tal conclusão se deve à impossibilidade de previsão, ainda que estimada, quanto aos descontos e promoções futuras, que são naturalmente oferecidas aos usuários que não são atendidos a partir de um processo licitatório, bem como, à diferenciação das premissas e condições de prestação do serviço aos diferentes usuários.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o equilíbrio econômico-financeiro é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo Contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”⁶.

Como se sabe, a Administração Pública tem o direito de acrescentar cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, contanto que estas não ultrapassem o real objetivo, que é o interesse público.

As características do contrato administrativo derivam da supremacia do interesse público sobre o particular, porém, de forma alguma pode ocorrer a concepção autoritária do Estado. De fato, ao impor cláusulas que não configuram o real objetivo da Administração Pública, conduz à redução do universo dos particulares dispostos a contratar com a Administração Pública, pois elevaria os custos estimados pelos potenciais participantes das licitações.

Portanto, a Administração Pública tem que ter cautela ao estipular cláusulas exorbitantes, para que não cause prejuízo a ela mesma. No caso em tela, constatou-se no edital exigência que compromete todo o equilíbrio econômico financeiro do futuro contrato, o que não pode prosperar.

Grande parte da doutrina defende que quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares ou a existência de cláusulas desnecessárias, maior será o dispêndio pela Administração.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 648.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

Neste passo, vale transcrever o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto:

“Enquanto o particular procura o lucro, o Poder público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.”⁷

Cumpra também colacionar as palavras de Marçal Justen Filho:

“Tais ponderações não podem ser ignoradas, especialmente por ocasião da configuração da contratação administrativa. Muitas vezes, a ânsia de proteger o interesse público traduz-se na previsão de um sem-número de ressalvas, exceções, alterações do regime comum. O agente público não se apercebe que todas essas imposições unilaterais se refletem no preço que será desembolsado em prol do particular.

Por tudo isso, a previsão e o exercício das chamadas prerrogativas excepcionais devem ser impregnadas pela consciência de que a obtenção da melhor proposta (o que importa o desembolso do menor preço possível) é a via mais satisfatória para tutelar o interesse público. Muito mais satisfatório do que titularizar poderes extraordinários é deles não necessitar.

Em síntese, o imperativo da supremacia do interesse público conduz muito mais à necessidade da concepção adequada e satisfatória das contratações administrativas do que a titularidade de competências extraordinárias destinadas a consertar o que originalmente foi mal concebido.”⁸

E não é só: a apresentação de uma proposta comercial a um órgão da Administração Pública, em virtude de procedimento licitatório, condiciona a oferta dos preços às necessidades e interesses da Contratante, conforme o perfil de tráfego e serviços desejados, previstos no ato convocatório. Sendo assim, não se pode afirmar que o oferecimento de

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. p. 650.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

descontos e vantagens aos usuários em geral será realizada nas mesmas condições comerciais enquadradas no ajuste a ser firmado em virtude de tal procedimento.

Assim, a prevalecerem os termos da exigência, inviável se mostrará sua execução fiel, motivo pelo qual requer seja excluído ou caso esta contratante não concorde, alterada a Cláusula Nona, item 10 da Minuta do Contrato, para que se exija que a Contratada apenas repasse os descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da Contratante, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses forem mais vantajosos para esta contratante.

16. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

A Cláusula Décima Segunda, parágrafo quinto da Minuta do Contrato prevê que “havendo erro no documento fiscal, ou circunstância que impeça a liquidação da mesma, aquela será devolvida à CONTRATADA e o pagamento ficará pendente até que seja sanado o problema.

Nesta hipótese, o prazo para pagamento se iniciará após a regularização ou representação do documento fiscal, não acarretando qualquer ônus para a CONTRATANTE.”

Ou seja, o instrumento convocatório determina que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção.

Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa.

Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

Diante disso, requer a adequação da Cláusula Décima Segunda, parágrafo



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

quinto da Minuta do Contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

17. GARANTIA DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

A Cláusula Décima Segunda, parágrafo oitavo da Minuta do Contrato estabelece uma fórmula para atualização do valor devido à Contratada, nos casos de atraso no pagamento pela Contratante.

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 conseqüências de sua inexecução total ou parcial”.

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas conseqüências. 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 adequação da Cláusula Décima Segunda, parágrafo oitavo da Minuta do Contrato para que o ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

por parte da Contratante, seja com a incidência de multa de 2% sobre o valor da 35 fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

18. DOS ASPECTOS TÉCNICOS DO EDITAL

A empresa Oi na análise criteriosa do objeto a ser contratado pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, com relação as suas especificações técnicas, entende que alguns aspectos devem ser revistos e readequados.

Diante de tal situação, passamos a expor as nossas razões.

18.1. Consta no item 5.1.8 do Termo de Referência o seguinte “5.1.8. Oferecer Registro de Domínio Reverso.”

Considerando que o item acima se refere ao “Detalhamento do Objeto”, a Oi entende que é importante complementar o texto descrevendo que a finalidade da CONTRATADA em “oferecer registro de domínio reverso” consiste em resolver o endereço IP no nome de domínio associado ao host.

Pelo exposto, a Oi solicita que o item 5.1.8 seja ALTERADO incluindo a informação de que a finalidade de Oferecer Registro de Domínio Reverso consiste em resolver o endereço IP no nome de domínio associado ao host.

18.2. Consta no item 5.1.9 do Termo de Referência o seguinte “5.1.9. Possibilidade de prover serviço de hospedagem para DNS secundário.”

A Oi informa que a maioria das Operadoras se limitam a oferecer a Administração do DNS Secundário.

Pelo exposto, a Oi solicita que o item 5.1.9 seja ALTERADO substituindo a palavra “hospedagem” por “administração”.

18.3. Consta no item 5.1.11 do Termo de Referência o seguinte “5.1.11. Os índices de latência, perda de pacotes, taxa de erro e disponibilidade do serviço deverão atender aos valores expressos na abaixo:

- a) Taxa de erro em bits – Máxima 1×10^{-6} .
- b) Latência - Máxima 110 ms.
- c) Perda de Pacotes (%) - Máximo 1%.
- d) Disponibilidade (%) - Mínimo 99,5%. “ (grifo nosso)

A Oi informa que os parâmetros de “Latência Máxima de 110ms” e a “Disponibilidade (%) mínima de 99,5%” estão acima dos índices



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

admitidos para o Estado do Amazonas em função da quantidade limitada de conexões do Backbone local das Operadoras com o Núcleo do seu Backbone que fica fora do Estado do Amazonas.

Pelo exposto, a Oi solicita que o item 5.1.11 seja ALTERADO considerando a Latência máxima de 150ms e a Disponibilidade (%) mínima de 99,3% .

18.4 Consta no item 5.1.12 do Termo de Referência o seguinte:

“5.1.12. Aferições nos índices apresentados deverão ser realizadas sempre que o Ministério Público do Amazonas julgar necessário e seguirão os mesmo procedimentos e prazos de atendimento dos demais problemas técnicos (contatados através de ligação telefônica e com prazo para realização de 4 horas).” (grifo nosso)

A Oi informa que o prazo acima deve ser adequado em função da quantidade limitada de conexões do Backbone local das Operadoras com o Núcleo do seu Backbone que fica fora do Estado do Amazonas.

Pelo exposto, a Oi solicita que o item 5.1.12 seja ALTERADO considerando o prazo para atendimento de problemas técnicos de 5 horas.

18.5 Com relação à numeração dos itens do Termo de Referência a partir do item 5.2, subitem 5.2.3

A Oi constatou erro na numeração a partir do subitem 5.2.3, deixando confusa a análise do Termo de Referência.

Foi constatado ainda que os demais itens seguiram uma nova numeração.

Pelo exposto, a Oi solicita, com a republicação do Edital, a correção da numeração dos itens do Termo de Referência.

18.6 Consta no item 2.2 (Obrigações da Contratada) do Termo de Referência o seguinte:

“2.2 Caso a empresa”

A Oi informa que o referido item está com a numeração errada, e que o texto deve estar incompleto, o que impossibilita a sua análise.

Pelo exposto, a Oi solicita, com a republicação do Edital, a correção da numeração do item e a inclusão do texto que foi suprimido.

18.7 Consta no item 2.3 do Termo de Referência o seguinte

“2.3 Disponibilizar os serviços à CONTRATANTE, ativados e prontos para uso, em até 30 (trinta) dias corridos após a assinatura do CONTRATO.”



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

(grifo nosso)

A Oi informa que o referido item está com a numeração errada e que o prazo para ativação do serviço é exíguo, beneficiando a atual Operadora provedora do serviço e ferindo a Princípio da Ampla Competitividade.

Pelo exposto, a Oi solicita, com a republicação do Edital, a correção da numeração e que prazo de ativação seja alterado para até 60 (sessenta) dias corridos após a assinatura do contrato.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Telemar Norte Leste S.A, requer que V. S^a 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.

3. RAZÕES DE DECIDIR

Inicialmente, observa-se que a maioria das razões de impugnação da pretensa licitante já foram respondidas em ocasiões passadas, quando da expedição das **Decisões n.ºs 016.2011.CPL.469192.2010.28191, 001.2012.CPL.549582.2012.107, 006.2012.CPL.564776.2012.7452, 011.2012.CPL.587128.2012.11421 e 041.2013.CPL.766416.2013.4548,** disponíveis no link: <http://servicos.mp.am.gov.br:8080/licitacoes/menulicitante/AbrirLicitacao?id=54>.

Para melhor explicitar a questão, transcrevo abaixo a maioria das respostas constantes das referidas decisões aos itens impugnados, bem como insiro os devidos esclarecimentos concernentes às novas questões impugnatórias.

Sendo assim, após as devidas respostas técnicas elaboradas pela Diretoria de Tecnologia da Informação e Comunicação – DTIC e recebida por esta CPL em 07/10/2014, fls. 193 a 194, passamos à análise do pedido.

3.1. DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS

Ab initio, é necessário observar se o interessado atende às exigências emanadas do repositório legal das licitações públicas, particularmente, aquelas decorrentes do texto dos §§ 1º e 2º, do art. 41, da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 13 do ATO PJG 389/2007.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

Rezam esses dispositivos que qualquer cidadão e/ou pretense licitante é parte legítima para impugnar edital de licitação, desde que o façam, respectivamente, até o **até o quinto e segundo dia útil** anterior à data fixada para a realização da sessão inaugural do certame.

Dessa regra se desdobram alguns requisitos que devem ser adimplidos quando de eventual impugnação dirigida ao órgão público licitante, são eles: legitimidade, interesse, a existência de um ato administrativo, fundamentação e tempestividade.

O primeiro desses pressupostos dispensa maiores comentários ante a clarividência da norma mencionada alhures, isto é, *qualquer cidadão é parte legítima*.

Obviamente, o segundo requisito apontado decorre dessa acepção de legitimidade, pois mesmo que não se trate de pretense licitante com interesse concreto e pontualmente direcionado às regras do cotejo, o interesse da parte legitimada pela regra sobredita pode estar revestido do mero e simples anseio de se satisfazer com o cumprimento estrito da lei.

Na verdade, cremos que a intenção do legislador foi justamente a de conferir ao procedimento licitatório o mais amplo, acessível e rigoroso sistema de fiscalização.

O terceiro ponto a ser observado decorre certamente da consequência lógica do instituto ora em estudo. É dizer, só se pode questionar, esclarecer ou impugnar algo que existe. *In casu*, um ato administrativo instrumentalizado sob a forma de um documento público.

Consequentemente, eventual objeção a um ato administrativo deve trazer consigo suas razões fundamentais específicas, mesmo que simplesmente baseada em fatos, de forma a evitar que a oposição seja genérica, vaga e imprecisa. A peça em análise preencheu, também, esse requisito ao indagar pontualmente o entendimento de determinada regra do edital.

Por derradeiro, há o pressuposto que condiciona o exercício dessa faculdade a determinado lapso temporal, de forma que, ultrapassado o limite de tempo em que se poderia interpor os questionamentos reputados necessários, deixa de existir o direito conferido pela Lei àquela particular situação.

No caso corrente, a manifestação partiu de pretense licitante e, por isso, o juízo de admissibilidade deve lastrear-se nas disposições do §2º, art. 41 da Lei Licitatória.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Com termos semelhantes dispõe, também, o subitem 10.1 e 10.2 do Edital, estipulando que:

10.1. Qualquer PEDIDO DE ESCLARECIMENTO em relação a eventuais dúvidas na interpretação do presente edital e seus anexos, deverá ser encaminhado, por escrito à CPL, no endereço indicado no preâmbulo deste Edital, por meio do fax (92) 3655-0743 ou 3655-0701, ou através do endereço eletrônico licitacao@mpam.mp.br, **até 02 (dois) dias úteis antes da data de abertura do Pregão**, no horário de expediente da CPL, das 8h00min às 15h00min.

10.2. Qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá impugnar o edital **até 2 (dois) dias úteis** antes da data fixada para recebimento das propostas, no horário de expediente da CPL, das 8 às 15 horas.

Faz-se necessário, contudo, estabelecer os critérios a serem utilizados na contagem desse prazo.

Sobre o tema, segue lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁹,

“A contagem do prazo para impugnação se faz com a observância da regra geral do art. 110 da Lei nº 8.666/93, tendo por termo inicial a data estabelecida para a apresentação da proposta”¹⁰. Para facilitar o entendimento, exemplifica-se a seguinte situação:

O dia 19 foi fixado para a realização da sessão e, na forma da contagem geral de prazos, não se computa o dia do início. O primeiro dia na contagem regressiva é o dia 18; o segundo, o dia 17. Portanto, até o dia 16, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderá o licitante e qualquer cidadão impugnar o edital ou requerer esclarecimentos. (...)

Caso a impugnação seja oferecida fora do prazo, não deve ser conhecida com essa natureza, mas merece ser respondida, como qualquer documento que é dirigido à Administração.

Utilizando-se da explanação apresentada, no particular caso sob exame tem-se que a licitação está marcada para iniciar-se em 09/10/2014,

⁹ In Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico, Editora Fórum, 1ª edição, 3ª tiragem, 2004, págs. 503/504.

¹⁰ Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário. Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

ocasião em que será realizado o credenciamento e a abertura das propostas dos licitantes, e, pela contagem regressiva dos 2 (dois) dias úteis, até o dia 06/10/14, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderia o interessado impugnar o edital ou requerer esclarecimentos.

Como já se disse alhures, a interessada interpôs sua solicitação no dia 29/09/2014, às 14h45min. Portanto, a peça trazida a esta CPL é tempestiva.

Sendo assim, passemos à análise do pedido.

3.2. RAZÕES DE DECIDIR DA EMPRESA TELEMAR NORTE LESTE S/A - (OI), CNPJ 33.000.118/0001-79

3.2.1 RESPOSTA AS IMPUGNAÇÕES.

3.2.1.1 DA EXIGÊNCIA ABUSIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS.

Como consabido, tal exigência emana da Resolução N.º 37/2009 do Conselho Nacional do Ministério Público, o qual 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 Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

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

Art. 4.º. **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**



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

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 à referida cláusula editalícia.

3.2.1.2 DO IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO.

Após a análise detida da impugnação apresentada, este Pregoeiro passará a afastar as razões alegadas, demonstrando a legalidade e a razoabilidade da exigência contida no Edital do Pregão Presencial n.º 5.015/2014-CPL/MP/PGJ.

Desse modo, a vedação da participação de empresário que se encontra em processo de Falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial (conforme Lei n.º 11.101/05), concurso de credores, dissolução, liquidação, concordata, fusão, cisão, incorporação, possui respaldo no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como no art. 27, inciso III, c/c o art. 31 ambos da Lei n.º 8.666/93, haja vista a exigência de demonstração da qualificação econômico-financeira para a participação de interessados em procedimentos licitatórios, com o condão de apurar a capacidade de suportar as obrigações de contrato administrativo por meio de apresentação de documentos indispensáveis à garantia do cumprimento contratual, sobretudo, quando o valor global estimado perfaz grande quantia e as obrigações pactuadas relevam-se de grande complexidade.

Nesse ponto, deve-se enfatizar o disposto no inciso II do artigo 31 da Lei n.º 8666/93, tendo em vista a exigência da apresentação pelo licitante, de certidão negativa de falência ou concordata, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

Do mesmo modo, demonstra-se salutar trazer à baila entendimento recente do TCU, contido no Acórdão 1.214/2013 – TCU Plenário, verbis:



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.1 índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

9.1.10.2 patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

9.1.10.4 apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante

9.1.14 seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços;

Outrossim, imprescindível consignar que o **Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Particular** preceitua que a Administração Pública deve atuar em prol do interesse da coletividade, o qual não poderá ser preterido ao conflitar com a proteção exclusiva de um interesse particular. Destarte, a vedação da participação de empresário que se encontra em processo de recuperação judicial e dentre outros institutos, demonstra-se relevante e razoável, por colocar risco a execução integral de um contrato público e, por consequência, o próprio interesse público.

Por fim, extrai-se o entendimento de que a presente previsão editalícia, visa proteger a Administração Pública do grau de vulnerabilidade no caso de aceitação da participação de empresas que se encontrem em algumas dessas situações de reestruturação societária, ocasionando, nestes casos, confusão na responsabilização, bem como, na definição da empresa que deverá prestar os serviços, enquanto pendente a finalização desses processos. Desta feita, face a possível situação de risco, demonstra-se lógica e proporcional tal vedação, mas como também usual, cite-se como exemplo, licitações concluídas e em



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

andamento, do próprio Egrégio Tribunal de Contas da União, nos Editais de Pregão Eletrônico n.ºs 122/2013, 116/2013 e 106/2013, inclusive, para objetos correlacionados de serviços de telecomunicações (acesso à internet e serviço telefônico fixo).

3.2.1.3. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

A respeito do tema, deve-se enfatizar que **não** são todos os casos de contratação que impedem que empresas consorciadas participem do certame. Segundo o TCU, há situações que o consórcio deva ser não só permitido como incentivado, em razão da exigência de **capacitação técnica dos participantes**. Nesse caso, a disposição constante no presente Edital está correta, devendo ser analisado o caso concreto, sob a ótica da competitividade, segundo o TCU.

Lado outro, a vedação de participação de empresas em consórcio almeja evitar a pluralidade de empresas executando o mesmo serviço a Procuradoria-Geral de Justiça do Amazonas, o que, por ventura, ocasionaria além de problemas relativos à transferência de responsabilidade em eventuais falhas, entraves na ordem do faturamento de um mesmo contrato em empresas distintas.

Ademais, o mercado de telecomunicações conta com expressivo número de empresas aptas a prestar o serviço de forma individualizada, conforme consta no próprio sítio eletrônico da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), com indicação, inclusive, dos respectivos números de contratos de concessão ou do termo de autorização. Assim, a vedação de formação de consórcios **não** restringe a ampla concorrência ao processo licitatório.

3.2.1.4. DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

A atuação da Administração Pública é norteadada pelo princípio da legalidade, onde ao administrador só cabe agir em conformidade à Lei. No caso específico, a Lei n.º 12.440/2011 alterou a redação da Lei n.º 8.666/93, incluindo no artigo 29, inciso V, prevendo que a documentação relativa à regularidade trabalhista consistirá em prova de inexistência de débitos



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

inadimplidos perante à Justiça do Trabalho, mediante apresentação de certidão negativa.

Por conseguinte, a norma editalícia, em questão, descreve tão somente o disposto no artigo 29, inciso V, *in verbis*:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

(...)

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.

De outra sorte, em que pese a ausência de menção legal ou editalícia expressa à possibilidade, **não há óbice à apresentação de Certidão Positiva com feito de negativa para os fins do art.29, V da Lei 8.666/93**, uma vez que a própria Lei nº 12.440/2011, no artigo 1º, paragrafo 2º, dispõe que a Certidão Positiva de Débitos terá os mesmos efeitos da CNDT, desde que verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa.

Em Resolução Administrativa nº 1.470, de 24.8.11, alterada pelos Atos TST.GP nº 772/11, 1/12 e 317/12, o TST regulamentou a expedição das certidões relativas aos débitos perante a Justiça do Trabalho, sendo certo que, em seus arts. 4º a 6º, **admite a comprovação desta regularidade por meio de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa – CPDT-EN.**

Logo, será aceita para fins do art. 29, V da Lei 8.666/93, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa – CPDT-EN, portanto, não há necessidade de alteração editalícia, permanecendo mantida a redação do item impugnado.

3.2.1.5. DA ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE ATÉ 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO

Tratando especificamente da questão econômico-financeira, de acordo com o art. 27, inciso III, da Lei nº 8.666/93, para a habilitação nas licitações deverá ser exigida das licitantes a qualificação econômico-financeira, formada por um compêndio de dados e informações condizentes com a natureza



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

e as características/especificidades do objeto a ser licitado, necessários para aferir a capacidade financeira da licitante, em vista dos compromissos que terá de assumir caso lhe seja adjudicado o objeto.

Dessa forma, atesta-se que o item ora questionado (9.3.1.1 do Edital) está em estrita observância aos ditames legais, quais sejam, §§ 2º e 3º, do art. 31, da Lei 8.666/93, sem quaisquer exigências de justificativas ou outras restrições, conforme transcrito:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

§ 2º-A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Ato contínuo, a jurisprudência da Corte de Contas da União, manifesta-se apenas quanto à vedação em se exigir **capital social mínimo, cumulativamente** com a prestação da **garantia** prevista no art. 31, inciso III, da Lei 8.666/1993, uma vez que o § 2º do mencionado artigo permite tão-somente à Administração exigir, **alternativamente**, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou as garantias previstas no § 1º do art. 56 do referido diploma legal, considerando tal exigência, inclusive, como irregularidade. (Acórdão N° 1521/2002; 1.229/2008-TCU – PLENÁRIO; ACÓRDÃO N° 2239/2012-TCU – Plenário; Acórdão 1.664/2003-Primeira Câmara; Acórdão 6613/2009-Primeira Câmara).

Do mesmo modo, cabe trazer à tona entendimento recente do TCU, contido no Acórdão 1.214/2013 – TCU Plenário, verbis:

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.2 patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

3.2.1.6. DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Após reexame do Edital ora impugnado, entendo **não** restar comprovada a existência de subjetividade suficiente para comprometer os princípios da imparcialidade e da isonomia, de modo a prejudicar futura escolha da melhor proposta para a Administração Pública.

Ora, o escopo primordial na exigência da qualificação técnica no instrumento convocatório é selecionar no mercado uma empresa que possua experiência compatível com o objeto (características, quantidades e prazos), demonstrando-se a capacidade administrativa-operacional suficiente para garantir a execução dos serviços advindos da futura contratação, de forma que a Administração possa ter segurança na contratação em curso.

O próprio inciso XXI, parte final, do art. 37 da Constituição Republicana determina que somente se permitam exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na mesma esteira, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 veda aos agentes públicos, tolerar a consignação, no ato convocatório, de cláusulas que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inadmitindo, portanto, exigências que estabeleçam preferências ou distinções em relação a circunstâncias irrelevantes ou impertinentes ao específico objeto do contrato.

Por derradeiro, o parágrafo 5º do art. 30 veda exigências não previstas na Lei Geral de Licitações ou quaisquer outras que inibam a participação na licitação.

Destarte, revela-se patente após análise das normas supramencionadas, que toda e qualquer exigência restritiva à competitividade ou participação no certame seria **ilegal**.

Por fim, relevante citar que tal redação é apresentada em diversos editais de licitações por diferentes unidades da federação, cite-se, como exemplo, o próprio **Tribunal de Contas do Estado do Amazonas**, em seu Edital do Pregão Presencial n.º 08/2014 (Proc. n.º 1213/2014) e 015/2014; **Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**, no Edital do Pregão Eletrônico/SRP N.º. 029/2014-TJAM, **Tribunal de Contas da União** em seus Modelos de Atestado ou Declaração de Capacidade Técnica, fazendo constar, “Atestamos (ou declaramos), ainda, que os compromissos assumidos pela empresa foram cumpridos satisfatoriamente, nada constando em nossos arquivos que o



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

desabone comercial ou tecnicamente.”, cite-se, Edital do Pregão Eletrônico n.º 57/2014, 122/2013. Igualmente, o **Supremo Tribunal Federal**, inclusive, de objeto similar, no Pregão Eletrônico 104/2014.

3.2.1.7. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Note-se que o dispositivo vergastado apresenta consonância à legislação de regência, a saber, o art. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, **na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.**

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;**(grifei).**

Portanto, não procedem os argumentos da Impugnante, haja vista que se insere no âmbito discricionário da Administração o estabelecimento da base de cálculo das multas sendo 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, visando assim prover a execução do contrato de maior garantia.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Observe-se que a lei remete ao ato convocatório ou ao contrato o tratamento devido, pelo que interessa ao deslinde da questão, à sanção de irregularidade e ao atraso injustificado no cumprimento do objeto. Assim, este Órgão tão somente se utilizou de sua prerrogativa para definir o percentual da multa que recairia sobre a empresa em caso de não execução do objeto, atraso na execução ou execução incorreta, conforme determina o artigo 86 da citada Lei.

Cumpra ainda realçar que, no exercício do seu mister sancionatório, a Administração deve pautar sua atuação perante o panorama constitucional, respeitando-se a legalidade estrita, a tipicidade, o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Desse modo, as multas, por respeito ao princípio da razoabilidade, não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional tendo como fim específico resguardar o patrimônio público. A Administração Pública tem ao seu dispor as cláusulas exorbitantes, a fim de implementar a realização do interesse público fundamentado na eficiente prestação dos serviços por ela contratados.

Muito embora se compreenda o inconformismo da impugnante, entendo inexistir excesso na exigência contratual combatida. Observe-se que a Administração teve o cuidado de impor penalidades por descumprimento contratual com grau equivalente ao não cumprimento da obrigação, em homenagem, assim, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, não há que se falar em penalidades excessivas, desproporcionais como alegado pela impugnante.

De outra sorte, é sabido que os serviços de internet são de suma importância para que o Ministério Público do Estado do Amazonas atinja seus objetivos institucionais, prestando devidamente um serviço de grande relevância para toda a sociedade, por isso seu caráter essencial, devendo, portanto, haver a continuidade do serviço, razão pela qual justifica-se o percentual da multa aplicada em razão de eventuais irregularidades praticadas pela Contratada.

Deve-se ressaltar que “As sanções previstas nos itens I, III e IV desta cláusula poderão ser aplicadas juntamente com a do item II (multa percentuais), facultada a defesa prévia do interessado, por escrito, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis”, de acordo com a cláusula décima nona, parágrafo terceiro do Instrumento Contratual, parte integrante do Edital.

Além disso, o art. 58, incisos III e IV da Lei 8.666/93



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

possibilita a fiscalização contratual e assegura a prerrogativa da Administração de aplicar sanções sempre que descumpridas as execuções contratuais, devidamente apurado.

Nesse pensamento, veja-se que os percentuais e a base de cálculo estabelecidos no instrumento convocatório em liça em nada extrapolam os critérios de razoabilidade e/ou proporcionalidade, já que não raro, aliás, comumente, as Instituições Públicas licitantes estabelecem percentual de multa muito mais severo para a hipótese de inexecução contratual, tomando como base de cálculo, igualmente, o valor total do contrato, *verbi gratia*, o **EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 081/2013, do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, cujo objeto se refere à contratação de solução para provimento de infraestrutura de rede local.

Ademais, imprescindível consignar que o ***Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Particular*** preceitua que a Administração Pública deve atuar em prol do interesse da coletividade, o qual não poderá ser preterido ao conflitar com a proteção exclusiva de um interesse particular, ou seja, possui o condão de reprimir condutas lesivas à Administração, sendo no primeiro plano, uma forma preventiva a inexecução do contrato administrativo, e por segundo plano, caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos. Destarte, a vedação da participação de empresário que se encontra em processo de recuperação judicial e dentre outros institutos, demonstra-se relevante e razoável, por colocar risco a execução integral de um contrato público e, por consequência, o próprio interesse público.

Cabe fazer menção, igualmente, ao art. 412 do Código Civil¹¹ que estabelece que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação legal. As penalidades (multas) admitidas em contratos são da espécie moratória ou compensatória, onde a primeira é devida em caso de inadimplemento contratual por mora (atraso) no cumprimento das obrigações e a segunda referente ao inadimplemento capaz de ocasionar rescisão parcial ou total do contrato acordado.

A fundamentação da previsão editalícia respalda exatamente o caráter compensatório das sanções. Em outras palavras, as hipóteses previstas, referem-se à possibilidade de rescisão unilateral do contrato pelo Poder Público, tendo por base o limite das multas, sendo o valor do contrato. Contratos Administrativos, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são

¹¹ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

espécies de contratos de adesão, exibindo a quem adere todas as condições que devem ser cumpridas não cabendo questionar, principalmente nos itens questionados, qualquer infringência ao princípio da proporcionalidade já que se trata, de modo genérico, de questões de fraude, inadimplemento ou inexecução parcial ou total.

Assim, considerando a necessidade imediata da disponibilização do serviço e ainda por está assegurado a CONTRATADA a possibilidade da não aplicação das multas e demais penalidades quando devidamente justificada o descumprimento das obrigações, considerando, ainda, que não há possibilidade jurídica de relativização da cláusula de cálculo de penalidades constantes no edital, entende este Pregoeiro ser improcedente o pedido feito pela impugnante.

Em vista disso, permanecem inalteradas as disposições do Edital.

3.2.1.8. DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

A disposição contratual e editalícia ora impugnada retrata cláusula exorbitante que deve prevalecer, posto que a Administração, diante de penalidade ou inadimplência da contratada, pode, e deve, reter total ou parcialmente o pagamento objetivando o adimplemento de valores pendentes. O dispositivo em voga é utilizado, a título de exemplo, nos casos de instauração de procedimento punitivo que, em tese, tem indicativo de aplicação de penalidade de multa. Nesse caso, se houver fatura pendente, poderá a Administração, antes de finalizado o procedimento punitivo, reter parte desta fatura, no limite da multa, a título de cautela, e liberar o saldo restante (arts. 86, § 3º, e 87, § 1º, da Lei nº 8.666/93).

A disposição, portanto, se coaduna com a legislação e com os princípios da supremacia do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

Do mesmo modo, cumpre consignar que a matéria suscitada, de eventual irregularidade fiscal durante a execução do contrato, não possui correlação com o dispositivo contratual e editalício ora examinado. No caso de irregularidade fiscal, ou de não manutenção de alguma das condições de habilitação, cabe, como bem asseverou a empresa em suas razões, rescisão contratual e aplicação de penalidades, na forma dos artigos 78 e 87 da Lei Federal n.º 8.666/93.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

Portanto, demonstra-se claro, que houve uma interpretação equivocada por parte da impugnante, confundindo pendência por penalidade/inadimplência com perda de regularidade fiscal no decorrer da vigência contratual, sendo que uma permite retenção e a outra, não, na esteira do que diz a lei e a jurisprudência.

Neste aspecto, totalmente improcedente a impugnação.

3.2.1.9. DA IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS

Conforme previsto na Lei 8.666/93, e inclusive citado na argumentação da TELEMAR S/A, a subcontratação é instrumento admitido na execução de contratos, desde que autorizada pela administração. No caso presente, a Procuradoria-Geral de Justiça do Amazonas entende que as dimensões do Estado, dificuldade de locomoção, bem como diversos fatores podem influenciar diretamente na implantação e execução do contrato. Por esses motivos, optou pela possibilidade de subcontratação desde que fundamentada e que não resulte em prejuízo a Administração.

Em relação à questão aventada pela impugnante a respeito da revenda de serviços de telecomunicação, têm-se a informar que objeto do pregão em epígrafe diz respeito a serviços de internet.

Desta feita, manifesto-me 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.

3.2.1.10. DO REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

Ao examinar-se o item “19” do Edital ora impugnado e a redação original da cláusula Décima Quarta 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 do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST), observando-se sempre intervalo não inferior a 12 (doze) meses entre as data-base dos reajustes concedidos.

Ademais, no parágrafo terceiro da respectiva cláusula há previsão expressa de que o reajuste dos preços unitários das tarifas poderá ser



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

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.

3.2.1.11. DO PRAZO PARA REPARO

A Diretoria de Tecnologia da Informação e Comunicação – DTIC, no documento – Informação n.º 050.2014.DTIC.897526.2013.42105, responde ao presente pedido de esclarecimentos da seguinte forma:

“18.4 Consta no item 5.1.12 do Termo de Referência o seguinte:

[...]

Pelo exposto, a Oi solicita que o item 5.1.12 seja ALTERADO considerando o prazo para atendimento de problemas técnicos de 5 horas.

Resposta: Serão mantidas as 4 (quatro) horas de Acordo de Nível de Serviço para restabelecimento dos serviços, devendo a licitante orçar seus serviços com atenção ao SLA solicitado.”

3.2.1.12. DA CONFIDENCIALIDADE DAS INFORMAÇÕES TRAFEGADAS

Com relação à impugnação do item 2.16 do Termo de Referência e a Cláusula Nova, item 7 da Minuta do Contrato, que prescrevem o dever da contratada de “guardar inteiro sigilo dos serviços contratados e dos dados processados, bem como de toda e qualquer documentação gerada, reconhecendo serem esses de propriedade e uso exclusivo da **CONTRATANTE**, sendo vedada sua cessão, locação ou venda a terceiros.”, a Impugnante pleiteia sua modificação para fazer constar expressamente a previsão da exceção de violação por determinação judicial, o que, **não** merece prosperar.

A inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas encontra-se no rol dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, sendo que, de fato, a exceção mencionada pela



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

Empresa/Impugnante se encontra expressamente prevista no Art. 5º, inciso XII, a saber:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Neste contexto, considerando-se que a Magna Carta já prevê a única hipótese de exceção à regra da inviolabilidade, desnecessária a alteração do termo de Referência ou da minuta de contrato para fazer constar tal previsão, uma vez que, diante do caso concreto, o sigilo de dados e de informações correlatos seria rompido por força de ordem judicial amparada pela norma constitucional, independentemente de previsão em contrato e, principalmente, sobrepondo-se a este.

3.2.1.13. DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADO À CONTRATANTE

Questiona a Impugnante o teor do subitem 2.17 do Termo de Referência 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 de quaisquer obrigações enseja a responsabilidade civil da parte inadimplente.

Acerca do tema preconiza Marçal Justen Filho¹²,

A responsabilização civil obedece aos princípios do direito comum. Envolve o dever da parte culpada indenizar a parte inocente pelas

12 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

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

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.

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 culposo do empregado”¹³.

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.

3.2.1.14. DO REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS

Já devidamente respondido no item 3.2.1.10 desta Decisão.

3.2.1.15. DO PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

Passando a análise do item impugnado, deve-se fazer menção ao disposto no art. 76 da Lei 8666/93, abaixo transcrito:

13 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 01.10.2014).



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.

Por conseguinte, em estrita observância ao mandamento legal supracitado, pode-se concluir que a Administração **não** só pode como deve exigir a correção da nota fiscal controversa, somado ao fato de que as normas financeiras vigentes em matéria de pagamento determinam que a despesa incorreta sequer poderá ser liquidada.

É oportuno esclarecer que a norma editalícia, neste caso, é revestida de “valor abstrato”, com o intuito de reforçar a atenção do servidor responsável quanto a regular “liquidação da despesa”, procedimento este formado por todos os atos de verificação e conferência, desde o fornecimento do bem ou execução da obra ou prestação dos serviços, conforme ajustado, até a apuração do valor devido e a quem se deve pagar, somente existindo obrigação de pagar após a conclusão dessa fase.

Soma-se a isto, o fato de que os possíveis erros contidos em Nota Fiscal/Fatura (documento fiscal) podem ser de diversas naturezas, o que acarretaria efeitos em diversas esferas, em especial a administrativa e fiscal. Assim, faz-se mister que todos esses requisitos exigidos por normas e, por isso, obrigatórios à emissão da Nota Fiscal/Fatura estejam presentes, de forma correta, para que o pagamento possa ser feito pela Administração.

Em sendo assim, o documento basilar para os registros comprobatórios da despesa e de pagamento é o Documento Fiscal (Nota Fiscal/Fatura), a qual será anexada ao processo, por exigência legal.

Por sua vez, caso o documento fiscal apresente erro, o mesmo não terá validade jurídica para respaldar o procedimento, podendo ser, inclusive, objeto de questionamento pelos sistemas de controle da Administração Pública (Tribunal de Contas, por exemplo), razão pela qual se faz necessária a sua retificação, antes da efetivação do pagamento.

Além disso, resta-se evidente que não é correto falar em “retenção indevida” pela Administração, uma vez que a eventual contestação aos valores e demais condições da Nota Fiscal será sanada por meio de sua retificação, momento no qual poderá se considerado devido pela Administração. Em outros termos, o dever de adimplemento da Administração inicia-se com a cobrança na sua forma adequada, inexistindo-a, não gera obrigação para a Administração.

Por final, não pode existir a inversão de papéis, posto que a



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

supremacia do interesse público pertence à Administração e não ao particular, não podendo a Administração ficar sujeita a pagamentos indevidos ou a estabelecimento de procedimentos administrativos que beneficiem ou favorecem ao contrato, mas em total consonância das regras de direito financeiro que regem a Administração, previstos na Lei n.º 4.320/64, que estabelece o seguinte:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

I - a importância exata a pagar;(Vide Medida Provisória nº 581, de 2012)

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Sendo assim, resta-se claro que as regras editalícias não são desarrazoadas e serão mantidas, devidamente salvaguardados nos princípios e mandamentos legais vigentes e aplicáveis à espécie ora expostos.

Desse modo, a pretensão da Impugnante **não** se sustenta.

3.2.1.16. DA GARANTIA 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



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

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.)

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.”

Cumprindo, 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 oitavo, da cláusula Décima Segunda da Minuta de Contrato.

Coaduna-se, desta forma, plenamente o edital à Portaria nº 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 outra manifestação, o Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1.334/2002-TCU, reafirmou que “é vedada a incidência de correção



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

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 oitavo, da cláusula Décima Segunda da Minuta de Contrato do Edital, assim fica mantido o texto original.

Assim não procedem as razões da impugnação.

3.2.1.17. DOS ASPECTOS TÉCNICOS DO EDITAL

Em resposta a solicitação exarada no Memorando 138.2014.CPL.894787.2013.42105, o Setor Técnico responsável pela elaboração do Termo de Referência, prestou os devidos esclarecimentos solicitados pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, através da **INFORMAÇÃO Nº. 050.2014.DTIC.897526.2013.42105**, quanto ao Pregão Presencial n.º 5015/2014-CPL/MP/PGJ, conforme a seguir:

DOS ASPECTOS TÉCNICOS DO EDITAL

18.1. "5.1.8. Oferecer Registro de Domínio Reverso."

Considerando que o item acima se refere ao “Detalhamento do Objeto”, a Oi entende que é importante complementar o texto descrevendo que a finalidade da CONTRATADA em “oferecer registro de domínio reverso” consiste em resolver o endereço IP no nome de domínio associado ao host.

Resposta: O que se pede é DNS REVERSO, que consiste em resolver o endereço IP no nome de domínio associado ao host, consulte as RFCs 1033 e 1912.

18.2. "5.1.9. Possibilidade de prover serviço de hospedagem para DNS secundário."

A Oi informa que a maioria das Operadoras se limitam a oferecer a Administração do DNS Secundário.

Pelo exposto, a Oi solicita que o item 5.1.9 seja ALTERADO substituindo a palavra “hospedagem” por “administração”.

Resposta: O que se pede é HOSPEDAGEM, (que seja permitido a publicação de um IP que faça o papel de DNS secundário) e não administração, o texto será mantido conforme o edital.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

18.3. "5.1.11. Os índices de latência, perda de pacotes, taxa de erro e disponibilidade do serviço deverão atender aos valores expressos na abaixo:

- a) Taxa de erro em bits – Máxima 1×10^{-6} .
- b) Latência - Máxima 110 ms.
- c) Perda de Pacotes (%) - Máximo 1%.
- d) Disponibilidade (%) - Mínimo 99,5%."

A Oi informa que os parâmetros de "Latência Máxima de 110ms" e a "Disponibilidade (%) mínima de 99,5%" estão acima dos índices admitidos para o Estado do Amazonas em função da quantidade limitada de conexões do Backbone local das Operadoras com o Núcleo do seu Backbone que fica fora do Estado do Amazonas.

Pelo exposto, a Oi solicita que o item 5.1.11 seja ALTERADO considerando a Latência máxima de 150ms e a Disponibilidade (%) mínima de 99,3%

Resposta: Latência, assim como Largura de Banda, Taxa de Erros e Disponibilidade, são parâmetros reconhecidos de qualidade de serviço (QoS) para links de dados, sendo parte integrante da especificação do objeto em questão. Desta forma, a definição de tais parâmetros estabelece a própria natureza do objeto licitado, e não pode ser considerada, de forma alguma, como cláusula ou condição restritiva à competitividade.

Ainda referente a meio pelo qual tal solução será provida, não há restrição alguma se este provimento se dará por meio de link terrestre, via satélite ou qualquer outro meio; O que é apresentado é tão somente os requisitos de qualidade exigidos. Dessa feita, as limitações técnicas de alguns fornecedores em prover os parâmetros de qualidade de serviços requisitados não podem ser motivo para que estes parâmetros sejam dilatados ou mesmo ignorados.

18.4. Consta no item 5.1.12 do Termo de Referência o seguinte:

5.1.12. Aferições nos índices apresentados deverão ser realizadas sempre que o Ministério Público do Amazonas julgar necessário e seguirão os mesmos procedimentos e prazos de atendimento dos demais problemas técnicos (contatados através de ligação telefônica e com prazo para realização de 4 horas)." (grifo nosso) . A Oi informa que o prazo acima deve ser adequado em função da quantidade limitada de conexões do Backbone local das Operadoras com o Núcleo do seu Backbone que fica fora do Estado do Amazonas.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

Pelo exposto, a Oi solicita que o item 5.1.12 seja ALTERADO considerando o prazo para atendimento de problemas técnicos de 5 horas.

Resposta: Serão mantidas as 4 (quatro) horas de Acordo de Nível de Serviço para restabelecimento dos serviços, devendo a licitante orçar seus serviços com atenção ao SLA solicitado.

18.5. "Com relação à numeração dos itens do Termo de Referência a partir do item 5.2, subitem 5.2.3"

Resposta: O erro de numeração realmente ocorre no edital, devendo a equipe de licitações corrigir tal problema

18.6. Consta no item 2.2 (Obrigações da Contratada) do Termo de Referência o seguinte: "2.2 Caso a empresa"

Resposta: O erro grafia realmente ocorre no edital, devendo a equipe de licitações corrigir tal problema.

18.7. Consta no item 2.3 do Termo de Referência o seguinte: "2.3 Disponibilizar os serviços à CONTRATANTE, ativados e prontos para uso, em até 30 (trinta) dias corridos após a assinatura do CONTRATO."

A Oi informa que o referido item está com a numeração errada e que o prazo para ativação do serviço é exíguo, beneficiando a atual Operadora provedora do serviço e ferindo a Princípio da Ampla Competitividade. Pelo exposto, a Oi solicita, com a republicação do Edital, a correção da numeração e que prazo de ativação seja alterado para até 60 (sessenta) dias corridos após a assinatura do contrato

Resposta: Não entendemos que o prazo seja exíguo, uma vez que 30 (trinta) dias é prazo suficiente para qualquer dos licitantes estabelecer a ativação dos serviços. Devendo a equipe de licitações corrigir o problema da numeração do texto.

4. CONCLUSÃO

Muito embora seja direito de todo licitante impugnar o edital naquilo que contrarie a lei, observa-se que as impugnações, à exceção daquelas diretamente relacionadas à especificação do objeto, tratam-se meramente de atos protelatórios que não se sabe a que objetivo se prestam.

Considerando ser esta a quarta manifestação da pretensa licitante, arguindo, praticamente, as mesmas razões de impugnação vergastadas em outras oportunidades, por este e outros entes da Administração Pública, ora



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

reiteradas, recebo o pedido de esclarecimento/impugnação feitos pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A (OI), CNPJ 33.000.118/0001-79, **negando o efeito suspensivo**, e, no mérito, **INDEFERIR** as razões de impugnações ao Edital do Pregão Presencial n.º 5.015/2014 – CPL/MP/PGJ.

Ademais, em que pese existir erros de grafia quanto à numeração constante no Termo de Referência, bem como, ao texto incompleto (item 2.2), pede-se que os mesmos sejam desconsiderados, **não** havendo prejuízos maiores aos pretensos interessados, posto que as características do objeto encontram-se devidamente definidas e claras, sem prejuízos maiores à formulação de suas respectivas propostas.

O teor da presente decisão não afeta a formulação das propostas por parte das empresas interessadas, conforme preleciona o artigo 21, § 4º, da Lei n.º 8.666/93, razão pela qual **mantém-se a realização do cotejo na data original, conforme publicação oficial, a fim de dar-se prosseguimento aos demais atos providenciais.**

É o que tenho a esclarecer.

Manaus, 08 de outubro de 2014.

Edson Frederico Lima Paes Barreto

Pregoeiro designado pela Portaria n.º 0856/2014/SUBADM